Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 32 – n. 181
Julho a Setembro de 2011





Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 32 - n. 181 - Julho-Setembro de 2011

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 32, n. 181

Publicação do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Comissão Técnica de Jurisprudência.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial sem a citação da fonte. Os conceitos emitidos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores.

Revista trimestral de jurisprudência [*on-line*]. -- n. 181 (2011)- . --
Campo Grande:
Tribunal de Justiça, 2011 - .

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

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

CDD 340.68171

Elaboração

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

Capa

Departamento de Relações Públicas
Coordenadoria de Publicidade Institucional

Revisão

Marilza Moreno Comar

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Diretoria

Presidente - Des. Luiz Carlos Santini

Vice-Presidente - Des. Hildebrando Coelho Neto

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Atapoã da Costa Feliz

Tribunal Pleno

(em ordem de antiguidade)

Des. Rubens Bergonzi Bossay

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Carlos Brandes Garcia

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Des. Luiz Carlos Santini

Des. Josué de Oliveira

Des. Joenildo de Sousa Chaves

Des. Atapoã da Costa Feliz

Des. Hildebrando Coelho Neto

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Des. João Batista da Costa Marques

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Desª. Marilza Lúcia Fortes

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Romero Osme Dias Lopes

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Des. Dorival Moreira dos Santos

Des. Manoel Mendes Carli

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Francisco Gerardo de Sousa (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

Os juízes de fora na organização judiciária lusitana. *Alexandre Miura Iura* 006

Jurisprudência Cível 018

Jurisprudência Criminal 397

Noticiário 550

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 556

Jurisprudência Criminal 559

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 562

Jurisprudência Criminal 567

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

DOUTRINA

OS JUÍZES DE FORA NA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA LUSITANA

Alexandre Miura Iura[1]

Resumo: O objetivo principal do presente estudo é analisar a evolução institucional dos juízes de fora na organização judiciária lusitana e brasileira, e os impactos da introdução de um grupo de burocratas fortemente comprometidos com os interesses reais e os efeitos que tal fato causou no equilíbrio dos sistemas de poder em Portugal e no Brasil Colonial dos séculos XVIII e XIX.

Abstract: *The overriding objective of this essay is to analyze the institutional evolution of the "juízes de fora"- out of the land judges - in the context of the Portuguese and Brazilian jurisdictional organization, and the impacts resulting from the introduction of group of bureaucrats strongly compromised with the Crown's interests, and it's reflects in the balance of powers in XVIII and XIX centuries Portugal and Colonial Brazil.*

Sumário: 1. Introdução 2. Data de Introdução 2. Crítica aos Juízes Ordinários 3. Crítica aos Juízes de Fora 4. Seleção e Origem Social dos Magistrados 5. Forma de Remuneração 6. Dados Estatísticos 6. Brasil Colonial 8. Segregação da Vida Local 9. Conclusão 10. Fontes 11. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O advento e a disseminação dos juízes de fora na estrutura judiciária lusitana, tanto em Portugal como no Brasil, encontra-se em perfeito compasso com o desenvolvimento da história política portuguesa.

Os juízes de fora surgem com a consolidação do estado português, passam a formar um corpo coeso de burocratas fortemente ligados aos interesses reais à época do Iluminismo, abrindo assim espaço para a posterior formação de uma magistratura estruturada e hierarquizada, condizente com um estado contemporâneo no século XIX.

Além disso, a origem e evolução dos juízes de fora é um tema que interessa não apenas ao estudo da evolução da organização judiciária lusitana, como igualmente toca o tema da recepção do direito romano canônico em Portugal.

Os juízes de fora representavam o direito régio, o direito das ordenações do reino, e os padrões modernos de julgamento através de um processo escrito e formal, com fortes laços de dependência com o poder central.[2] Por outro lado, os juízes ordinários simbolizavam a permanência de um direito costumeiro, aplicado por iletrados imersos numa tradição oral, portanto impermeáveis ao fenômeno da Recepção.

A desestabilização dos poderes locais pela instituição dos juízes de fora não tem sido contestada pela historiografia. O que se põe em dúvida é se estes magistrados contribuíam diretamente para o fortalecimento do poder da coroa, dada a ausência de um controle efetivo sobre suas atividades, ou se sua ação foi apenas indireta, minando as bases de poder das aristocracias locais.[3]

1 Juiz Substituto do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul. Mestrando em Direito Processual USP. Especialista em Direito Processual Civil PUC-SP.

2 Hespanha, **Às Vésperas do Leviathan**: Instituições e Poder Político – Portugal – Séx. XVII, Coimbra: Almedina, 1994. p. 196.

3 Ibid., p. 199.

Mas, independentemente desta questão, impende notar que a transição de uma magistratura honorária e leiga para uma magistratura profissional e letrada não ocorreu de forma pacífica. "*Na evolução dos sistemas de poder, nenhum sistema superveniente risca completamente o anterior; nem tampouco o integra tão harmonicamente que ambos passam a fazer corpo numa só peça."* [4]

A carga de conflituosidade fica evidente se considerarmos que o regime dos juízes ordinários encontra raízes profundas em Portugal. A jurisdição exercida pelos homens bons do "*concelho"* encontra paralelo, de certo modo, na própria jurisdição privada dos grandes proprietários do Antigo Império.[5]

Assim, a implantação dos juízes de fora na estrutura judiciária lusitana representa uma ruptura com o antigo sistema de poder, abrindo espaço para a construção de uma magistratura burocrática e moderna, em perfeito compasso com a evolução política de Portugal.

2. DATA DE INTRODUÇÃO

JOSÉ PEDRO RIBEIRO aponta que o preâmbulo das Cortes de Coimbra de 1211 (ano da era de César de 1249), faz menção à nomeação de juízes por D. Afonso II (1211-1223) no primeiro ano de seu reinado, o que poderia evidenciar que a prática de nomeação de magistrados diretamente pelo rei poderia ter-se iniciado nesta época[6]. Todavia, as fontes indicadas pelo autor – as atas das Cortes de Coimbra do Real Arquivo – foram vertidas do latim para o português, o que poderia ter propiciado algum erro de tradução.

É possível que o documento analisado por JOSÉ PEDRO RIBEIRO, em verdade, fizesse referência ao juízes que, embora eleitos pelos "*concelhos municipais"*, deveriam prestar juramento na Casa de El-Rei, pagando para tanto emolumentos à Coroa. Em época posterior, com Regimento dos Corregedores de 1340, esta competência teria sido delegada aos corregedores, como forma de aliviar o trabalho da Chancelaria régia[7].

Deveras, JOSÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO afirma que os juízes de fora remontam, no máximo, ao reinado de D. Afonso IV (1325-1357), citando, para fundamentar sua assertiva, referências de indicação de magistrados pelo rei nas Cortes de Elvas de 1352 (ano da era de César de 1390)[8], sendo que a mesma data é indicada por DUARTE NUNES DE LEÃO[9].

A indicação de juízes diretamente pelo rei também encontra subsídio durante o reinado de D. João I (1385 – 1433), porquanto a lei por este instituída se encontra na *Ord. Afon.*1.25, tendo sido tal prática referendada por D. Afonso V (1438-1481)[10].

---

4 Hespanha, *Centro e Periferia nas Estruturas Administrativas do Antigo Regime*. In: Ler História. 8 (1986).

5 MERÊA, Manuel Paulo. **Introdução ao Problema do Feudalismo em Portugal**: Origens do Feudalismo Caracterização deste Regimen, Coimbra, França Amado, 1912. p. 64.

6 *Sobre a economia dos Juizes de primeira Instancia no nosso Reino desde o Governo dos Reis de Leão*, Dissertação XXI. In: Dissertações Chronologicas e criticas sobre a historia e jurisprudência ecllesiastica e civil de Portugal. Lisboa, Academia Real das Sciencias, 1836. p. 136-7. t. V

7 CAETANO, Marcello. **História do Direito Português**. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2000. p. 374-5.

8 FIGUEIREDO, José Anastasio de. Sobre a origem dos nossos Juízes de Fora. In: *Memorias da Litteratura Portugueza*. Lisboa: Academia Real das Sciencias de Lisboa, 1792. p. 32. t. I.

9 LEÃO, 1610 apud SCHWARTZ, 1979. p. 5, nota 7.

10 *ElRey Dom Joham Meu Avô fez huma Hordenaçon acerca do modo, e regimento, que haviaõ de teer os Juizes, que por elle eram mandados a algumas Comarcas; e posto que quando ora mandamos alguns Juizes por Nós a algumas Cidades, ou Villas, ou per requerimento dos moradores dellas, ou por entendermos assy por serviço de DEOS, e Nosso, e prol da terra, os Juízes Hordenairos cessam, e nom deve hi aver outro, salvo aquelle, que por Nós he enviado, e elle deve tomar conhecimento de todallas cousas, e feitos, de que tomavam conhecimento os hordenairos; pero por servir a dita Hordenaçom em alguns casos quando ocorrerem, a Mandamos poer aqui:a qual he esta, que se adiante segue.*
1.Dom Joham pela graça de DEOS Rey de Portugal, e do Algarve. A quantos esta Carta virem fazemos saber, que por satisfazermos ao que fomos theudo pelo estado, que nos DEOS deu, de regermos em estes Regnos, polas cousas, que nos forom ditas, que se faziam Correiçooes da Beira como nom deviam, e per sabermos os malefícios, que nos eram dictos, que na dicta terra fazião, e poinham em obra como a Nós era denunciado, e fama fahia grande pola terra; e péra poermos scarmento aaquelles, que acharmos culpados de quisa, que fosse eixemplo aos outros, que taaes cousas nom cometessem; outro sy pera poermos aseseguo na dita Comarca, e darmos regras aos nossos objectivos como daqui endiante vivessem em paz, e em verdadeira Justiça; porque por vezes Mandámos aa dita Comarca Corregedores, e outros Nossos Officiaes, que pugnissem os malfeitores, e fizzessem correger, e guardar as malfeitorias, que se hi faziam, e

3. CRÍTICA AOS JUÍZES ORDINÁRIOS

As críticas comumente feitas em relação aos juízes ordinários ou da terra assim como as razões da implementação dos juízes de fora estão expostas nas *Ord. Afon.* 1.25. Em linhas gerais, o argumento empregado é o arbítrio dos juízes ordinários, em razão de sua falta de independência para resistir aos desmandos dos poderosos da terra, em detrimento das populações locais.

Segundo JOSÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, os juízes da terra estariam sujeitos às *prepotências dos poderosos*, pois, finda a sua judicatura ao cabo de um ano, deveriam ficar no mesmo lugar em que a exerceram na qualidade de particular, expondo-se deste modo às vinganças dos que se sentiram prejudicados por suas decisões.[11]

Além disso, sendo eleitos pelos *homens bons*, os juízes ordinários não tinham força para contrariar, no exercício da judicatura, o interesse daqueles que o elegeram. Ficariam assim vinculados aos interesses das elites locais, dos membros da câmara municipal.[12]

A isso, soma-se o argumento de que os juízes ordinários, em sua maioria, eram homens iletrados, deste modo, não estariam aptos a julgar de modo adequado, criando injustiças e distorções. À guisa de exemplo, o padre LUIZ GONZAGA DOS SANTOS, ao noticiar a criação do cargo de juiz de fora da vila de Rio Grande da Capitania de São Pedro, no ano de 1816, afirma que a imperícia dos juízes ordinários naquela localidade acarretava prejuízos notáveis ao bem público[13].

Demais disso, deve-se considerar que muitos juízes ordinários não eram sequer alfabetizados, fato que os tornava praticamente impermeáveis ao direito escrito de tradição romano canônica, melhor dizendo, ao direito das ordenações do reino, julgando apenas com base nos costumes da localidade.

É claro que esta aplicação do direito não uniforme e alheia ao fenômeno da recepção haveria de contrariar os interesses modernizadores da Coroa Portuguesa. Assim, não é por outra razão que a figura do juiz de fora apenas surgiria no contexto da consolidação do estado português, tendo atingido sua fase de maturidade em pleno despotismo esclarecido.

Os juízes ordinários, representantes das aristocracias locais e do direito costumeiro, esbarravam

---

porque por elles nom se corregeo, como cumpria a Nosso Serviço, e a bem do comum; por tanto nos movemos hir aa dita Comarca correger, e emmendar as ditas cousas per Nós, e pêra reformar a dita Comarca, e tornar ao estado, que estava em tempo de Nosso Avoo, e de Nosso Padre, cujas almas DEOS perdoe. E porque achamos, que na dita Comarca se faziam muitos malefícios, e malfeitores pelos Cavalleiros, e Escudeiros, e Hommees d´Armas, e pelos seus, e outros seus, e outros sy pelos Tabeliaaes, e por outros Saiooes;e porque Nos demos terras aos Cavalleiros, e Escudeiros, e aos outros grandes da dita Comarca com suas Jurisdições, e em essas terras nom se fazia direito, nem Justiça como devia, e esses, a que Nos devemos as terras, e os seus Juizes, e Meirinhos, e Outros consentiam em essas terras, que se fezessem as malfeitorias, e malleficios; e querendo Nós com a ajuda de DEOS poer remedio a esto, qual compre a Nosso serviço, e aa prol comunal da terra, Acordamos com o Nosso Conselho por serviço de DEOS, e Nosso, que pozessemos Juizes por Nós em Lamego, em Vizeu, e em na Guarda, e em Trancoso, e em Pinhel, e em Coimbra, e em Castelbranco; e aalem dos termos dessas Cidades, e Villas, lhe demos Jurisdiçom nos outros Julguados das terras Chãas, e Villas castelladas da dita Comarca, repartindo esses Julguados a esses Juizes, segundo he contheudo nas Cartas, que lhes demos desses Officios; e pera elles saberem o que ham de fazer nos ditos Julguados das outras terras, que lhes repartimos, lhes fezemos huma Hordenaçom, que se adiante segue, pera os ditos Juizes tomarem conhecimento de todollos malefícios, que se hi fezerem, ou teverem feitos d'ante os Fidalgos, e os seus, e prendelos, e punilos, se commeterom, ou cometerem taaes malefícios nos ditos Julguados, perque mereçaõ seer presos, ou averem pena de Justiça; e esses Juizes devem d´ouvir os ditos Fidalgos, e os seus, e dar livramento nos ditos feitos crimes, recebendo appellaçooes, e aggravos nos casos, que Per direito, ou Hordenaçooes do Regno as devem de receber; e posto que as partes nom queiraõ appellar, appellem esses Juizes pola Justiça nos casos, em que devem d´apellar segundo as Hordenaçoões dos Regnos.

11 *Porém he certo, que como os ditos Juizes Ordinarios tivessem naturalmente muitos obstáculos para bem e compridamente administrar, e fazer justiça, em razão de serem da mesma terra, e terem nella muitos parentes, e amigos, compadres, e companheiros, ou tambem malquerenças, e odios com outros; e por outra parte não podessem tam bem executar as Leis, e resistir às prepotencias dos Poderosos, e castigar os seus excessos, visto que acabado o tempo de sua judicatura, elles ficavam reduzidos a particulares em o mesmo Lugar, ou termo, e expostos ás vinganças dos mesmos Poderosos; por estas razões o Senhor Rei D. Affonso IV foi o primeiro, que achou ser de Direito e razão por seus Juízes de Fora-parte em muitas Cidades, Villas, e Lugares, por presumir o Direito, que sendo estranhos, sem nelles terem lugar as ditas razões, fariaõ mais compridamente direito, do que os naturaes das terras. Sobre a origem dos nossos Juízes de Fora*, cit., p. 32.

12 CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**: a elite político imperial, teatro de sombras: a política imperial. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, parte I. p.173.

13 *Memórias para Servir a História do Reino do Brazil, divididas em três épocas da Felicidade, Honra, e Glória; escriptas na Corte do Rio de Janeiro no anno de 1821, e offercidas ao Senhor D. João VI*. Lisboa: Impressão Régia, 1825. p.88. t. II.

diretamente no projeto real de construção de um Estado Português forte. Assim, a crítica a esta instituição fazia parte do próprio discurso oficial da Coroa, que pretendia por via dos juízes de fora estruturar um corpo de burocratas com forte comprometimento ao rei.

4. CRÍTICA AOS JUÍZES DE FORA

A principal oposição ao fortalecimento dos juízes de carreira, com o aumento de número de juízes de fora e corregedores em detrimento das justiças locais, após ter sido resolvida a questão da remuneração destes no reinado de D. João III, partiu de políticos liberais já em fins do século XVIII.

Os argumentos recorrentes são no sentido de que os juízes ordinários já administravam a justiça de forma adequada e honorária, não havendo necessidade de profissionalização da magistratura e de aumento do corpo de burocratas da Coroa, com elevados ônus financeiros para o Estado.

Um artigo publicado em 1816 no *Correio Braziliense ou Armazém Literário*, considerado o primeiro jornal brasileiro, editado em Londres pelo liberal brasileiro HIPÓLITO JOSÉ DA COSTA FURTADO MENDONÇA, de autoria não revelada, mas provavelmente do próprio editor, ilustra bem esta posição:

> Nós somos contrários ao estabelecimento dos Juízes de Fóra, que pouco a pouco se faz geral no Reyno; e uma vez que neste alvará[14] se tentou justificar ésta practica, esperavamos ver alegada alguma razão mais solida do que a ignorancia, e parcialidade dos Juizes Ordinarios. A ignorancia do Juiz Ordinario he remediada pelo recurso á instancia susperior. A sua parcialidade de vê ser objecto das indagaçoens periodicas do Corregedor, a que na fraze do Direito Portuguez se chama Correiçaõ, além de outros remédios extraordinarios, que as leys do Reyno tem providenciado: e a demais, casos, os casos em que o Juiz Ordinario decide em ultima instancia, saõ sempre de mui pouca monta.[15]

Vale notar que o argumento no sentido de que os recursos serviriam para coibir os abusos dos juízos

14 *Alvará com fórçã de Lei para erigir em Villa o Lugar do Cartacho.*
Eu o Príncipe Regente faço saber aos que o presente alvará com força de lei virem, que em consultas da meza do desembargo do Paço de dez de Novembro de mil oitocentos e dois, e de dezanove de Julho pastado constou na minha real prezença, quanto era justo, e conforme à utilidade publica, e particular dos meus fieis vassallos moradores, e vizinhos do lugar do cartacho, o sea primeiro requerimento, em que pedirão, que este se erigisse em villa com termo conveniente, desmembrando-se de Santarém ; naõ só porque assim o exigiaõ o augmento da agricultura, riqueza, povoação, e grandeza do referido, lugar, e a distancia em que se achavaõ, sendo-lhes penoso irem requerer a villa, onde lhes difficultavaõ as providencias pela complicação dos negócios ; mas também porque mereciaõ esta minha real contemplação pelo seu zelo, e fervor no meu real serviço : naõ devendo ser attendidos na parte, com que pertendiaõ se creassem juizes ordinários para administração da justiça em a nova villa, pois que era contrario ao bem publico, e particular dos sobreditos moradores separarem-se da Villa de Santarém, para íterem regidos por juizes leigos, sogeitando-se por este modo aos inconvenientes, que motivarão a creaçaõ de juizes de fora, e que nascem da falta do conhecimento das minhas leis, e aos abuzos da parcialidade, e mal entendidos caprichos ; o que convinha remover, creando-se para a referida nova villa um lugar de juiz de fora do civel, crime, e orfaons; combinando-se assim o interesse publico com o particular : propondo- se-me igualmente, que devia ser desatendido o segundo requerimento dos mesmos moradores do lugar do cartacho, em que desaprovando .a primeira pertençaõ, pedia-se não só, que este se naõ erigisse em villa, mas também, que nunca o fosse em virtude do privilegio, e mercê, que tinhaõ de tempos mui remotos, e cuja confirmação requeriaõ ; porque esta pertençaõ era desarrezoada, e inaplicável ao estado florente daquella povoaçaõ, que já se naõ podia .considerar aldeã, nem reger-se por juizes da vintena, nem a concessão, que teve origem em costumes antigos, quadrava ao estado actual : E tendo consideração a todo o referido, .ao mais que me foi presente nas mencionadas consultas hei por bem erigir em villa o lugar do cartacho, e crear para ella uni juiz de fora do civel, crime, e orfaons com o ordenado, e propinas do de Santarém, com as providencias seguintes :
A sobredita villa, que se denominará do Cartacho, terá por termo, além do seu antigo destricto, os lugares de Vallada, e Porto de Muge, e as Freguezias de Valle da Pinta, Pontevel, Ereira, e Lapa ; e para a sua erecção, e edifícios públicos necessários dará a meza do desembargo do paço as precizas providencias.A camará se comporá dos officiaes determinados na lei do Reino, e eleitos na mesma conformidade, e o scrivaõ, que sou servido crear para ella, o será tambem das sisas, e almotaçaria : haveraõ para origem da villa, e expediente da administração da justiça, dois escrivaens do publico judicial e notas, um dos orfaons, que o serão também das execuções respectivas ; um Inquiridor destribuido e contador, um partidor para o juízo dos orfaons, um meirinho, e um alcaide, que será também carcereiro, com os seus respectivos escrivaens. Para todos estes officios, que sou servido crear, serão escolhidos pela meza do desembargo do paço com preferencia os de Santarém, que naõ forem, proprietários.
Sendo na villa de Santarém de sobejo três magistrados diversos para o conhecimentos de primeira instancia, e diminuindo-se-lhe o termo com a creaçaõ da nova villa do Cartacho: sou servido supprimir o lugar de juiz dos orfaons da mesma villa, unindo-se toda a junsdicçaõ, e encargos ao juiz de fora do crime della.
Pelo que; mando á meza. do desembargo do Paço; Presidente do meu real erário; Regedor da justiça ; conselho da minha real Fazenda ; o todos os tribunaes, ministros de justiça, e mais pessoas, a quem o conhecimento deste Alvará pertencer, o cumprao, e guardem, sem embargo de quaesquer leis, ou ordens, que o contrario determinem, que todas hei por derogadas, como se de cada uma fizesse expressa, e individual menção. E valerá como carta passada pela Chancellaria, posto que por ella não ha de passar, e que o seu effeito haja de durar mais de um anno, não obstante a ordenação em contrario. Dado no palacio do Rio de Janeiro aos dez de Dezembro de mil oitocentos e quinze. PRÍNCIPE. MARQUEZ DE AGUIAR.

15 **Correio Braziliense** ou Armazém Literario. Editor W. Lewis. Londres: Officina da Correio Braziliense, 1816. p. 513. v. 16.

de primeiro grau, ao menos no Brasil do séc. XIX, deve ser tomado com certas ressalvas. Como observa o viajante francês SAINT-HILLAIRE, deve-se questionar quantas pessoas efetivamente se disporiam a se lançar numa viagem de meses por terras inabitadas até a capital, na esperança incerta de ver reformada a sentença iníqua, arcando com gastos, além daqueles decorrentes da própria decisão judicial.[16]

A mesma visão crítica em relação à disseminação dos juízes de fora em Portugal pode ser encontrado nos discursos de outro jornalista liberal, JOSÉ LIBERATO FREIRE DE CARVALHO, que, ressaltando as virtudes das justiças locais, enxerga nos juízes de fora uma intromissão indevida da Coroa nas câmaras municipais. [17]

Estas críticas, deveras, são perfeitamente coerentes com a doutrina liberal, que repugna um Estado que se pretende onipresente na vida social. É de se questionar, contudo, até que ponto a assertiva segundo a qual o antigo sistema dos juízes ordinários e das câmaras municipais efetivamente importava numa prestação jurisdicional adequada, ou, pelo contrário, a crítica liberal partiu de uma visão romantizada do passado.

5. SELEÇÃO E ORIGEM SOCIAL DOS MAGISTRADOS

Os juízes de fora nem sempre foram nomeados entre letrados. Até o início do século XVI, era comum a nomeação de cavaleiros e escudeiros ao cargo, como forma de recompensa por serviços prestados à Coroa. [18]

D. Manuel I (1495-1521), sensível à importância do papel desenvolvido pelos juízes de fora na administração da justiça no reino, passa a nomear predominante homens letrados para o cargo, sendo que, a partir de 1516, não há registros de nomeação de pessoas sem formação jurídica na magistratura real.

Sob a coroa de D. João III (1521-1557), é editada a lei de 13 de janeiro de 1539, a qual determina que apenas aqueles que tivessem frequentado a Universidade de Coimbra poderiam ocupar o cargo de juiz de fora. [19] Assim, a própria universidade inicia a prática de enviar anualmente ao Desembargo do Paço um relatório de desempenho de seus acadêmicos, dificultando o ingresso na magistratura daqueles que não tivessem obtido uma classificação de *bom estudante* ou de *muito bom* em seus históricos.[20]

A formação comum na universidade, além de criar entre os magistrados um sentimento corporativo e fortes ligações pessoais, servia para lhes inculcar uma série de valores e padrões em consonância com os interesses reais, unificando o império português ao unificar sua elite, porquanto toda ela era formada em Leis em Coimbra (SCHWARTZ, 1979, p. 60)[21].

Exigia-se, ademais, para o ingresso na carreira de juiz de fora, 2 anos de exercício da advocacia, e a idade mínima de 28 anos no data de sua designação, o que não representava um grande empecilho, pois os estudantes de Coimbra graduavam-se em média entre os 26 e 33 anos.[22]

16 SAINT-HILAIRE, Auguste de. *Voyages dans l'Intérieur du Brésil*, cit., p. 364

17 JOSÉ LIBERATO FREIRE DE CARVALHO, *Essai historico-politique sur la constituition et le gouvernement du royaume. Ce règne vit donc naître l'organisation systematique d'une nouvelle magistrature, qui renversa complétement tout l'ancièn et excellent régime municipal du royaume. Le roi ayant créé de nouveaux magistrats avec le titre de juge extra-communaux (Juízes de fora) chargés de présider et de diriger les conseils municipaux, ces corps ont du nécessairement perdre, et perdirent em effet toute leur indépendance politique, et avec elle leur liberte. Ce fut donc là un des coups mortels portes pendant ce règne à notre ancient système constitutionnel, et qui fraya le chemin à toutes les usurpations futures*.

18 RIBEIRO, José Pedro. Sobre a economia dos Juizes de primeira Instancia no nosso Reino desde o Governo dos Reis de Leão, cit., p. 137.

19 *Para tirar porêm o equívoco que póde haver tratando este assumpto, tenho de prenotar I., que distincção entre Juizes de Fóra e Ordinarios não nasce de serem aquelles Letrados, e os outros sem conhecimento de Direito: accidentalmente tem havido destes muitos peritos no mesmo Direito, e aquelles pela maior parte não erão Letrados, mas muito delles nobres, em quanto o Senhor D. João III. lhe não requereo a habilitação de Graos Academicos. josé anastasio de figueiredo, Sobre a origem dos nossos Juízes de Fora*, cit., p.41 e 45.

20 FONSECA, Fernando Taveira da. A Universidade de Coimbra antes da reforma de 1772: uma visão crítica. In: AULAS Y SABERES: VI CONGRESO INTERNACIONAL DE HISTORIA DE LAS UNIVERSIDADES HISPÁNICAS, 1999. València: Universitat de València, 2003, v. 2. p. 495.

21 Trata-se substancialmente da mesma tese de José Murilo de Carvalho (A construção da ordem, cit., p. 69) ao justificar a unidade da América Portuguesa após o processo de independência pela formação comum da elite colonial. .

22 SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial**, cit., p. 61.

As relações entre a Universidade de Coimbra e o Desembargo do Paço são deveras estreitas. A academia não se limitou a fornecer jovens para preencher os cargos da magistratura real de primeira instância, mas preenchia também o ápice da carreira judicial.

Os cargos de cúpula da estrutura judiciária com frequência eram preenchidos por professores da Faculdade de Leis da Universidade de Coimbra. Longe de se considerar esta transição da docência para a judicatura como um desfecho anormal da vida acadêmica, tais nomeações eram vistas como um desenvolvimento natural da carreira do docente, que assim contribuiria para a melhor administração da justiça.[23]

Neste sentido, vale citar o parecer de deputados da Mesa de Consciência e Ordens, proferido em 1742, segundo os quais seria "*conveniente ao bem deste Reino e administração da Justiça o encheremse humas e outras de lentes pella differença que ordinariamente fazem aos Menistros que não o foram*."[24] Fica evidente neste discurso o papel precípuo da universidade na formação de quadros para o serviço real.

A seleção de ingresso na carreira de juiz de fora, conhecida como a *leitura de bacharéis*, organizado pela *Secretaria da Repartição das Justiças e do Despacho da Mesa do Desembargo do Paço*[25], incluía ainda uma investigação social tendente a averiguar a ascendência do candidato, sua fidelidade política aos interesses reais, assim como sua ortodoxia religiosa.

O candidato ao cargo de juiz de fora deveria apresentar uma petição endereçada ao rei, contendo o grau universitário, nome e naturalidade dos pais e avôs paternos e maternos, e as certidões comprobatórias da experiência forense. O processo era então encaminhado para a comarca da naturalidade do candidato e de seus ascendentes, para a inquirição de testemunhas, que deveriam responder às seguintes perguntas:

> a) se sabia, ou suspeitava, do que lhe poderiam perguntar "*e se lhe disse alguém que sendo perguntado dissesse mais, ou menos, da verdade*";
>
> b) se conhecia o bacharel, seus pais e avós e por que motivo;
>
> c) se sabia ser o bacharel cristão-velho, "*sem raça alguma de cristão-novo, mouro, mulato ou de outra qualquer infecta nação*";
>
> d) "*se ouviu, ainda que não saiba de certo, alguma fama, ou rumor em contrário, e a que pessoa ouviu, e em que ocasião*";
>
> e) se sabia de exercício mecânico exercido pelo pai ou avô do requerente;
>
> f) se o bacharel era pessoa de boa vida e costumes, "*solteiro, ou casado com mulher de limpo sangue, sem raça*".[26]

No que tange à ascendência do candidato, ARNO WEHLING e MARIA JOSÉ WEHLING afirmam que, em muitos casos, as normas de pureza racial e social foram interpretadas com uma certa flexibilidade. Diversos são os relatos de filhos e netos de comerciantes, almocreves, caixeiros, sapateiros e pescadores que tiveram seus pedidos de leitura deferidos, após terem apresentado contratestemunhos, ou ainda, em razão do prestígio de outros membros da família[27], o que demonstraria, nas palavras de SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, uma

23 FONSECA, Fernando Taveira da. **A Universidade de Coimbra antes da reforma de 1772**: uma visão crítica, cit., p. 495.

24 Ibid

25 SUBTIL, José, Le Tribunal du Desembargo do Paço: **Les Commune**, n. 19, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1992. p. 176.

26 WEHLING, Arno. WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial**: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 254.

27 Ibid., p. 254-60.

certa ausência de *orgulho de raça* no espírito lusitano.[28] Já quanto ao aspecto religioso, em pouquíssimas habilitações foi levantada a acusação de cristão-novo.

Caso notório na historiografia brasileira é a ordem de D. João VI (1816-1826) para a nomeação do bacharel Antonio Ferreira Castro para o ofício de procurador da Coroa, apesar de ser este considerado pardo: *"o defeito de ser pardo não obsta para este ministério e se repara muito entre vós, por este acidente, excluísseis um bacharel formado, provido por mim para introduzirdes e conservardes um homem que não é formado, o qual nunca podia ser por lei, havendo bacharel formado"*.[29]

Este episódio excepcional, independentemente de traduzir ou não um espírito mais benevolente quanto à questão racial, serve, por outro lado, para ilustrar o cenário de absoluta escassez de bacharéis no Brasil até o primeiro quartel do século XIX, que só seria revertido com a inauguração dos cursos jurídicos em Olinda e em São Paulo, criados com o claro propósito de formação de quadros para a administração imperial.

Aquilo que SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA denomina de *praga do bacharelismo*, determinado pelo apego exagerado ao valores da personalidade, ao menos no que tange à disseminação de graduados em todos os ramos da Administração Pública, é fenômeno que se inicia apenas com o Brasil Independente.[30]

Poucos eram os magistrados oriundos da nobreza. Por exemplo, STUART SCHWARTZ calcula que apenas 8% dos desembargadores do Tribunal da Relação da Bahia na primeira metade do século XVII poderiam ser considerados fidalgos. A pouca presença de fidalgos na magistratura também foi observada por ARNO WEHLING e MARIA JOSÉ WEHLING em relação ao Tribunal da Relação do Rio de Janeiro na segunda metade do século XVIII[31]. A maior parte dos juízes eram filhos de advogados, funcionários públicos, serventuários da justiça, fiscais, inspetores e outros burocratas, enfim, "*pessoas cuja origem, se não humilde também não era ilustre*."[32]

6. FORMA DE REMUNERAÇÃO

Os juízes ordinários exerciam suas funções de forma honorária. Poderiam receber, com é sabido, propinas e emolumentos[33], mas não oneravam os limitados orçamentos dos "*concelhos municipais"*.

Por outro lado, os juízes de fora e seus auxiliares eram remunerados pelo "*concelho municipal"* do local onde exerciam suas atividades, devendo ainda as populações locais oferecer lhes aposentadoria. O peso da remuneração dos juízes de fora nos orçamentos municipais era tão significativo que JOSÉ PEDRO RIBEIRO afirma que este foi um fator de antipatia das populações em relação à administração real da justiça[34].

Sensível a estas críticas, D. Manuel I, adota como prática regular, ao nomear juízes de fora, a determinação de que metade ou dois terços da remuneração destes magistrados fossem custeados pela fazenda real, ficando os "*concelhos municipais"* obrigados a pagar apenas o restante.[35]

28 HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, 25. ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995. p. 53.

29 **Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro**, XXVIII, Rio de Janeiro, 1908, p. 352, citado por SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, **Raízes do Brasil**, cit., p. 55, nota 22.

30 HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, cit., p. 156.

31 WEHLING, Arno. WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial**, cit., 2004, p. 269.

32 SCHWARTZ, Stuart. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial**, cit., p. 228.

33 SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Ser Nobre na Colônia**. São Paulo: UNESP, 2005. p. 143.

34 *Que a repugnancia dos mesmos Povos acerca dos Juizes de Fóra, era tão somente porque sendo gratuitos os Ordinarios, aos Juizes de Fóra tinhão de concorrer com os Ordenados. Sobre a economia dos Juizes de primeira Instancia no nosso Reino desde o Governo dos Reis de Leão, in Dissertações Chronologicas e criticas sobre a historia e jurisprudência ecllesiastica e civil de Portugal, tomo V, Lisboa, Academia Real das Sciencias, 1836, dissertação XXI, p. 137. Na mesma linha, candido mendes de almeida, Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, Rio de Janeiro, 1870, Typographia do Instituto Philomathico (edição fac-similar, Senado Federal, Brasília, 2004), tomo I, Liv. I, Tit. LXV, nota 2, p. 134.

35 FIGUEIREDO, José Anastasio de. **Sobre a origem dos nossos Juízes de Fora**, cit., p. 42.

Esta situação de repartição de custos permaneceu até as Cortes de Torres Novas de 1525 e de Évora de 1535, já sob a coroa de D. João III (1521-1557), nos quais os "*concelhos municipais"* requereram ao rei que mandasse destituir todos os juízes de fora ou fizesse recair integralmente a remuneração de tais magistrados sobre a fazenda real, assim como de seus meirinhos e demais auxiliares, além de livrá-los do dever de aposentadoria.[36]

Assim, diante de tal reclamo, D. João III ordenou que "*assim lho concedo, mandando pelo primeira vez, que dahi por diante os Juízes de Fóra, assim ordinários, como dos Órfãos, que por elle entaõ eraõ ou ao diante fossem postos em algumas Cidades Villas, e Lugares de seus Reinos, e Senhorios, não houvessem cousa alguma, assim de mantimento, como d'apousentadoria de casas e camas, e igualmente os seus Meirinhos, e homens, á custa dos Povos, nem das rendas dos Concelhos."* [37]

Não obstante, já no início do séc. XIX, a crítica permanece agora proveniente de setores liberais da política. O jornalista brasileiro HIPÓLITO JOSÉ DA COSTA FURTADO MENDONÇA afirma que a introdução dos juízes de fora representaria um "*pezado carrêgo para a nação"*, pois o Governo teria de providenciar empregos para uma magistratura cada vez mais numerosa.[38]

Quanto ao nível da remuneração, esta não era excepcionalmente elevada. Na experiência brasileira, era relativamente comum a cumulação de funções pelos juízes de fora, muitas delas administrativas, tais como o de inspetor da produção de ouro, elevando significativamente os vencimentos dos magistrados, tal como relata o viajante francês SAINT-HILAIRE. [39]

7. DADOS ESTATÍSTICOS

Os dados estatísticos sobre a disseminação dos juízes de fora são escassos e são baseados principalmente em atos oficiais de nomeação, recolhidos posteriormente.

Compulsando os livros da Chancelaria de D. João II (1477-1481), JOSÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO contou 15 juízes de fora em seu reinado, número que, segundo o autor, não difere muito da época de seu predecessor, D. Afonso V (1438-1477)[40]. Já sob a coroa de D. Manuel I (1495-1522), este número teria mais que dobrado, passando para 32.

Neste ponto, vale lembrar a assertiva de MARCELLO CAETANO, no sentido de que a peste negra teria feito com que a Coroa Portuguesa tivesse de nomear um número maior de juízes de fora, em razão das mortes em larga escala e do aumento expressivo do número de inventários, a despeito dos protestos das populações locais por causa do impacto da remuneração destes magistrados nas receitas dos "*concelhos"*.[41]

Já no século XIX, adrien balbi contou, ao todo, 174 juízes de fora em Portugal em 1822, sendo 127 proveniente da Coroa, 8 da Casa da Rainha, 21 da Casa de Bragança e 18 da Casa do Infantado[42], sendo que números próximos a estes foram reportados por friedrich wilhelm schubert[43].

36 Ibid., p. 42.

37 Ibid., p. 42-3.

38 **Correio Braziliense** ou Armazém Literario, cit., p. 514.

39 *Les juízes de fora cumulent divers emplois comme les ouvidores. Em qualité de juges proprement dits, ils ne reçoivent que 400,000 reis; mais ainsi qu'on l'a vu, ils touchent une pareille somme pour remplir les fonctions d'inspecteur de l'or; enfin ils perçoivent encore dês droits comme juge des absens, juge des orphelins, etc. Celui de Villa Rica en particulier touche 400,000 reis (2,500 fr.) pour une place qu'il remplit sous le titre d'ouvidor da guerra dans les conseils de guerre tenus dans cette ville; la totalité de sés appointements s'elève pour le moins à huit mille cruzades (25,000 francs), et les revenus de la place de juiz de fora de Sabará sont estimes dix mille cruzades.saint-hilaire, Voyages dans l'Intérieur du Brésil*, cit., p. 370.

40 FIGUEIREDO, José Anastasio de. **Sobre a origem dos nossos Juízes de Fora**, cit., p. 41.

41 CAETANO, Marcello. **História do Direito Português**, cit., p. 375.

42 BALBI, Adrien. **Essai statistique sur Le Royaume de Portugal et D´Algarve, comparé aux autres États de L'Europe, et suivi d'um coup d'oeil sur l'état actuel des Sciences, des Lettres et des Beaux-Arts parmi les portugais de deux hemisphères**. Paris: Rey et Gravier, 1822. p. 276. t. I.

43 SCHUBERT, Friedrich Wilhelm. **Handbuch der Allgemeinen Staatskunde Von Europa**: Die Reiche Spanien und Portugal, Königsberg, 1836, p. 454.

8. BRASIL COLONIAL

Os juízes *del Rey* exerceram um papel proeminente nos primeiros séculos do Brasil Colonial. Formando um grupo social relativamente coeso, de origem social e formação intelectual comuns, os magistrados de carreira representaram poderosos instrumentos da Coroa em face da força centrífuga exercida por produtores de açúcar e traficantes de mercadorias.

O comprometimento deste grupo social aos interesses reais, longe de representar qualquer forma de sentimento nobre de fidelidade ao soberano, explica-se pela ânsia de obter rápida ascensão na carreira judicial, e deste modo retornar a Portugal com cargos mais altos e maiores privilégios.

Assim, considerando que a magistratura real, ao menos até o final do séc. XVII, representava no Brasil o único corpo organizado de burocratas com forte vinculação aos interesses da Coroa, os juízes acabaram por receber incumbências que extrapolavam o mero exercício da judicatura, sendo-lhes confiadas importantes funções administrativas, tais como a fixação do preço de açúcar e a inspeção de embarcações para evitar o contrabando de pau-brasil[44].

Contudo, o número de juízes de carreira no interior do Brasil nunca chegou a ser expressivo no período colonial. Apesar da instalação do Tribunal da Relação da Bahia em 1609, em primeira instância foram designados pouquíssimos juízes de fora, tendo a maioria das comarcas ficado sob a jurisdição dos juízes ordinários, o que permitiu a perpetuação do poder pelas aristocracias locais no interior do país.

Este estado pode ser explicado pela necessidade da Coroa em limitar gastos com a administração da justiça nas colônias até meados do séc. XVIII. Sendo a justiça da terra exercida de forma honorária, ainda que os titulares dos cargos não os ocupassem exclusivamente em razão do prestígio social, os juízes ordinários representavam uma opção menos dispendiosa que a instituição de juízes de fora.[45]

Este cenário passa lentamente a ser alterado a partir de 1696, quando os primeiros juízes de fora passam a ser designados para comarcas mais afastadas do litoral[46]. Todavia, a enorme escassez de letrados dispostos a enfrentar uma viagem transatlântica para exercer a judicatura de primeira instância no Brasil assim como a escassez de recursos reais para a manutenção de juízes de fora são ainda uma realidade mesmo para grandes centros urbanos como Salvador, onde em 1726 o cargo de juiz de órfãos ainda "*andava em pessoas leigas"*.[47]

Os desembargadores do Tribunal da Relação da Bahia apenas aceitavam vir para o Brasil mediante a promessa de elevadas posições na Corte após o retorno a Portugal. Rui Mendes, por exemplo, aceitou a nomeação para o cargo de desembargador no Brasil sob a promessa de assumir o cargo de chanceler quando este vagasse, o que ocorreu em 1629. Francisco da Fonseca Leitão, juiz de fora à época de sua nomeação para a Relação da Bahia, foi promovido à Casa da Suplicação após retornar para Portugal, o mesmo tendo ocorrido com Afonso Garcia Tinoco[48].

---

44 SCHWARTZ, Stuart. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial**, cit., p. 202.

45 *A contenção de despesas por parte da Coroa no que s refere à estrutura judiciária da Colônia permitiu que a nobreza da terra, até meados do séc. XVIII, conservasse seu poder na aplicação da justiça através da manutenção de juízes ordinários leigos. Não havia verba para nomear juízes de fora em todas as câmaras importantes e os ouvidores tinham a vantagem de acumular funções judiciárias com outras de interesse da Coroa. Os juízes letrados tardaram em ocupar seus lugares nas câmaras e só os ouvidores podiam de certo modo controlar a ação de juízes ordinários incompetentes mas poderosos.* MARIA BEATRIZ NIZZA DA SILVA, **Ser Nobre na Colônia**, cit., p. 149.

46 CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**, cit., p. 73.

47 SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Ser Nobre na Colônia**, cit., p. 169.

48 SCHWARTZ, Stuart. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial**, cit., p. 66-70.

Todavia, mesmo no início do século XIX, o número de juízes letrados ainda era reduzido. A capitania de São Paulo, por exemplo, contava apenas com um juiz de fora na vila de Santos, Luís Joaquim Duque Estrada. Na capitania de Paranaguá, eram apenas quatro, tal como se depreende do relatório do governador Bernardo José Lorena, em de 6 maio de 1805.[49]

9. SEGREGAÇÃO DA VIDA LOCAL

A Coroa buscava ao máximo evitar que a magistratura de carreira (juízes de fora e desembargadores) se envolvesse com a vida local. Assim era lhes vedado casar sem autorização especial, assim como desenvolver o comércio e adquirir terras nos locais sob sua jurisdição. Estas regras, no entanto, eram apenas respeitadas por aqueles que consideravam sua estadia no Brasil uma mera etapa de suas carreiras, pois não desejavam que eventuais desrespeitos a essas regras pudessem comprometer futuras promoções.[50]

Outro mecanismo eficaz para manter os juízes de fora alheios aos interesses locais era o fato de serem nomeados para mandatos trienais. Assim, o sistema de circulação de magistrados, ao mesmo tempo em que impedia a formação de vínculos mais estreitos entre o magistrado e os interesses locais, também permitia ao juiz se manter ligado a todo o sistema burocrático português, prestando serviços tanto na metrópole como nas colônias, sendo que a única limitação a essa circulação era a divisão da magistratura entre Oceano Índico e Oceano Atlântico. [51]

10. CONCLUSÃO

A origem e a evolução dos juízes de fora estão fortemente relacionadas à evolução político-institucional de Portugal. Os juízes de fora surgem com a consolidação do estado português, e atingem seu ápice no mesmo momento em que Portugal está sob a égide do despotismo esclarecido.

A função desempenhada por estes magistrados, numa perspectiva institucional, extrapola o mero exercício da judicatura, porquanto representam, juntamente com os corregedores e ouvidores, o único grupo de burocratas estruturados e presentes em praticamente todo o império português.

A formação comum em Coimbra, a identidade de origem social, assim como a mobilidade dos cargos, que fazia com que os juízes reais percorressem todo o território português – metrópole e colônias –, tornavam os poderosos instrumentos da Coroa em seus propósitos centralizadores, pois a unificação de sua elite administrativa fortalecia o imenso império português.

11. FONTES

Ordenaçoens do Senhor Rey D. Affonso V, Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1792;

Ordenaçoens do Senhor Rey D. Manuel, Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1797;

Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado D'el-Rey D. Phillippe I, 14. ed., com anotações de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomáthico, 1870.

49 SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Ser Nobre na Colônia**, cit., p. 231.

50 CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**, cit., p.173.

51 Ibid., p.172.

12. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cândido Mendes de (Org.). **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. 5 v.

BALBI, Adrien. **Essai statistique sur Le Royaume de Portugal et D´Algarve, comparé aux autres États de L'Europe, et suivi d'um coup d'oeil sur l'état actuel des Sciences, des Lettres et des Beaux-Arts parmi les portugais de deux hemisphères**. Paris: Rey et Gravier, 1822. t. I.

CAETANO, Marcello. **História do direito português**. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2000.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**: a elite político imperial, teatro de sombras: a política imperial. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

Correio Braziliense ou Armazém Literario. Editor W. Lewis. Londres: Officina da Correio Braziliense, 1816. p. 513. v. 16.

FIGUEIREDO, José Anastasio de. **Sobre a origem dos nossos Juízes de Fora**. In: Memorias da litteratura portugueza. Lisboa: Academia Real das Sciencias de Lisboa, 1792, t. I.

FONSECA, Fernando Taveira da. A Universidade de Coimbra antes da reforma de 1772: uma visão crítica. In:___ AULAS Y SABERES: VI CONGRESO INTERNACIONAL DE HISTORIA DE LAS UNIVERSIDADES HISPÁNICAS, 1999. València: Universitat de València, 2003. v. 2.

HESPANHA, António Manuel. Centro e periferia nas estruturas administrativas do Antigo Regime. **Ler história**, n. 8 (1986), p. 35-60. ISSN 0870-6182.

_____. **O direito dos letrados no Império Português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

_____. **Às vésperas do Leviathan: instituições e poder político**: Portugal – Séc. XVII. Coimbra: Almedina, 1994.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MERÊA, Manuel Paulo. **Introdução ao problema do Feudalismo em Portugal**: origens do Feudalismo caracterização deste regimen. Coimbra: França Amado, 1912.

RIBEIRO, José Pedro. Sobre a economia dos Juizes de primeira Instancia no nosso Reino desde o Governo dos Reis de Leão. In: **Dissertações chronologicas e criticas sobre a historia e jurisprudência ecllesiastica e civil de Portugal**. Lisboa; Academia Real das Sciencias, 1836.

SAINT-HILAIRE, Auguste de. **Voyages dans l'Intérieur du Brésil**: voyage dans les provinces de Rio de Janeiro et Minas Geraes. Paris: Grimbert et Dorez, 1830.

SANTOS, Luiz Gonzaga dos. **Memórias para servir a história do Reino do Brazil, divididas em três épocas da Felicidade, Honra, e Glória**: escriptas na Corte do Rio de Janeiro no anno de 1821, e offercidas ao Senhor D. João VI. Lisboa: Impressão Régia, 1825.

SCHUBERT, Friedrich Wilhelm. **Handbuch der Allgemeinen Staatskunde Von Europa**: Die Reiche Spanien und Portugal. Königsberg: [s. n.], 1836.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial**: a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perpectiva, 1979.

SILVA, José Veríssimo Álvares da. Sobre a forma dos juízos nos primeiros séculos da Monarquia Portugueza. In: **Memórias da litteratura portugueza**. Lisboa: Typographia da Academia Real de Sciencias, 1796.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Ser nobre na colônia**. São Paulo: UNESP, 2005.

SUBTIL, José. Le Tribunal du Desembargo do Paço: Portugal 1750-1833. **Les Commune**, n. 19, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1992.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil Colonial**: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 2011.014366-5 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA AFASTADA – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO – SERVIDORES PÚBLICOS VINCULADOS À AGRAER – VERBA DENOMINADA COMO "VANTAGEM PESSOAL" – PARCELA DEVIDA AOS SERVIDORES QUE TIVERAM SEUS CARGOS TRANSFORMADOS PELA LEI N. 2.065/99, QUE IMPLANTOU PLANO DE CARGOS E CARREIRA – PRESERVAÇÃO DOS VENCIMENTOS PERCEBIDOS À ÉPOCA – SERVIDORES QUE INGRESSARAM NA CARREIRA APÓS A REESTRUTURAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE REDUÇÃO SALARIAL – SEGURANÇA DENEGADA.

- Não obstante a lei que fundamenta a pretensão dos impetrantes tenha sido publicada em 30.12.1999, trata-se de questão que envolve prestações de trato sucessivo, em que a ilegalidade apontada se renova a cada ato, devendo ser afastada a preliminar de decadência.

- A Lei Estadual n. 2.065/99, ao promover a reestruturação dos quadros administrativos estaduais, criou a denominada "vantagem pessoal" destinada aos servidores que tivessem seus vencimentos reduzidos em virtude da reclassificação feita em seus cargos. Desse modo, ela não é devida aos servidores que ingressaram após as modificações.

- Além disso, a Súmula n. 339 do Supremo Tribunal Federal veda, expressamente, o aumento, pelo Judiciário, de vencimentos de servidores públicos, com fundamento no princípio da isonomia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, denegar a segurança. Ausentes, justificadamente, os vogais Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 27 de julho de 2011.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Airton José Silva Garcez e outros, servidores públicos estatutários lotados na Agência de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural – AGRAER –, impetram mandado de segurança contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e Secretária Estadual de Administração, consubstanciado na falta de inclusão em seus subsídios da verba denominada vantagem pessoal, criada pela Lei n. 2.065/99, que vem sendo paga a outros servidores integrantes da mesma carreira e que exercem as mesmas atribuições, descritas no anexo II da Lei n. 2.781/03.

Alegam, em síntese, que a vantagem pessoal é salário, por conseguinte, deve somar-se a ele para o cálculo de todos os adicionais e gratificações. Aduzem que, em atenção ao § 3º do artigo 24 da Lei n. 2.065/99, e sob a condição da vantagem pessoal ser equivalente a salário, possuem direito à correção nos mesmos índices e datas conferidos ao salário-base.

Acrescentam que devem ser tratados com isonomia em relação a vários servidores do mesmo órgão que obtiveram judicialmente o direito de somar a vantagem pessoal à base de cálculo.

Requerem, assim, a concessão de segurança, para que os impetrados voltem a inserir em seus vencimentos o item remuneratório denominado de vantagem pessoal, bem como que esta seja acrescida ao valor do salário-base para o cálculo dos adicionais e gratificações.

Juntaram diversos documentos (f. 14/14426/98) e atribuíram à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Não houve pedido de liminar.

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 200-15), sustentando, preliminarmente, a ocorrência de decadência, uma vez que os impetrantes tiveram ciência inequívoca do ato impugnado com a publicação da Lei Estadual n. 2.065/99 em 30.12.1999.

No mérito, aduz que a Constituição Federal veda qualquer forma de vinculação ou equiparação de vencimentos, nos termos da Súmula n. 339 do STF, além da impossibilidade de se acumular vantagens pecuniárias, conforme disposto no artigo 37, XIV, da CF e no artigo 45, § 4º, da Lei Estadual n. 2.065/99.

Ressalta, por fim, que a verba denominada "vantagem pessoal" é temporária e tem como finalidade evitar a redução salarial daqueles servidores que tiveram os cargos alterados com o advento da Lei n. 2.065/99, que criou o plano de carreira, tal como previsto na Lei n. 2.781/2003, logo, não poderia ser somada ao salário-base para que sobre ela incidisse as demais gratificações.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer (f. 219-37) opinando, preliminarmente, pela extinção da ação, devido à impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, pela denegação da segurança.

VOTO

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

Airton José Silva Garcez e outros, servidores públicos estatutários lotados na Agência de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural – AGRAER –, impetram mandado de segurança contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e Secretária Estadual de Administração, consubstanciado na falta de inclusão em seus subsídios da verba denominada vantagem pessoal, criada pela Lei n. 2.065/99, que vem sendo paga a outros servidores integrantes da mesma carreira e que exercem as mesmas atribuições descritas no anexo II da Lei n. 2.781/03.

Alegam, em síntese, que a vantagem pessoal é salário, por conseguinte, deve somar-se a ele para o cálculo de todos os adicionais e gratificações. Aduzem que, em atenção ao § 3º do artigo 24 da Lei n. 2.065/99 e sob a condição de a vantagem pessoal ser equivalente a salário, possuem direito à correção nos mesmos índices e datas conferidos ao salário-base.

Acrescentam que devem ser tratados com isonomia em relação a vários servidores do mesmo órgão que obtiveram judicialmente o direito de somar a vantagem pessoal à base de cálculo.

Requerem, assim, a concessão de segurança, para que os impetrados voltem a inserir em seus vencimentos o item remuneratório denominado de vantagem pessoal, bem como que esta seja acrescida ao valor do salário-base para o cálculo dos adicionais e gratificações.

Juntaram diversos documentos (f. 14/14426/98) e atribuíram à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Não houve pedido de liminar.

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 200-15), sustentando, preliminarmente, a ocorrência de decadência, uma vez que os impetrantes tiveram ciência inequívoca do ato impugnado com a publicação da Lei Estadual n. 2.065/99 em 30.12.1999.

No mérito, aduz que a Constituição Federal veda qualquer forma de vinculação ou equiparação de vencimentos, nos termos da Súmula n. 339 do STF, além da impossibilidade de se acumular vantagens pecuniárias, conforme disposto no artigo 37, XIV, da CF e no artigo 45, § 4º, da Lei Estadual n. 2.065/99.

Ressalta, por fim, que a verba denominada "vantagem pessoal" é temporária e tem como finalidade evitar a redução salarial daqueles servidores que tiveram os cargos alterados com o advento da Lei n. 2.065/99, que criou o plano de carreira, tal como previsto na Lei n. 2.781/2003, logo, não poderia ser somada ao salário-base para que sobre ela incidisse as demais gratificações.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer (f. 219-37), opinando, preliminarmente, pela extinção da ação, devido à impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, pela denegação da segurança.

Por questão de prejudicialidade, passo à análise das preliminares arguidas.

I - Decadência

A autoridade coatora alega prejudicial de decadência, visto que a Lei Estadual n. 2.065/99, publicada em 30.12.1999, e que fundamenta o pedido dos impetrantes, produziu efeitos concretos a partir de 1º.1.2000, portanto o prazo decadencial de 120 dias estaria superado.

Ocorre que os impetrantes não pretendem corrigir ou discordar da Lei n. 2.065/99; a irresignação se volta contra a sua aplicação, mês a mês, que motiva o Estado a deixar de incluir, nos respectivos vencimentos, a verba denominada "vantagem pessoal", caracterizando obrigação de trato sucessivo.

Por sua vez, o ato omissivo praticado pelo Estado se renova mensalmente, segundo os ensinamentos de Ely Lopes Meirelles1: *"Tratando-se de ato omissivo continuado, o prazo decadencial renova-se periodicamente, por envolver obrigação de trato sucessivo."*

Assim, por se tratar de relação jurídica de trato sucessivo, o prazo decadencial renova-se a cada período em que o Estado deixa de efetuar o pagamento da verba pleiteada pelos impetrantes, não ofendendo, desse modo, o art. 23 da Lei n. 12.016/09, razão pela qual rejeito a prefacial arguida.

II – Impossibilidade Jurídica do Pedido

A Procuradoria-Geral de Justiça afirma que o artigo 37, XIII, da CF veda, expressamente, a tutelada jurisdicional pleiteada pelos impetrantes, por esse motivo a presente ação deveria ser extinta, sem julgamento de mérito.

1 MEIRELLES, Ely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e "Habeas Data"**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.54-5.

Por se confundir com mérito, com ele será analisada.

III - MÉRITO

De acordo com as questões de fato e de direito deduzidas na inicial, a controvérsia cinge-se em verificar a possibilidade de inclusão da verba denominada "vantagem pessoal" nos vencimentos do impetrantes, bem como somá-la ao salário-base para incidência das demais gratificação.

Com o advento da Lei n. 2.065/99, foi implantado um novo sistema de cargos, empregos e carreira da administração direta e indireta do Poder Executivo do Estado. Para aqueles que tivessem o cargo transformado, foram previstas pela norma duas soluções, nos termos dos dispositivos abaixo transcritos:

> Art. 24. O servidor que tiver seu cargo transformado perceberá o vencimento do novo cargo a partir do primeiro dia do mês imediatamente seguinte à publicação do ato de transformação, acrescido de vantagens pessoais calculadas sobre o novo vencimento. § 1º O servidor cujo cargo decorrente da transformação tiver vencimento inferior ao que percebia será classificado em referência de valor imediatamente superior, dentro da classe correspondente ao seu tempo de serviço. § 2º No caso de não haver na classe referência que comporte o enquadramento do servidor, o mesmo fará jus à percepção da diferença, entre o vencimento anterior e o novo, como vantagem pessoal, nominalmente identificada.

Como se nota, caso o novo enquadramento do servidor não se encaixasse na classe de referência, faria ele jus à percepção da diferença entre o vencimento anterior e o atual, por meio de "vantagem pessoal", nominalmente identificada.

Ocorre que todos os impetrantes foram admitidos após as modificações acima noticiadas, ou seja, ingressaram com o plano de carreira já implantado, e por esse motivo não recebem a verba em análise, porquanto se trata de remuneração paga apenas aos servidores que ingressaram na carreira antes da reestruturação promovida, tendo como finalidade, tão somente, preservar o montante dos vencimentos por estes percebidos à época, em observância ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Pelo que se percebe, inexiste similitude entre os impetrantes e os servidores utilizados como paradigma, logo, não há falar em isonomia.

Ainda que assim não fosse, a Súmula n. 339 do Supremo Tribunal Federal rejeita a elevação de vencimentos com base na isonomia. Vejamos: *"Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia."*

Os impetrantes fazem menção ao julgamento proferido no Mandado de Segurança n. 2006.015349-5, como forma de justificar a pretensão aqui deduzida, contudo, nos referidos autos, discutiu-se, apenas, se a "vantagem pessoal" deveria integrar o salário-base para o cálculo dos adicionais e gratificações, é dizer, todos já recebiam a verba, situação bem diferente da que está sendo discutida neste feito.

Frise-se que este Órgão Especial, na data de 1º.6.2011, por unanimidade, nos autos do Mandado de Segurança n. 2011.010431-9, de relatoria do Des. João Carlos Brandes Garcia, rechaçou pretensão idêntica, com a seguinte ementa:

> MANDADO DE SEGURANÇA – GESTOR DE DESENVOLVIMENTO RURAL – AGRAER – PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA – REJEITADA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO PAGAMENTO DO ADICIONAL DE FUNÇÃO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

> Segundo precedentes deste Órgão Especial, o prazo decadencial começa a contar da data em que os impetrantes tiveram conhecimento da ausência de isonomia no pagamento do adicional de função, a qual não consta nos autos, inferindo-se, até prova em contrário, que ocorreu antes de escoar o prazo decadência para a impetração do *mandamus*.
>
> De acordo com a Súmula n. 339 do STF, "não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia". As decisões proferidas em mandados de segurança impetrados por outros servidores, que, segundo os impetrantes, retratam situação idêntica, valem como precedente jurisprudencial, mas não como justificativa para a extensão de seus efeitos, sob pretexto de isonomia a situações concretas não analisadas naqueles autos. Ademais, no caso, não existe similitude fática entre a situação jurídica de cada um dos impetrantes e a dos servidores apontados como paradigmas.

Resta, portanto, afastada a alegação de ofensa do direito líquido e certo dos impetrantes, pois ingressaram na carreira após a reestruturação do quadro de servidores, sendo desnecessário o pagamento de "vantagem pessoal", porque não tiveram redução de vencimentos com a reclassificação de seus cargos.

Ante o exposto, com o parecer, afastada a preliminar de decadência, denego a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS VOGAIS DESª. TÂNIA GARCIA DE FREITAS BORGES E DES. PASCHOAL CARMELLO LEANDRO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran, Sérgio Fernandes Martins, Marilza Lúcia Fortes, Sideni Soncini Pimentel e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 27 de julho de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.014342-1 - Dourados
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – NULIDADE DA SENTENÇA – AFASTADA – DECISÃO NOS ESTRITOS LIMITES DO PLEITO INICIAL – MÉRITO – USUCAPIÃO ARGUIDA COMO MATÉRIA DE DEFESA – ADMISSIBILIDADE – SÚMULA N. 237 DO STF – REQUISITOS DO ARTIGO 550 DO CÓDIGO CIVIL/1916 PRESENTES – ÂNIMO DE DONO – LAPSO TEMPORAL CUMPRIDO – POSSE CONTÍNUA E INCONTESTADA – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA CARACTERIZADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não há falar em alteração da causa de pedir ou em julgamento além dos limites da lide o fato de o julgador reconhecer a improcedência do pedido inicial com base na prescrição aquisitiva dos réus, pois o simples acolhimento da tese de defesa, estribada na usucapião, com a consequente improcedência da reivindicatória, de forma alguma, implica a imediata transcrição do imóvel em nome dos prescribentes, ora apelados, que, para tanto, deverão, por meio de ação própria, obter o reconhecimento judicial que declare a aquisição da propriedade. Precedentes STJ.

Sendo possível extrair do conteúdo fático probatório encartado nos autos o cumprimento dos requisitos estampados no artigo 550 do Código Civil de 1916, aplicável à espécie, quais sejam, posse contínua e incontestada com ânimo de dono e o lapso de vinte anos, resta configurada a prescrição aquisitiva do imóvel reivindicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 14 de setembro de 2011.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Adiles do Amaral Torres apela da sentença, proferida nos autos da Ação Reivindicatória ajuizada em face de Jaltir Verginio Festa, Lourdes Sangalli Festa, Márcia Festa Lopes e Haroldo de Barros Lopes, que julgou improcedente o pedido deduzido na inicial.

Alega, preliminarmente, nulidade da sentença vergastada sob o argumento de que *ultra petita*, porquanto ultrapassou o pleito da prescrição aquisitiva, incluindo todos os réus como beneficiários da usucapião extraordinária e não apenas a apelada Márcia Festa Lopes, como perquirido.

No mérito, sustenta, em resumo, que a valoração probatória foi equivocada, visto que acolheu exclusivamente os depoimentos testemunhais, deixando o juiz sentenciante de apresentar o fundamento lógico-jurídico que respaldaria o livre convencimento de decidir, haja vista a contrariedade com os demais elementos carreados nos autos e as incoerências das respostas das próprias testemunhas.

Assevera a ausência de prova contundente demonstrando a posse *ad usucapionem* pelos apelados, em especial, por Márcia Festa Lopes pelo prazo de 20 anos, nos termos do artigo 550 do Código Civil de 1916.

Ressalta a imprescindibilidade de comprovar a posse pública, mansa, ininterrupta e pacífica ano por ano sobre o imóvel vindicado para caracterizar a usucapião extraordinária, o que afirma não ter ocorrido, ademais se considerada a falta de *animus domini*, ou seja, o ânimo definitivo de dono da área, de modo a realizar edificações, pagar impostos, utilizando-a de acordo com a política de desenvolvimento urbano preceituada no artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal.

Por fim, requer o provimento recursal para declarar a nulidade da sentença ou, acaso superada, julgar procedente o pedido delineado na exordial.

Resposta às f. 1263-90, pugnando pelo parcial provimento do apelo apenas para reconhecer a prescrição aquisitiva em favor de Márcia Festa Lopes tão somente.

Parecer Ministerial às f. 1276-306, opinando pela reforma da sentença quanto ao reconhecimento da usucapião apenas com relação à apelada Márcia Festa Lopes e, no mais, pelo não provimento do recurso.

VOTO (EM 24.8.2011)

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, passo à análise do apelo.

Consta dos autos que a ora apelante ajuizou a presente ação, objetivando a restituição do imóvel matriculado sob o n. 74.322 no Registro de Imóveis de Dourados-MS ocupado pelos apelados.

É cediço que na ação de reivindicação busca-se reaver o imóvel de quem injustamente o possua ou detenha, devendo o autor comprovar o direito de propriedade. Segundo escólio do Ministro Castro Filho: "*A reivindicatória é ação real, que compete ao senhor da coisa para havê-la do poder de terceiro que injustamente a detenha. Tem por causa o domínio e se dirige ao possuidor atual, de boa ou má-fé, bastando à legitimidade ativa que o autor se diga proprietário do bem*". (STJ/RO, 10/DF, Terceira Turma, DJ de 25.8.2003, p. 294).

Desse modo, o magistrado, para a solução da demanda, necessita examinar os títulos de domínio apresentados pelas partes e interpretá-los segundo a sua livre convicção e a legislação em vigor, não ficando limitado às meras datas veiculadas nas peças processuais.

Assim sendo, não há falar em alteração da causa de pedir ou em julgamento além dos limites da lide o fato de o julgador reconhecer a improcedência do pedido inicial com base na prescrição aquisitiva dos réus, pois o simples acolhimento da tese de defesa, estribada na usucapião, com a consequente improcedência da reivindicatória, de forma alguma, implica a imediata transcrição do imóvel em nome dos prescribentes, ora apelados, que, para tanto, deverão, por meio de ação própria, obter o reconhecimento judicial que declare a aquisição da propriedade[1].

1 Inteligência do STJ, REsp n. 652449/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJ de 23.3.2010.

A Corte Superior já decidiu que "*cabe exclusivamente ao julgador a aplicação do direito à espécie, fixando as conseqüências jurídicas diante dos fatos narrados pelas partes consoante os brocardos da mihi factum dabo tibi ius e jura novit curia*" (ED no REsp n. 472.533/MS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 26.9.2005).

A propósito, vale conferir o seguinte precedente:

> PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. PETIÇÃO INICIAL. ERRÔNEO ENQUADRAMENTO LEGAL. IRRELEVÂNCIA. BROCARDOS *"IURA NOVIT CURIA"* E *"DA MIHI FACTUM DABO TIBI IUS"*. *"CAUSA PETENDI"*. AÇÃO REVOCATÓRIA. ALIENAÇÃO DE DIREITO DE USO DE LINHA TELEFÔNICA. PERÍODO SUSPEITO. INEFICÁCIA EM RELAÇÃO A MASSA.
>
> I - Segundo já afirmado em precedente (REsp n. 2.403-RS) não se verifica alteração da causa de pedir quando se atribui ao fato ou ao conjunto de fatos qualificação jurídica diversa da originariamente atribuída. Incumbindo ao juiz a subsunção do fato norma, ou seja, a categorização jurídica do fato, inocorre modificação da '*causa petendi'* se há compatibilidade do fato descrito com a nova qualificação jurídica ou com o novo enunciado legal.
>
> II - A alienação de direito de uso de linha telefônica realizada dentro do termo legal de falência pode configurar ato de venda ou transferência de estabelecimento comercial, tal como disciplinado no inciso VIII do art. 52, do DL 7.661/45, hipótese em que, independentemente de ter ou não havido intenção de fraudar credores (elemento subjetivo), deve ser declarada ineficaz em relação a massa. (REsp n. 9.647/SP, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 26.4.1993).

E também:

> AÇÃO REIVINDICATÓRIA. DEFESA. USUCAPIÃO. AQUISIÇÃO DO DOMÍNIO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1 - Uma vez julgada improcedente ação de reivindicação, diante de defesa cifrada na ocorrência de usucapião (súmula n. 273 do Supremo Tribunal Federal) não há que se pretender a transcrição do imóvel em nome dos beneficiários da prescrição aquisitiva, posto que isto apenas é possível após o ajuizamento da ação própria.
>
> 2. Precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 139.126/PE).
>
> 3 - Recurso especial não conhecido. (REsp n. 725222/MT, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 15.8.2005, p. 330) (g.n.).

In casu, a ação foi ajuizada em face dos quatro apelados, os quais asseveraram em conjunto apenas como tese de defesa à pretensão deduzida pela autora-apelante a ocorrência da prescrição aquisitiva, nos termos admitidos pela Súmula n. 237 do Supremo Tribunal Federal, que preconiza: "*O usucapião pode ser arguido em defesa*", mas não formularam pedido reconvencional, isto é, não aproveitaram o ensejo da propositura da demanda para, na oportunidade da contestação, apresentar também reconvenção, requerendo a declaração da usucapião, a fim de possibilitar o registro na escritura do imóvel, então, exsurge irrelevante a pormenorização do intento declaratório, bastando sua constatação para considerar improcedente o pleito reivindicatório.

Afasto, desta feita, a aventada nulidade da sentença, porquanto pautada nos estritos limites do pedido inicial.

Conclusão do julgamento adiada em face do pedido de vista formulado pelo Revisor, Des. Sérgio Fernandes Martins, após o Relator rejeitar a preliminar. O Vogal aguarda.

VOTO (EM 31.8.2011)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Revisor)

Trata-se de apelação cível interposta por Adiles do Amaral Torres contra sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação reivindicatória promovida por Jaltir Verginio Festa e outros.

Argúi a apelante preliminar de nulidade da sentença por julgamento *ultra petita*, porquanto o magistrado de origem, ao proferir sentença, ultrapassou o pedido da prescrição aquisitiva, incluindo todos os réus como beneficiários da usucapião extraordinária e não apenas a apelada Márcia Festa Lopes.

O i. Relator do presente recurso, Des. Divoncir Schreiner Maran, afastou a preliminar.

Pedi vista dos autos para melhor apreciação da questão posta em julgamento.

Verifica-se dos autos que a apelante ajuizou a referida ação, objetivando a restituição do imóvel matriculado sob n. 74.322 no Registro de Imóveis de Dourados-MS ocupado pelos apelados.

Como cediço, a ação reivindicatória é meio judicial disponível ao proprietário não possuidor para retomar a coisa que se encontra injustamente em poder de outrem.

Ressalte-se, por oportuno, consoante, aliás, bem anotou o i. relator, que, para a solução da demanda, necessita examinar os títulos de domínio apresentados pelas partes e interpretá-los segundo a sua livre convicção e a legislação em vigor, não ficando limitado às meras datas veiculadas na inicial.

Na questão em análise, a ação foi ajuizada em desfavor dos 4 apelados que, em contestação, apresentaram como tese de defesa a ocorrência da prescrição aquisitiva, não formularam, contudo, pedido reconvencional. Ou seja, não apresentaram reconvenção para declarar a usucapião para possibilitar o registro na escritura do imóvel, razão pela qual, de fato, é irrelevante a pormenorização do intento declaratório.

Desse modo, ao contrário do que alega a apelante, não há falar em julgamento além dos limites o fato de o juízo de origem ter reconhecido a improcedência do pedido com base na prescrição aquisitiva dos ora apelados, pois o simples acolhimento da tese de defesa, fulcrada na usucapião, não implica a imediata transcrição do imóvel em nome do prescribentes, que deverão ajuizar ação própria para obter o reconhecimento judicial que declare a aquisição de propriedade.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> AÇÃO REIVINDICATÓRIA. DEFESA. USUCAPIÃO. AQUISIÇÃO DO DOMÍNIO. IMPOSSIBILIDADE.1 - Uma vez julgada improcedente ação de reivindicação, diante de defesa cifrada na ocorrência de usucapião (súmula n. 273 do Supremo Tribunal Federal) não há que se pretender a transcrição do imóvel em nome dos beneficiários da prescrição aquisitiva, posto que isto apenas é possível após o ajuizamento da ação própria. 2. Precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 139.126/PE). 3 - Recurso especial não conhecido. (Destaquei)

Ante o exposto, acompanho o i. relator e afasto a preliminar de nulidade da sentença por julgamento *ultra petita.*

Conclusão do julgamento adiada em face do pedido de vista formulado pelo Vogal, Des. Joenildo de Sousa Chaves, após o Relator e o Revisor afastarem a preliminar.

VOTO (EM 6.9.2011)

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Vogal)

Pedi vista do presente feito para melhor análise da preliminar de nulidade da sentença, pois ao ver da recorrente a decisão é *ultra petita*.

De fato, como é sabido, a usucapião pode ser arguida como matéria de defesa na ação reivindicatória, em impedimento ao direito do autor, é, no entanto, vedada a declaração do domínio à parte que lhe aproveita pela necessidade de procedimento próprio, na ausência de pedido reconvencional.

Neste sentido:

> AÇÃO REIVINDICATÓRIA. DEFESA. USUCAPIÃO. AQUISIÇÃO DO DOMÍNIO. IMPOSSIBILIDADE. 1 - Uma vez julgada improcedente ação de reivindicação, diante de defesa cifrada na ocorrência de usucapião (súmula n. 273 do Supremo Tribunal Federal) não há que se pretender a transcrição do imóvel em nome dos beneficiários da prescrição aquisitiva, posto que isto apenas é possível após o ajuizamento da ação própria. 2. Precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 139.126/PE). 3 - Recurso especial não conhecido (STJ, REsp n. 725.222/MT, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 28.6.2005).
>
> REINVIDICATÓRIA. USUCAPIÃO. REDUÇÃO DO PRAZO. ARTIGOS 1.238 E 2.029 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. MEIO DE DEFESA. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 237 DO STF. FINALIDADE DE AFASTAMENTO DA PRETENSÃO POSSESSÓRIA. [...]. - A usucapião pode ser alegada como matéria de defesa em ação reivindicatória, mas com o intuito único e exclusivo de afastar a pretensão possessória, eis que a prescrição aquisitiva não pode ser reconhecida em outro procedimento que não seja a própria ação de usucapião, que tem rito próprio. (TJMG, AC n. 2.0000.00.510.485-6, Décima Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Renato Martins Jacob, julgado em 22.9.2005).

Em face do exposto, acompanho o e. relator para afastar a preliminar suscitada.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Adentrando no cerne recursal propriamente dito, convém ressaltar que a posse prolongada da coisa pode conduzir à aquisição da propriedade, se presentes determinados requisitos estabelecidos em lei. A possibilidade de a posse continuada gerar a propriedade justifica-se pelo sentido social e axiológico das coisas. Premia-se aquele que se utiliza utilmente do bem, em detrimento daquele que deixa escoar o tempo, sem dele se utilizar ou não se insurgindo que o outro o faça, como se dono fosse. Destarte, não haveria justiça em suprimir-se o uso e o gozo do imóvel (ou móvel) de quem dele cuidou, produziu ou residiu por longo espaço de tempo, sem oposição. Observa Serpa Lopes a esse respeito que, "*encarado sob esse aspecto, o usucapião pode ser admitido na lei sem vulneração aos princípios de justiça e equidade*"[1].

Analisando detidamente o conteúdo fático-probatório encartado nos autos, é possível extrair o liame conjugado dos requisitos explicitados no artigo 550[2] do Código Civil de 1916, aplicável à hipótese em comento, já que transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada quando da entrada do Novo Código Civil em 11 de janeiro de 2003 (artigo 2.028[3]), quais sejam, a posse de vinte anos, exercida com ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacífica. Dispensam-se os requisitos do justo título e boa-fé.

1 VENOSA, Sílvio de Salvo *in* **Direito Civil – Direitos Reais**, 3. Ed., 2003, Editora Atlas, p. 190 e 192.

2 Art. 550 do CC/1916: "*Aquele que, por 20 (vinte) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título de boa fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.*"

3 Art. 2.028 do CC/2002: "*Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada*."

Malgrado acostada cópia do título de propriedade da apelante às f. 18-23, restou indene de dúvidas que os apelados exercem a posse contínua e incontestada do lote reivindicado pelo menos desde 2 de janeiro de 1982 quando transferiram a sede da Indústria e Comércio de Implementos Agrícolas Ltda. – FIAF – para o terreno ao lado do litigado, como registrado na Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 1093-4), ocasião em que passaram a ocupá-lo, construindo um barracão, no qual os funcionários da empresa trabalhavam, e que a empresa manteve suas atividades neste endereço até 22 de dezembro de 1995, quando registrada nova alteração perante a Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 1132-3). Neste mesmo local, os apelados Jaltir Verginio Festa e Lourdes Sangalli Festa fixaram residência e Márcia Festa Lopes construiu um escritório de arquitetura.

Precisamente atentou o parecer Ministerial às f. 1204, que em 5 de dezembro de 1991, a FIAF cedeu os direitos possessórios sobre o imóvel reivindicando a Márcia Festa e Lucrécio Festa, por meio de escritura pública (f. 528-9), declarando, na oportunidade, o exercício da posse há mais de nove anos sobre a área. Consectariamente, os adquirentes efetuaram o pagamento do ITBI incidente (f. 527), bem como elaboraram memoriais descritivos e pleitearam a regularização do imóvel na Prefeitura Municipal, conforme documentos de f. 523-38.

Além de todas as fotografias acostadas, especialmente as de f. 161-4, 447 e 931, identificando o barracão e as construções existentes na área, há também um contrato de locação firmado pela apelada Márcia Festa Lopes com a empresa COVEMA – Comércio de Veículos e Máquinas Ltda. –, alugando uma parte do imóvel por 36 meses entre o período de 5 de agosto de 1996 a 4 de agosto de 1999 (f. 222-5).

Foi realizada constatação *in loco* por oficial de justiça (f. 313-4), o qual certificou a existência da construção de casa, escritório, barracão e salão comercial, bem como a plantação de diversas árvores com idade aproximada de 20 anos.

Na instrução processual, foram colhidos depoimentos testemunhais, dentre os quais se destacam o de Maria Cristina de Souza, vizinha e antiga moradora do terreno (f. 901-3) e de Sivaldo Donizete Farias (f. 948), respectivamente:

> A área reivindicanda fica próxima da casa da depoente. Em 1990 a depoente residia na área reivindicanda e depois mudou para a casa da foto de f. 341, tendo se mudado para esta casa em 2003. Na área reivindicanda havia uma casinha de madeira muito velhinha [...] onde moravam a depoente, o marido e 6 filhos.
>
> [...] A casinha onde a depoente passou a residir em 1990 ficava entre duas mangueiras e perguntado qual a idade dessas árvores, disse que não era muito velha, mas também não eram muito novas; Em 1990, essas árvores não existiam; O réu Jaltir quem plantou essas mangueiras e era ele quem tomava conta desse terreno; O terreno ora reivindicando era do réu Jaltir e nunca viu a autora; A depoente residia nessa casinha desde 1990 até 2003, quando mudou-se para a casa da foto de f. 341 e se mudou porque os réus se mudaram para uma outra casa no mesmo terreno.[...] Ao lado da FIAF, na área reivindicanda, havia um barracão, e era onde o pessoal trabalhava, montavam peças e ficavam os caminhões; [...] O imóvel reivindicando nunca ficou abandonado; A depoente sempre contava com a ré Márcia quando acontecia qualquer coisa na área reivindicanda. (g.n.)
>
> [...] o imóvel reivindicando que fica à direita de quem olha o imóvel da Fiaf de frente, não era cercado e não tinha nada; O réu Jaltir quem mandou limpar a área reivindicanda e por volta de 1983 e 1984 foi feito um muro de placas de concreto com encaixe. O pessoal da firma quem plantou árvores, 'A gente mesmo quem plantou'; Acredita que a quebra da FIAF foi por volta de 1996 ou 1997 [...] O referido imóvel reivindicando nunca ficou desocupado, pois o depoente passava por ali todos os dias (g.n.)

Esse contexto conduz à inegável conclusão de que os apelados preenchem os requisitos retrodelineados, pois, ainda que se reconheça que eles não residiam no imóvel antes de 2003, não se exige o contato físico dos usucapientes com a coisa, mas somente comportamento similar ao do proprietário, que não só usa como frui e extrai o proveito do que é seu. A posse deve ser na dicção da lei, sem oposição, ou pacífica. Pacífica não se opõe à violenta, mas à posse incontestada[4].

Consoante explanação de Silvio de Salvo Venosa[5]:

> Na usucapião extraordinário, com lapso de tempo muito maior (originalmente, o Código de 1916 o fixava em 30 anos), basta que ocorra o fato da posse, não se investigando o título ou a boa-fé. Basta a posse mansa, pacífica e ininterrupta. Ocorrendo posse nesses termos, não podemos contestar o direito à prescrição aquisitiva. Na realidade, se por um lado o usucapiente adquire o domínio, aquele que eventualmente o perde sofre punição por sua desídia e negligência em não cuidar do que é seu. Esse aspecto fica mais ressaltado no usucapião extraordinário. A referência à presunção de título de boa-fé poderia dar margem à discussão de se tratar de presunção relativa. No entanto, a doutrina e a jurisprudência de há muito entenderam que, na verdade, a lei dispensou o título e a boa-fé no usucapião extraordinário. A posse contínua e incontestada é a que durante o período não sofreu discussão, contestação, impugnação ou dúvida alguma. Qualquer ato concreto nesse sentido pode interromper a continuidade de posse. Pode interromper a prescrição (g.n.).

De igual modo, o entendimento firmado por este Egrégio Tribunal:

> EMENTA – APELAÇÂO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – IMÓVEL RURAL – *ANIMUS DOMINI* – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. 1. A usucapião se mostra como o meio de aquisição do domínio da coisa pela sua posse continuada durante um determinado lapso temporal e é adquirida com preenchimento dos requisitos que a lei estabelece para este fim. 2. Além disso, a posse deve ser exercida com *animus domini*, mansa e pacificamente, contínua e publicamente, durante lapso prescricional estabelecido em lei. 3. Ausente um dos requisitos não há como ser concedido a usucapião. (TJMS, AC n. 2009.033626-3, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 1º.2.2011) (g.n.)

Profícuo, ademais, o escólio de Carlos Roberto Gonçalves[6]:

> A propriedade, embora seja perpétua, não pode conservar este caráter senão enquanto o proprietário manifestar a sua intenção de manter o seu domínio, exercendo uma permanente atividade sobre a coisa possuída; a sua inação perante a usurpação feita por outrem, durante 10, 20 ou 30 anos, constitui uma aparente e tácita renúncia ao seu direito. De outro lado, à sociedade interessa muito que as terras sejam cultivadas, que as casas sejam habitadas, que os móveis sejam utilizados; mas um indivíduo que, durante largos anos, exerceu esses direitos numa coisa alheia, pelo seu dono deixada ao abandono, é também digno de proteção. Finalmente, a lei faculta ao proprietário esbulhado o exercício da respectiva ação para reaver a sua posse; mas esta ação não pode ser de duração ilimitada, porque a paz social e a tranquilidade das famílias exigem que os litígios cessem, desde que não foram postos em juízo num determinado prazo.
>
> O fundamento da usucapião está assentado, assim, no princípio da utilidade social, na conveniência de se dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como de consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. Tal instituto, segundo consagrada doutrina,

4 PELUSO, Cezar; LOUREIRO (Coord.), Francisco Eduardo et alii. **Código Civil Comentado Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 1181.

5 Op. cit., p. 195.

6 Op. cit., p. 236-7.

repousa na paz social e estabelece a firmeza da propriedade, libertando-a de reivindicações inesperadas, corta pela raiz um grande número de pleitos, planta a paz e a tranquilidade na vida social: tem a aprovação dos séculos e o consenso unânime dos povos antigos e modernos. (g.n.)

Por oportuno, ainda, a diretiva traçada pela Corte Superior de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - IMPROCEDÊNCIA - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - CONFIGURAÇÃO - POSSE LONGEVA, PACÍFICA E ININTERRUPTA POR MAIS DE QUINZE ANOS (NO MÍNIMO), ORIGINÁRIA DE JUSTO TÍTULO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A usucapião, forma de aquisição originária da propriedade, caracterizada, dentre outros requisitos, pelo exercício inconteste e ininterrupto da posse, tem o condão, caso configurada, de prevalecer sobre a propriedade registrada, não obstante seus atributos de perpetuidade e obrigatoriedade, em razão da inércia prolongada do proprietário de exercer seus direitos dominiais. Não por outra razão, a configuração da prescrição aquisitiva enseja a improcedência da ação reivindicatória do proprietário que a promove tardiamente;

II - A fundamentação exarada pelo Tribunal de origem no sentido de que o título que conferira posse à ora recorrente somente se revelaria justo em relação às partes contratantes, mas injusto perante àquele que possui o registro, carece de respaldo legal, pois tal assertiva, caso levada a efeito, encerraria a própria inocuidade do instituto da usucapião (ordinária);

III - Por justo título, para efeito da usucapião ordinária, deve-se compreender o ato ou fato jurídico que, em tese, possa transmitir a propriedade, mas que, por lhe faltar algum requisito formal ou intrínseco (como a venda a *non domino*), não produz tal efeito jurídico. Tal ato ou fato jurídico, por ser juridicamente aceito pelo ordenamento jurídico, confere ao possuidor, em seu consciente, a legitimidade de direito à posse, como se dono do bem transmitido fosse *(cum animo domini*);

IV - O contrato particular de cessão e transferência de direitos e obrigações de instrumento particular de compra e venda, o qual originou a longeva posse exercida pela ora recorrente, para efeito de comprovação da posse, deve ser reputado justo título;

V - Ainda que as posses anteriores não sejam somadas com a posse exercida pela ora recorrente, o que contraria o disposto no artigo 552 do Código Civil de 1916 (*ut* REsp n. 171.204/GO, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 1.3.2004), vê-se que o lapso de quinze anos fora inequivocamente atingido;

VI - Esclareça-se que o acolhimento da tese de defesa, estribada na prescrição aquisitiva, com a conseqüente improcedência da reivindicatória, de forma alguma, implica a imediata transcrição do imóvel em nome da prescribente, ora recorrente, que, para tanto, deverá, por meio de ação própria, obter o reconhecimento judicial que declare a aquisição da propriedade.

VII - Recurso Especial provido. (REsp n. 652449/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJ de 23.3.2010) (g.n.)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA DE DEFESA. BEM PERTENCENTE A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.

I – Entre as causas de perda da propriedade está o usucapião que, em sendo extraordinário, dispensa a prova do justo título e da boa-fé, consumando-se no prazo de 20

> (vinte) anos ininterruptos, em consonância com o artigo 550 do Código Civil anterior, sem que haja qualquer oposição por parte do proprietário.
>
> II – Bens pertencentes a sociedade de economia mista podem ser adquiridos por usucapião. Precedentes.
>
> Recurso especial provido. (REsp n. 647357/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 23.10.2006 p. 300) (g.n.)

Relevante assinalar, para que não remanesçam dúvidas, a possibilidade de o possuidor, a fim de contar o tempo exigido pelo artigo 550 do Código Civil de 1916, acrescentar à sua posse a do seu antecessor, conforme permitia o artigo 552 do Código Civil de 1916 e foi repetido pelo atual *codex* no artigo 1.243.

Por todo o exposto, exsurge irreprimível a conclusão da sentença singela.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO EM PARTE COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Divoncir Schreiner Maran, Sérgio Fernandes Martins e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 14 de setembro de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2011.016550-6/0001-00 - Itaporã
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – BEM PENHORADO – ALIENAÇÃO – FRAUDE À EXECUÇÃO – CONFIGURAÇÃO – TERCEIRO DE BOA-FÉ – IRRELEVÂNCIA ANTE O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 593 DO CPC – RECURSO IMPROVIDO.

O agravante tinha, à época da alienação, ciência da ação executiva, bem como da constrição do bem, conforme consta da declaração realizada nos autos pelas partes sobre a penhora do bem, configurando a fraude à execução pela presença dos requisitos previstos no artigo 593 do CPC, já que à época da transferência do imóvel já se fazia o devedor, suposto alienante, responder por demanda, não mais podendo dispor de seus bens se já insolvente, em face da evidência da ausência de apresentação de outros bens a serem penhorados, não importando, então, neste caso, a aferição de boa-fé da transação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 31 de agosto de 2011.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Dalmo Zeviani agrava regimentalmente nos autos dos Embargos de Terceiro opostos em desfavor de Bunge Fertilizantes S/A, da decisão monocrática que negou seguimento a seu recurso de apelação.

Insurge-se contra a fraude à execução reconhecida nos autos, ressaltando que quando adquiriu o imóvel rural não havia qualquer registro de constrição, bem como que adquiriu o imóvel de terceiros que não o executado, tendo, inclusive, obtido todas as certidões exigidas pelo Decreto n. 93.240/86 para a efetivação do negócio.

Afirma, para tanto, ser terceiro de boa-fé por ter adquirido o imóvel antes do registro de penhora e declaração de ineficácia da alienação, trata-se, portanto, de negócio jurídico perfeito e acabado não passível de ser reconhecido como fraude.

Ao final, insurge-se pela reconsideração da decisão ou apreciação e provimento do recurso pelo órgão colegiado.

VOTO (EM 24.8.2011)

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

O objeto do agravo é manifestamente improcedente, necessita, portanto, de pronta rejeição, circunstância que embasa o julgamento monocrático por mim exarado, nos termos do artigo 557[1], *caput*, do Código de Processo Civil que, inclusive, corrobora com o princípio da economia processual, constante do artigo 5º, inciso LXXVIII[2], da Carta Magna.

Ressalto, por oportuno, que o artigo 557 do *Codex* processual, visa, tão somente, a desobstruir pautas dos tribunais para que se agilize o julgamento das ações e dos recursos que realmente precisam ser submetidos à apreciação pelo órgão colegiado.

Superadas as acepções acima, submeto a questão à apreciação do órgão colegiado competente, mantendo a decisão recorrida nos termos que outrora proferi:

> [...] Pois bem, os embargos de terceiro se constituem numa "ação de conhecimento, constitutiva negativa, de procedimento especial sumário, cuja finalidade é livrar o bem ou direito de posse ou propriedade de terceiro da constrição judicial que lhe foi injustamente imposta em processo de que não faz parte. (CPC e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, 6. ed., São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 1188).
>
> Assim, necessário se faz que o terceiro, ao opor os embargos, comprove a sua condição de proprietário e/ou possuidor dos bens apreendidos judicialmente, sob pena de ver rejeitados os embargos opostos.
>
> Compulsando os autos, infere-se que em 21 de julho de 1999, a Fertilizantes Serrana S/A ajuizou contra José Gomes Cabral ação de execução visando o recebimento de R$ 33.595,02, vindo, em decorrência, a penhorar-lhe parte do imóvel matriculado sob o número 44.312 da SRI de Dourados-MS.
>
> Alicerçado em contrato de compra e venda firmado com terceiras pessoas que haviam adquirido o bem junto ao executado, e levado a registro perante o Cartório de Registro de Imóveis, o embargante ajuizou contra o exeqüente, ora segundo apelante, ação incidental de embargos de terceiro, objetivando ver declarada a ineficácia dos atos constritivos.
>
> A meu sentir, em que pesem os argumentos expendidos pelo apelante, entendo que o douto julgador de primeiro grau agiu acertadamente, não merecendo a sua decisão qualquer reparo.
>
> Observo que do pleito executivo envolvendo as partes, sucedeu a penhora do bem imóvel rural que o ora apelante afirma ser de sua propriedade. Prosseguindo-se na análise dos documentos, a compra e venda ocorrida entre o apelante e os terceiros – Eduardo Jundi Konaka e Clóvis Taqueshi Konaka, se deu com a ciência do registro de penhora existente sobre o imóvel.
>
> Tanto é, que na certidão de f. 406, consta dentre outras observações, "que as partes declaram cientes das penhoras constantes da matrícula acima mencionada, que permanecerão inalteradas".

1 "*O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante no respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*".

2 "*A todos é assegurado, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*".

Assim, depreende-se que a negociação do bem imóvel em referência ocorreu após a penhora do mesmo, estando ainda pendente a execução, o que, no meu entendimento, é o bastante para se configurar a fraude à execução, eis que é obrigação do adquirente de bens imóveis verificar a situação jurídica dos mesmos e, se sobre os vendedores do bem imóvel pendia alguma execução que envolvesse o bem a ser adquirido.

Ora, à época de oficialização da transferência do imóvel já se fazia o devedor, suposto alienante, José Gomes Cabral responder por demanda, assim, não mais poderia dispor de seus bens se já insolvente, face a evidência da ausência de apresentação de outros bens a serem penhorados, não importando, nesse caso, a aferição de boa-fé da transação ou até mesmo aludida insolvência, hipóteses que se presumem.

É da regra pertinente do Código de Processo Civil:

Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

[...] II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.

Dessa forma, consolidada a demanda, a transferência não afeta à execução e mantida deve ser a penhora realizada sobre o bem.

Veja-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA MÉRITO. TERCEIRO DE BOA-FÉ. FRAUDE À EXECUÇÃO RECURSO IMPROVIDO. Inexiste nulidade da sentença por ausência de fundamentação, quando na sentença observa-se que o magistrado analisou corretamente as provas dos autos, tendo fundamentado devidamente, mesmo que sucintamente. Considera-se fraude à execução a alienação de bem móvel, feita na pendência de demanda que deu origem a penhora, contra o qual se insurge o adquirente mediante embargos de terceiro. Sentença mantida (TJES, AC n. 011990369602, Rel. Des. Manoel Alves Rabelo, julgado em 29.3.2001).

EMBARGOS DE TERCEIRO - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - FRAUDE À EXECUÇÃO - PENHORA - ALIENAÇÃO DE VEÍCULO - BOA-FÉ - IRRELEVÂNCIA - PENDÊNCIA DE AÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 593, II, DO CPC - Reputa-se em fraude à execução a alienação de bem do patrimônio do executado após o ajuizamento da ação, ainda que antes de realizada a citação, se comprovado seu intuito de se esquivar de obrigações assumidas. (extinto TAMG, AC n. 0310304-2 (29579), Quarta Câmara Cível, Relª. Juíza Maria Elza, julgado em 28.6.2000).

O Colendo STJ já teve a oportunidade de se manifestar neste sentido:

Na fraude da execução não é do credor o ônus da prova do fato negativo da insolvência em face da alienação de bens após o ajuizamento da demanda. O encargo da prova de solvabilidade é do demandado (REsp n. 13.988-ES, Rel. Min. Cláudio Santos, DJU de 28.6.1993).

EMBARGOS DE TERCEIRO - PENHORA DE BEM -ALIENAÇÃO - FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA - IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS. - Extraindo-se do conjunto probatório que, à época da alienação do imóvel, tinha o alienante efetiva ciência de ação executiva movida em seu desfavor, há que se reconhecer a fraude à execução.

- A insolvência, a que alude o artigo 593, II, do CPC, traduz-se pela inexistência de outros bens penhoráveis do devedor ou pela insuficiência dos encontrados, e a prova da fraude à execução não prescinde do requisito da insolvência. - Para a configuração da fraude à execução é irrelevante a boa ou má-fé do adquirente do bem constritado. (TAMG, AC n. 406.971-6, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Osmando Almeida, julgado em 13.4.2004).

Foi justamente no afã de coibir atitudes tais que o legislador previu o instituto da fraude de execução, a qual, uma vez reconhecida, enseja a ineficácia da alienação fraudulenta em relação ao credor, como bem anota Humberto Theodoro Júnior:

É, porém, muito grave a fraude quando cometida no curso do processo de condenação ou de execução. Além de ser mais evidente o intuito de lesar o credor, em tal situação a alienação dos bens do devedor vem constituir verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque lhe subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair. A fraude frustra, então, a atuação da Justiça e, por isso, é repelida mais energicamente. Não há necessidade de nenhuma ação para anular ou desconstituir o ato de disposição fraudulenta. A lei o considera simplesmente ineficaz perante o exequente (*in* **Curso de Direito Processual Civil**, vol. II, 19. Ed., pág. 110).

Urge salientar que, na espécie, é irrelevante o fato de na época dos terceiros primeiros adquirentes do imóvel em questão não ter havido a inscrição da penhora no Registro Imobiliário, antes da lavratura da escritura de compra e venda, uma vez que a fraude de execução já resta caracterizada com a presença dos elementos descritos no artigo 593, II, do CPC.

Nesse sentido:

Fraude de Execução. Irrelevância da falta de inscrição da penhora, se a fraude se reconhece com base no art. 593, II, do Código de Processo Civil (STJ, REsp n. 89.657, Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 18.5.1998).

Isso porque, o apelante fundamenta sua boa-fé no fato de seus alienantes (terceiras pessoas que haviam adquirido o bem junto ao devedor) terem assim procedido antes do registro da penhora, pois na verdade, além de este negócio ter sido declarado ineficaz pelo juízo, conta aqui o fato de na época da compra e venda do imóvel pelo apelante, já havia, há anos, sido inscrita a penhora no registro de imóveis, caracterizando a fraude.

Diante do exposto, afasto os argumentos trazidos pelo apelante e mantenho in totum a bem lançada sentença primeva [...].

Vê-se, então, que a manutenção da decisão é medida imperativa, tanto pela juridicidade nela constante como pela inexistência, nos argumentos trazidos pelo agravante, de elementos capazes de ilidir o que expus precedentemente. Posto isso, nego provimento ao recurso.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista formulado pelo 1º Vogal, Des. Sérgio Fernandes Martins, após o relator negar provimento ao recurso. O 2º Vogal aguarda.

VOTO (EM 31.8.2011)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (1º Vogal)

Pedi vistas para melhor analisar a questão e conclui, assim como o i. Relator, que o recurso não merece provimento, pois os documentos existentes nos autos, de fato, comprovam que o agravante adquiriu o imóvel ciente da existência da penhora.

Desse modo, acompanho o i. relator para negar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (2º Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Divoncir Schreiner Maran, Sérgio Fernandes Martins e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 31 de agosto de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.022278-9 - Aquidauana
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA –PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSENTE – MÉRITO – SERVIÇOS DE HOSPEDAGEM PRESTADOS EM NOME DA APELANTE POR INTERMÉDIO DE MANDATÁRIO – RESPONSABILIDADE INSCULPIDA NO ARTIGO 679 DO CÓDIGO CIVIL – NOTA FISCAL IDENTIFICADORA – HOTEL – TERCEIRO DE BOA-FÉ – RECURSO NÃO PROVIDO.

O livre convencimento motivado do juiz aliado ao seu poder de direção e de instrução (artigos 130 e 131 do CPC) autorizam-no a dispensar a produção de provas, ainda mais em circunstâncias semelhantes às dos autos, em que o conjunto probatório indica que não é necessário fazê-lo.

Inferível da nota fiscal cobrada que a endereçada dos serviços prestados era a apelante, evidente que sobre esta remanesce o dever de pagamento, pouco importando que a relação negocial tenha sido intermediada por mandatário que recebia valores em sua conta-corrente para adimplir a dívida. Eventual prejuízo advindo do mandato deve ser perquirido em sede de perdas e danos. Inteligência do artigo 679 do Código Civil.

EMENTA – RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE COBRANÇA – NOTAS FISCAIS – TERMO DE QUITAÇÃO SEM RESSALVAS EM DUAS DAS TRÊS APRESENTADAS – PROVA DE PAGAMENTO – JUROS MORATÓRIOS – DÍVIDA LÍQUIDA E COM VENCIMENTO CERTO –TERMO INICIAL – DATA DA EMISSÃO DA NOTA FISCAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Constando termo de quitação nas notas fiscais apresentadas, sem nenhuma ressalva, não subsiste o direito de cobrança, porquanto comprovado a adimplemento da obrigação.

Os juros de mora derivados de obrigações positivas e líquidas, como no caso em apreço, vindicam incidência desde o vencimento do termo, segundo preceito do artigo 397, *caput*, do Código Civil. Na hipótese, constata-se o inadimplemento a partir da emissão da nota fiscal remanescente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso de Associação Alfasol e dar parcial provimento ao apelo de Hotel Santa Isabel, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de agosto de 2011.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Associação de Apoio ao Programa de Alfabetização Solidária – ALFASOL – apela da sentença, proferida nos autos da Ação de Cobrança ajuizada pelo Hotel Santa Isabel, que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na inicial.

Alega, preliminarmente, nulidade da sentença por cerceamento de defesa, uma vez que restou obstado o direito de produzir provas orais protestadas ao longo do processo e, antagonicamente, houve julgamento condenatório por falta de provas, mesmo se fazendo necessária a produção para esclarecer sua atuação desprovida de imprudência ou negligência perante o não pagamento da Nota Fiscal n. 7677.

No cerne recursal, discorre sobre o modo com que executa seu objetivo social, salientando a designação do professor Waldomiro Aparecido Valezzi pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para gerir os repasses financeiros efetuados em sua conta-corrente, inclusive efetuar pagamentos.

Sustenta, assim, a responsabilidade exclusiva de Waldomiro Aparecido Valezzi, já que este confessou o recebimento da quantia relativa ao pagamento da dívida ora questionada, porém não o fez, devolvendo a nota fiscal sem a devida quitação.

Ressalta que tomou todas as medidas cabíveis, propondo ação de ressarcimento de danos e prestando esclarecimentos no Inquérito Policial n. 108/03 – SR/DPF/MS – que investigava o caso, o que corrobora a tese de boa-fé e idoneidade de sua parte, ponderando, ademais, a inexistência de solidariedade presumida.

Afirma, ainda, que em nenhum momento cometeu ilícito e que a solidariedade, acaso existente, verifica-se entre a Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e Waldomiro Aparecido Valezzi.

Por fim, requer o provimento recursal para acolher a preliminar arguida ou, se superada, reformar a sentença para julgar improcedente o pedido ou descaracterizar a solidariedade.

Resposta às f. 441-3, pleiteando a manutenção da sentença.

Adesivamente, Hotel Santa Isabel também interpõe recurso de apelação, aduzindo que os juros de mora devem incidir a partir da emissão das notas fiscais de hospedagem, pois desde então já há o conhecimento da dívida, uma vez que apostaram a assinatura nelas.

Também assevera o não pagamento das duas primeiras notas fiscais (n. 7.211 e 7.324), a despeito da aposição de recibo, pois não foi especificado o valor que tinha recebido, ou seja, não foi aferida quitação.

Ao final, pugna pelo provimento do apelo.

Resposta às f. 448-58, refutando os argumentos lançados.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, passo à análise dos recursos por ordem de prejudicialidade.

Do recurso da Associação de Apoio ao Programa de Alfabetização Solidária – ALFASOL:

Manifesta-se a apelante, preliminarmente, contra o indeferimento de produção de prova testemunhal, uma vez que entendeu o magistrado *a quo* desnecessária maior dilação probatória.

Contudo, não prospera a tese arguida, pois ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à demanda. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (art. 131[1] do CPC), usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicáveis ao caso. Vale dizer, o livre convencimento motivado do juiz aliado ao seu poder de direção e de instrução (artigos 130 e 131 do CPC) autorizam-no a dispensar a produção de provas, ainda mais em circunstâncias semelhantes às dos autos, em que o conjunto probatório indica que não é necessário fazê-lo.

O raciocínio sopesado acima encontra respaldo no Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. FUNCEF. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL QUE NÃO ALCANÇA O FUNDO DO DIREITO. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE PERCENTUAIS DIFERENCIADOS ENTRE HOMENS E MULHERES. QUESTÃO DECIDIDA COM AMPARO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO.
>
> I – [...]
>
> II - O julgamento antecipado da lide, por si só, não caracteriza cerceamento de defesa, já que cabe ao magistrado apreciar livremente as provas dos autos, indeferindo aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias.
>
> III – [...]
>
> Agravo improvido. (STJ, AgRg no Ag n. 1018305/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ de 1.7.2008 - g.n.)

E ainda:

> PROCESSUAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PEDIDO DE PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL. AVAL DADO POR SÓCIO-GERENTE. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA. DISCUSSÃO SOBRE ATO PRATICADO COM EXCESSO DE PODERES IRRELEVANTE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO.
>
> I. É possível ao juízo da instrução a dispensa das provas requeridas pela parte, quando desnecessárias ao julgamento da causa, o que se verificou na hipótese dos autos.
>
> II. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no Ag n. 183050/SC, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 13.11.2000 p. 146 - g.n.)

Portanto, afasto a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Adentrando o mérito, impende destacar, *a priori*, que o deslinde da causa passa pela singela distribuição do ônus da prova, à luz do que dispõe o artigo 333, I, do Código de Processo Civil, segundo o qual incumbe ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, *in casu*, os dois fatores: inadimplência

1 Art. 131 do CPC: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que na alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

e a responsabilidade pelo ato ilícito. Não provados, a consequência é improcedência do pedido contido na peça vestibular.

Oportuna, a propósito, a lição de Cintra Antônio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na obra **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 350:

> A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar *secundum allegatta et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam* - e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus).
>
> O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a idéia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-se-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova (do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, as provas dos pressupostos da exceção).
>
> O ônus da prova consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa.

Ao analisar detidamente o conteúdo fático-probatório encartado nos autos, é possível extrair que foram apresentadas três notas fiscais (n. 7324, 7211 e 7677) às f. 13-5, sendo que alegou o autor-apelante o pagamento parcial das duas primeiras e o total inadimplemento da terceira. No entanto, a apelante juntou cópia das notas fiscais n. 7324 e 7211 (f. 209-10), nas quais consta recibo de quitação sem nenhuma ressalva, razão pela qual não encontra guarida a cobrança pretendida quanto a estas notas, já que devidamente pagas.

Importante salientar que a quitação regular é o instrumento que comprova o adimplemento da prestação, de modo que aquele que paga pode exigi-la sempre, inclusive se recusando a efetuar o pagamento se ela não lhe for dada[2], segundo inteligência exarada pelo artigo 319[3] do Código Civil.

Destarte, desincumbiu-se a apelante, enquanto ré, de provar fato impeditivo, ainda que parcial, ao direito vindicado pelo autor.

Subsiste, então, a Nota Fiscal n. 7677 que perfaz o montante de R$ 42.180,00 (quarenta e dois mil, cento e oitenta reais).

No que tange a esta dívida, cinge-se a apelante em arguir a responsabilidade de Waldomiro Aparecido Valezzi sob o argumento de que a ele cabia o pagamento das notas fiscais, porquanto o dinheiro era depositado em sua conta-corrente.

Infere-se das notas fiscais carreadas que foram todas emitidas em nome da Associação de Apoio ao Programa de Alfabetização Solidária, ou seja, em nome da apelante.

Tal fato, por si só, elucida precisamente que os serviços prestados o foram a mando da apelante por intermédio de Waldomiro Aparecido Valezzi, circunstância essa não negada pela Associação.

---

2 PELUSO, Cezar; LOUREIRO (Coord.), Francisco Eduardo et alii. **Código Civil Comentado Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 297.

3 Artigo 319 do CC: "*O devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada*."

O contexto delineado expressa uma relação contratual de mandato, ainda que tácito[4], pois recebeu de Waldomiro Aparecido Valezzi, na condição de coordenador do projeto de alfabetização, poderes para praticar atos em nome da apelante, inclusive receber valores e efetuar pagamentos.

Opera-se mandato, reza o artigo 653 do Código Civil, *"quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses"*. Como explica com clareza Roberto de Ruggiero *apud* Carlos Roberto Gonçalves[5], *"encarregar outrem de praticar um ou mais atos por nossa conta e no nosso nome, de modo que todos os efeitos dos atos praticados se liguem diretamente à nossa pessoa como se nós próprios os tivéssemos praticado, é o que tecnicamente se chama conferir ou dar mandato"*.

Evidenciada a qualidade de mandante da ALFASOL, incide o preceito contido no artigo 679 da lei substantiva, *in verbis*:

> Art. 679. Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções.

Como o mandatário atua em nome do mandante, é este que se vincula. Por essa razão, o seu principal dever é responder perante o terceiro com seu patrimônio, pelos efeitos da declaração de vontade emitida pelo representante, cumprindo as obrigações assumidas dentro dos poderes outorgados[6].

A respeito do artigo supracitado, com percuciência Silvio de Salvo Venosa[7] explana:

> A obrigação do mandante perante terceiros persiste, ainda que o mandatário tenha contrariado as instruções do outorgante, desde que não tenha excedido os limites do mandato. Terá, porém, o mandante, ação contra o mandatário pelas perdas e danos resultantes da contrariedade das instruções. Procura a lei afastar a interferência das relações internas do mandato dos negócios externos praticados com terceiros, em prol de melhor adequação social. De outro modo, o mandato perderia credibilidade e, consequentemente, sua maior utilidade, que é propiciar dinâmica aos negócios. Sempre que for necessário, devemos proteger o ato praticado com terceiro de boa-fé, ainda que perante mandato aparente, levando-se em conta a teoria geral da aparência e a segurança das relações negociais.

In casu, observou a própria apelante de que ajuizou ação de perdas e danos (n. 052.04.550063-2), pleiteando o recebimento das quantias repassadas, sendo esta a medida correta que lhe cabe, isto é, adimplir os débitos originados pelo mandatário Waldomiro e perquirir o prejuízo arcado junto a ele, não há transferir o calote ao terceiro de boa-fé, na hipótese, o Hotel Santa Isabel.

Contudo, deixo de impor a responsabilidade principal à apelante sob pena de *reformatio in pejus*.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

Do recurso adesivo do Hotel Santa Isabel:

Oportuno salientar, inicialmente, que a questão da quitação das notas promissórias já restou analisada no recurso anterior, motivo pelo qual me reporto aos fundamentos lá lançados.

Quanto aos juros de mora, a regra geral de contagem a partir da citação inicial (artigo 405, CC) só tem aplicação quando inexistir regra específica, que pode estabelecer marcos diferentes para a mora. Assim,

4 Artigo 656 do CC: "*O mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito*."

5 RUGGIERO, Roberto de apud Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 386. v. 2

6 GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 410.

7 *in* **Direito Civil – Contratos em Espécie**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 275.

nas obrigações positivas e líquidas, os juros de mora devem ser contados a partir do vencimento do termo (artigo 397, CC), enquanto, nas obrigações provenientes de ato ilícito, os juros moratórios são contados desde o momento em que o ato é cometido (artigo 398, CC). Na prática, essa contagem de juros a partir da citação se dará apenas nas hipóteses de obrigação sem termo de vencimento, havendo necessidade de notificação, interpelação, protesto ou citação do devedor para constituí-lo em mora, ou ainda nas obrigações ilíquidas, cuja liquidação seja feita por decisão judicial[8].

Na hipótese, infere-se que a nota fiscal cobrada, data de 24 de agosto de 2001, de modo incidente a previsão do artigo 397, *caput*[9], do Código Civil, pois há momento certo para o pagamento de obrigação líquida, uma vez que quando da emissão da nota restou inconteste a prestação do serviço, a teor do que determina o artigo 1º da Lei n. 8.846/1994: *"A emissão de nota fiscal, recibo ou documento equivalente, relativo à venda de mercadorias, prestação de serviços ou operações de alienação de bens móveis, deverá ser efetuada, para efeito da legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, no momento da efetivação da operação"* (g.n.).

Corrobora o entendimento externado a jurisprudência assente no Superior Tribunal de Justiça, *exempli gratia*:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇAO MONITÓRIA. CONTRATO BANCÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO.
>
> 1. Os juros de mora são devidos a partir do vencimento de cada parcela em atraso, nos termos do art. 960 do CC.
>
> 2. Tendo o autor decaído de parte significativa do pedido, correta a distribuição recíproca e proporcional das custas processuais e honorários advocatícios.
>
> 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para determinar que os juros moratórios incidam a partir do inadimplemento contratual. (REsp n. 1189168/AC, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ de 12.8.2010).

Em outro precedente, a Ministra Eliana Calmon novamente esclarece:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL – PAGAMENTO A DESTEMPO – MULTA – ART. 600 DA CLT – QUESTÃO DE MÉRITO JÁ DECIDIDA COM BASE NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC (RESP 902.349/PR) – JUROS DE MORA – OBRIGAÇÃO LÍQUIDA – TERMO INICIAL A PARTIR DO VENCIMENTO.
>
> [...]
>
> 3. O início do prazo para contagem dos juros moratórios foi estabelecido na seguinte forma, se a obrigação for líquida, os juros serão contados a partir do vencimento da obrigação e se for ilíquida, terão como *dies a quo* a data da citação válida.
>
> 4. *In casu*, a obrigação é líquida, assim, o termo inicial dos juros moratórios, conta-se a partir do vencimento da obrigação.
>
> 5. Recurso especial provido em parte. (REsp n. 1167269/PR, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ de 28.6.2010 - g.n.)

Portanto, merece adequação a sentença nesta parte.

8 FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 362.

9 Art. 397, caput, CC: "*O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor*."

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso adesivo para determinar que os juros de mora incidam a partir do vencimento da obrigação, ou seja, 24 de agosto de 2001.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE ASSOCIAÇÃO ALFASOL E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DE HOTEL SANTA ISABEL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Divoncir Schreiner Maran, Sérgio Fernandes Martins e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 24 de agosto de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.014373-7 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRETENSÃO DE OBTENÇÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL – DÉBITO RELATIVO AO IPVA – ALIENAÇÃO DE AUTOMÓVEL – AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DA VENDA DO BEM AO DETRAN – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO – POSSIBILIDADE – AUTORIZAÇÃO DO ARTIGO 128 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 160, II, "B", DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL – SEGURANÇA NEGADA.

I) O artigo 128 do Código Tributário Nacional possibilita ao Fisco Estadual atribuir a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação ou atribuir a responsabilidade, em caráter supletivo, do cumprimento total ou parcial da obrigação tributária.

II) Assim, embora o sujeito passivo do fato gerador do IPVA seja o proprietário do veículo automotor, o artigo 160, II, *b*, do Código Tributário Estadual prevê a responsabilidade solidária do alienante do bem, na hipótese de não efetuar a comunicação da venda ao DETRAN/MS no prazo de 30 (trinta) dias.

III) Segurança negada, a fim de declarar a responsabilidade solidária da empresa quanto à satisfação do crédito fiscal.

IV) Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de julho de 2011.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Cuida-se de apelação cível interposta às f. 264-72 pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face de Campo Grande Comércio e Administração, irresignado com a sentença proferida pelo douto juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande-MS, às f. 256-60-v, a qual concedeu a segurança pleiteada no Mandado de Segurança n. 0004532-92.2009.8.12.0001, impetrado contra ato do Superintendente de Administração Tributária da Secretaria de Estado de Fazenda de MS.

A ação foi intentada com o propósito de garantir o direito do impetrante em obter a Certidão Negativa ou Positiva com efeitos negativos.

É que a empresa impetrante foi surpreendida com certidão positiva em seu nome, referente à existência de débito de IPVA do veículo de placa HSD 1000. No entanto, segundo se extrai dos autos, o automóvel foi vendido para um cliente da empresa, o qual não realizou a transferência do bem, tendo isso sido discutido na ação autuada sob o n. 344.01.2007.008530-6, na comarca de Marília-SP.

Nessa esteira, a empresa, pretendendo assegurar o direito à expedição de certidão negativa, ou positiva com efeitos negativos, enquanto não cumprida a sentença da ação que determinou a transferência da titularidade do veículo, impetrou este *mandamus*.

O juízo de primeira instância deferiu a liminar pleiteada às f. 196-200. Contra essa decisão, sobreveio recurso de Agravo de Instrumento, a que, por unanimidade, foi negado provimento (f. 247-52).

Na sentença, foi concedida a segurança pleiteada, tornando definitiva a liminar, a fim de determinar ao Superintendente da Administração Tributária da Secretaria de Estado da Fazenda de Mato Grosso do Sul que expedisse, em favor da autora, certidão positiva com efeitos de negativa de débitos fiscais.

Irresignado com a sentença proferida, o Estado interpõe recurso de apelação às f. 226-72.

Nas razões recursais, o Estado recorrente pretende a reforma da sentença e, com amparo às suas alegações, cita os art. 158, 159, 160-b, parágrafo único, e 167, parágrafo único, do Código Tributário Estadual.

Suscita, nesses termos, que o alienante é responsável solidário pelo pagamento do IPVA e que, conforme o CTB, é obrigatória a comunicação da venda no prazo de 30 dias, sob pena de responsabilização solidária.

Prequestiona os artigos 145, 158, 159, 160-b, parágrafo único, e 167, parágrafo único, da Lei Estadual n. 1.810/97 e os artigos 123 e 134 do Código de Trânsito Brasileiro.

Contrarrazões às f. 278-83.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta às f. 264-72 pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face de Campo Grande Comércio e Administração, irresignado com a sentença proferida pelo douto Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande-MS, às f. 256-60-v, a qual concedeu a segurança pleiteada no Mandado de Segurança n. 0004532-92.2009.8.12.0001, impetrado contra ato do Superintendente de Administração Tributária da Secretaria de Estado de Fazenda de MS.

I.

O apelante fundamenta sua tese nos artigos do Código Tributário Estadual que versam sobre a responsabilidade solidária do alienante pelo pagamento do IPVA, na hipótese de alienação, transferência de propriedade ou posse de veículo automotor de qualquer espécie, sem a devida comunicação do ato à autoridade competente, no prazo de 30 dias.

Demais disso, encerra a fundamentação com escopo nos art. 123 e 134 do Código de Trânsito Brasileiro, que versam, igualmente, sobre a responsabilidade solidária do alienante.

Tenho que assiste razão ao apelante.

Primeiramente, insta salientar que, no caso dos autos, o sujeito passivo do fato gerador do tributo é o proprietário do veículo automotor, no caso, o adquirente, Fauez Zar Júnior. Isso restou demonstrado na ação autuada sob o n. 344.01.2007.008530-6, promovida perante a comarca de Marília-SP, em que ficou claro que houve a tradição do bem, não pertencendo o veículo mais ao impetrante desde 2006.

No entanto, conforme sustentado pelo apelante, a legislação que dispõe sobre os tributos de competência do Estado prevê uma hipótese específica de responsabilidade tributária, sendo o que se constata do artigo 160 do Código Tributário Estadual (Lei n. 1810/97), cujos termos abaixo transcrevo:

> Art. 160. São responsáveis pelo pagamento do IPVA e dos acréscimos devidos:
>
> I – [...];
>
> II - solidariamente:
>
> a) [...];
>
> **b) a pessoa que aliene, ou transfira, a propriedade ou a posse de veículo automotor de qualquer espécie e não comunique o ato à autoridade competente incumbida das providências referidas na alínea anterior, no prazo de trinta dias do evento.** (Grifei)

Sabe-se, pois, que o sujeito passivo da obrigação tributária é a pessoa física ou jurídica obrigada por lei ao pagamento do tributo, "*esteja ou não em relação direta e pessoal com a situação que constitua o respectivo fato gerador*[1]", sendo gênero do qual são espécies o contribuinte e o responsável tributário.

Nesse sentido, conforme disposição do art. 128 do Código Tributário Nacional, "*a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação*".

O Código Tributário Estadual, assim, dispôs ser contribuinte do IPVA, além do proprietário do veículo automotor, que, no caso, é o adquirente, também o alienante.

Previu, nesses termos, a **responsabilidade solidária** do alienante, quando este não cumprir a obrigação acessória de informar a venda ao órgão competente pela regularização da documentação, conforme norma acima transcrita. Nessa hipótese, a lei impõe a referida solidariedade.

Tal é possível, conforme lição doutrinária de **Luciano Amaro**[2], que merece ser transcrita:

> Já a solidariedade não é tão simples de catalogar. O evento que provoca a solidariedade não integra a definição legal do fato gerador (hipótese de incidência ou fato gerador abstrato). Mas esse evento pode matizar o fato gerador concreto, cujo elemento subjetivo, no pólo passivo, nasce plúrimo. Vale dizer, ocorrido o fato gerador, tem-se desde logo mais de uma pessoa ocupando a posição de sujeito passivo, como se dá nas hipóteses de comunhão de interesses de duas ou mais pessoas na situação em que se traduza o fato gerador; realizado este, todas essas pessoas figuram como sujeitos passivos solidários.
>
> Noutras situações, o evento que provoca a solidariedade é estranho ao fato gerador; este é realizado por uma pessoa, mas, em razão de evento (valorizado pela lei para tal efeito), outra pessoa é eleita como responsável solidário. É exemplo a situação em que a

1 ROSA JÚNIOR., Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário.** 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 519.

2 **Direito Tributário Brasileiro.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 309.

> lei responsabiliza o usuário de um serviço pelo tributo devido pelo prestador do serviço, caso aquele efetue o pagamento sem exigir nota fiscal ou sem solicitar a prova de inscrição do prestador no cadastro de contribuintes. Se o contribuinte (prestador do serviço) não emite nota fiscal (ou não prova sua inscrição no cadastro fiscal), o terceiro (usuário do serviço), que não é contribuinte nem sujeito passivo dessas obrigações acessórias, acaba definido como responsável solidário pela obrigação principal do prestador de serviço. O usuário tem, originalmente, uma obrigação acessória (qual seja, a de exigir a nota fiscal ou a prova da inscrição cadastral); se não a cumpre, assume a condição de devedor solidário na obrigação principal que, originalmente, era apenas do prestador do serviço.
>
> Não se pode, na solidariedade, cogitar de substituição, já que ninguém é substituído, nem de transferência, pois a obrigação não se transfere de "A" para "B", em razão de certo evento, como ocorre na sucessão. Um devedor (responsável solidário) é identificado sem que se ausente da relação de débito a figura do outro (que não é, pois, nem substituído nem sucedido). Opera-se aí uma extensão da subjetividade passiva, em razão da qual passam a figurar, como devedores da obrigação, dois ou mais indivíduos.
>
> A par da comunhão de interesses, a razão que com mais frequência se apresenta para ensejar a solidariedade é a omissão de dever de diligência ou vigilância. São, como já vimos no exemplo acima comentado, situações em que a lei impõe ao terceiro (que, por alguma circunstância, está vinculada ao fato gerador) a tomada de determinada providência para impedir ou dificultar a eventual omissão do contribuinte, no que respeita ao cumprimento do seu dever de recolher o tributo; caso o terceiro não adote essa providência, a lei o responsabiliza solidariamente pelo tributo.

É o caso dos autos.

O impetrante-recorrido, anterior proprietário do veículo, não obstante haver transferido a propriedade do bem a Fauez Zar Júnior, absteve-se de cumprir com o determinado no Código Tributário Estadual ao não comunicar a transferência do veículo automotor, daí por que a autoridade indicada como coatora expediu a certidão positiva de f. 75.

Ora, não há exigir que a Fazenda deixe de efetuar a cobrança daquele que, no seu sistema, consta como o proprietário do veículo. O negócio feito entre as partes só surte efeitos a terceiros quando registrado.

Desse modo, no que tange à pretensão de declaração de nulidade da inscrição em dívida ativa do débito referente ao IPVA, é de se ver que não há direito líquido e certo do impetrante, tendo em vista a ausência de comunicação da venda, em momento em que o fato gerador do tributo já havia se concretizado, incidindo à espécie a norma prevista no art. 160, II, *b*, do CTE, segundo o qual o alienante se torna solidariamente responsável pelo pagamento do tributo, caso não cumpra a obrigação de comunicação de venda em trinta dias.

Sobre a questão, já decidiu o TJSP:

> APELAÇÃO - venda de veículo sem a devida comunicação de transferência ao DETRAN - ausência de documentação comprobatória - responsabilidade solidária - recurso provido. (AC n. 0006138-52.2010.8.26.0577, Rel. Des. Angelo Malanga, julgado em 7.6.2011).
>
> Ação declaratória - Alienação de veículo automotor - Inexistência de relação jurídica fiscal - Incidência do art. 134, do CTB - Comunicação da transferência do veículo intempestiva - Solidariedade no pagamento de eventuais multas por infrações de trânsito cometidas até a comunicação - Pontuação que deve ser inseria no prontuário do condutor infrator ou do proprietário à época do cometimento das infrações - Apelação parcialmente

provida para julgar a demanda parcialmente procedente. (AC n. 990102026515, Rel. Des. Corrêa Vianna, julgado em 17.7.2010).

Nessa mesma linha, previu o Código de Trânsito Brasileiro quando dispôs em seu art. 134 que "*no caso de transferência de propriedade, o proprietário antigo deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado dentro de um prazo de 30 (trinta) dias cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente assinado e datado,* ***sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas residências até a data da comunicação***".

Por fim, como consequência do exposto, esclareço que, para fins de obtenção de certidão negativa ou positiva com efeitos negativos, o IPVA deverá ser satisfeito pela impetrante, que, por sua vez, poderá buscar ressarcimento de quem entender de direito.

II.

Por tais fundamentos, dou provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul, a fim de negar a segurança pleiteada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Ruy Celso Barbosa Florence e Josué de Oliveira.

Campo Grande, 26 de julho de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.018174-4 - Dourados
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – CONTRATO PARTICULAR DE ABERTURA DE CRÉDITO – DÍVIDA DE NATUREZA PESSOAL – PRAZO PRESCRICIONAL – OBRIGAÇÃO CONSTITUÍDA E VENCIDA SOB A VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – DIREITO INTERTEMPORAL.

Se a obrigação de pagamento de quantia certa é constituída e vencida sob a vigência do Código Civil de 1916 e não tendo fluído mais da metade do prazo prescricional previsto na lei anterior (de 20 anos), incidem os novos prazos previstos no Código Civil de 2002, contados a partir da sua entrada em vigor, na forma do disposto no artigo 2.028 do NCC (Lei n. 11.406/02).

EMENTA – MONITÓRIA – DÍVIDA LÍQUIDA DE NATUREZA PESSOAL – PRESCRIÇÃO REGULADA PELO ARTIGO 206, § 5º, I, DO CC DE 2002 QUE, POR SER REGRA ESPECIAL, PREVALECE SOBRE A REGRA GERAL DO ARTIGO 205 DO MESMO *CODEX* – PRESCRIÇÃO, NO CASO, VERIFICADA, VISTO TER DECORRIDO MAIS DE CINCO ANOS ENTRE A ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL E A DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO MONITÓRIA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O prazo prescricional para cobrança de obrigação de quantia certa, constante de título que perdeu a executividade, que era vintenário quando vigente o Código Civil de 1916, passou para 5 anos, contados da vigência do novo diploma (11.1.2003), nos termos dos artigos 206, § 5º, I, do CC de 2002, por força da regra de transição do artigo 2.028 do CC/02.

Inaplicabilidade do artigo 205 do Código Civil de 2002, que fixa prazo de 10 anos para as obrigações em geral, desde que a lei não lhe fixe, como no caso, prazo menor, no caso a do artigo 206, § 5º, I, do mesmo *Codex*.

Prescrição decretada em primeiro grau que leva ao conhecimento e improvimento do recurso do autor, com manutenção da sentença.

EMENTA – RECURSO ADESIVO – ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE – NÃO CONFIGURAÇÃO – PRELIMINAR REJEITADA.

É tempestivo o recurso adesivo interposto no prazo de 15 dias a partir da abertura do prazo para a resposta ao recurso principal, a teor do art. 500, I, c.c. art. 508 do CPC.

Preliminar rejeitada.

EMENTA – RECURSO ADESIVO – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – DISCUSSÃO A RESPEITO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – LEGITIMIDADE DA PARTE RECONHECIDA – PRELIMINAR REJEITADA.

Em que pese o art. 23 da Lei n. 8.906/94 conferir ao advogado a titularidade dos honorários advocatícios devidos em razão da sucumbência, à parte não falta interesse recursal para insurgir-se contra o valor arbitrado para tal verba.

Preliminar rejeitada.

EMENTA – RECURSO ADESIVO DO RÉU – EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO EM VALOR ÍNFIMO – APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CPC – REGRA QUE NÃO DESPREZA A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DENTRO DOS LIMITES ESTABELECIDOS NO § 3º DO MESMO DISPOSITIVO, COMO FORMA DE EVITAR O AVILTAMENTO DO TRABALHO DO PATRONO DO VENCEDOR – RECURSO PROVIDO – HONORÁRIOS MAJORADOS.

Nos casos de extinção do processo com resolução do mérito os honorários advocatícios devem ser fixados de forma equitativa pelo juiz, nos termos do § 4° do art. 20 do CPC, o que não significa, entrementes, que deva se afastar dos percentuais mínimo e máximo contidos no § 3º do mesmo dispositivo legal.

Conforme dispõe a parte final do próprio § 4º do art. 20 do CPC, é perfeitamente possível fixar a verba honorária em valor que se aproxime do mínimo de 10% e o máximo de 20%, mesmo fazendo incidir o § 4º do art. 20 citado, com base na apreciação equitativa do juiz e levando em consideração o interesse econômico objeto da demanda.

O arbitramento dos honorários advocatícios em patamar irrisório é aviltante e atenta contra o exercício profissional da advocacia. O parâmetro a ser levado em consideração pelo juiz é o conteúdo do interesse econômico disputado em juízo para, com base nele, fixar a verba honorária.

Recurso adesivo ofertado pelo réu conhecido e provido para majorar o valor dos honorários advocatícios fixados na sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso do Banco Bradesco S.A. e dar provimento ao recurso de Antonio Augusto Rodrigues Rubin, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de setembro de 2011.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de recurso de apelação cível e recurso adesivo interpostos por Banco Bradesco S.A. e Antonio Augusto Rodrigues contra a sentença de f. 83-7, douto Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Dourados-MS, que reconheceu a prescrição da pretensão exposta na inicial da ação monitória e extinguiu o processo com base no artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR BANCO BRADESCO S.A.

Afirma que o douto sentenciante não poderia ter reconhecido a ocorrência de prescrição, pois o título de crédito que embasa a ação é documento idôneo para legitimar a tutela monitória. Aduz que a ação monitória, uma vez embargada, transforma-se em uma ação de cobrança, de modo que o título que a embasa perde a natureza cambial e tem o cunho apenas de demonstrar a existência da dívida.

Alega que o banco, nos termos do Código Civil de 1916, possuía o prazo de 20 anos para exercer o direito de ação no caso presente, de modo que esse prazo foi diminuído para 10 anos, conforme preceitua o artigo 205 do Código Civil de 2002. Assim, entende que, de acordo com a regra exposta no artigo 2028 do CC, a prescrição da pretensão exposta na ação monitória só iria prescrever em 2013.

Assevera que o apelado foi notificado para pagar a dívida representada pelo contrato de abertura de crédito e que tal fato interrompeu a fluência do prazo prescricional.

Ao final, requer o conhecimento do presente recurso, a fim de reformar a sentença de primeiro grau.

Contrarrazões às f. 107-15.

RAZÕES DO RECURSO ADESIVO INTERPOSTO POR ANTONIO AUGUSTO RODRIGUES RUBIN

Em suas razões, o réu-recorrente sustenta que a sentença merece reforma no ponto em que arbitrou os honorários advocatícios devidos pelo autor-recorrido.

Afirma que o arbitramento dos honorários deve levar em consideração os parâmetros do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, na medida em que a situação apresentada não se enquadra nas previsões dos demais parágrafos do alentado dispositivo.

Assim, requer o conhecimento e provimento do recurso, a fim de majorar os honorários, nos termos do artigo 20, § 3º, do CPC.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 134-9, pugnando, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu improvimento.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

A ação monitória tem por escopo proporcionar ao credor o recebimento de dívida fundada em documento sem eficácia de título executivo, para satisfação do seu crédito[1].

Sobre a finalidade do procedimento monitório, colaciono as lições de **Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:**

> O procedimento monitório foi pensado como alternativa para uma maior tempestividade do processo, podendo ser usado por quem tem prova escrita, sem eficácia executiva, do seu crédito, e pretende obter soma em dinheiro, coisa fungível ou determinada do bem móvel. Diante da petição inicial devidamente acompanhada com a prova escrita, o juiz deve mandar expedir o mandado de pagamento de entrega de coisa. O devedor,

1 CPC- Art. 102-A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

> no prazo de 15 (quinze) dias, poderá cumprir o mandado – caso em que ficará isento do pagamento de custas e honorários de advogado -, restar inerte ou apresentar embargos ao mandado. Não apresentados ou rejeitados os embargos, o título executivo é constituído.[2]

É latente que a característica principal da ação monitória é a possibilidade de cobrança de uma obrigação que, diante da sua ineficácia executiva, não poderia ser exigida da forma usual, qual seja, a execução do título que a embasa.

Todavia, não há confundir a prescrição para o exercício da ação de execução, que acarreta a perda da exequibilidade do título, com a prescrição da pretensão de cobrança dos valores insertos no mesmo título, que pode ser viabilizada por via da ação monitória, como no caso presente.

Nesse sentido, veja-se o que ficou consignado no voto condutor do Ministro RAUL ARAÚJO, do Superior Tribunal de Justiça:

> De acordo com o entendimento pacífico desta Eg. Corte, é possível a cobrança do crédito oriundo de nota promissória prescrita por meio de ação monitória. É que, com a prescrição do título de crédito, ocorre uma alteração do fundamento da cobrança, que deixa de ser a cártula autonomamente considerada, e **passa a ser a dívida nela representada.**
>
> Sobre o assunto, faz-se oportuna a transcrição de trecho de voto bastante elucidativo proferido pela e. Minª. Nancy Andrighi, no REsp n. 682.559, que trata de hipótese deveras semelhante à ora apreciada, *verbis*:
>
> O acórdão recorrido se fundamenta em dois argumentos autônomos: o de que a pretensão do recorrente estaria prescrita por força do art. 36, § 1º, da Lei n. 5.764/71 e o de que, ainda que assim não fosse, da mesma forma haveria prescrição por força do disposto no art. 70 da LUG.
>
> O segundo argumento convergirá para o primeiro, conforme se verá adiante, de forma que convêm iniciar por ele a análise deste especial.
>
> **É assente a jurisprudência do STJ no sentido de que a prescrição de um título de crédito não impede a cobrança do débito nele representado pela via da ação monitória. Todavia, o fundamento dessa cobrança se altera. Antes da prescrição, a abstração da nota promissória garantiria a cobrança com base exclusivamente nesse título. Após a prescrição, porém, ele se converte em simples documento escrito indicativo da existência de uma dívida, de forma que o fundamento da cobrança não é mais a cártula, autonomamente, mas a dívida de que ela é prova. Tanto que já se pacificou a jurisprudência desta Corte no sentido de que, com a prescrição do título de crédito, o credor não poderá promover ação monitória em face do avalista, mas apenas daquele que teria se locupletado ilicitamente com o não pagamento da dívida (REsp n. 549.924/MG e n. 457.556/SP, ambos de minha relatoria, publicados, respectivamente, nos DJ de 5.4.2004 e de 16.12.2002, além do REsp n. 200.492/MG, relatado pelo Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 21.8.2000, entre outros).**
>
> Tendo isso em vista, a prescrição da cobrança tem de ser analisada, não à luz dos dispositivos relativos ao título de crédito, mas da lei que regula a relação jurídica que lhe deu origem. [...]
>
> No mesmo sentido, encontram-se os seguintes precedentes:
>
> PROCESSUAL CIVIL - NOTA PROMISSÓRIA - PRESCRIÇÃO - CRÉDITO -

2 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.** São Paulo: RT, 2009. p. 926.

COBRANÇA - PROCEDIMENTO MONITÓRIO - POSSIBILIDADE - ART. 1.102 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INTERPRETAÇÃO.

I - A ação monitória foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Reforma do Código de Processo Civil, através Lei n. 9.079/95. Seu objetivo primordial é o de abreviar o caminho para a formação do título executivo, contornando a lentidão inerente ao processo de conhecimento e ao rito ordinário.

II - Mostra-se adequado a instruir a ação monitória o título de crédito que tenha perdido a eficácia executiva em face do transcurso do lapso prescricional. Precedentes do STJ.

III - Recurso especial não conhecido. (REsp n. 260.219/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 19.2.2001, DJ de 2.4.2001, p. 291).

Ação monitória. Cheque prescrito. Avalista. Prescrito o cheque, desaparece a relação cambial e, em conseqüência, o aval. Permanece responsável pelo débito apenas o devedor principal, salvo se demonstrado que o avalista se locupletou. (REsp n. 200492/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 29.6.2000, DJ de 21.8.2000. p. 123).

Constata-se, na esteira dos precedentes supra colacionados, que não se deve confundir a prescrição da nota promissória, e a consequente perda de sua eficácia executiva, com a prescrição da dívida por ela representada. (AgRg no Ag n. 1014710/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 10.8.2010, DJ de 25.8.2010).

NELSON ROSENVALD[3] ensina-nos que "o artigo 2.028 determina que seja preservado o regramento do Código Civil de 1916 sempre que mais da metade do prazo indicado na lei revogada tenha sido ultrapassado antes da vigência do novo Código. Caso contrário, o prazo reduzido será apanhado pelo Código Civil de 2002, **a contar de sua vigência"**.

É de se ver que inexiste controvérsia quanto à regra de transição insculpida no art. 2.028 do NCC. Ambas as partes concordam que, não transcorrido mais da metade do prazo prescricional quando da entrada em vigor da Lei n. 11.406/2002, aplicar-se-á o prazo prescricional previsto neste novo *codex*.

Extrai-se do caderno processual que o título que embasa a ação é um contrato de abertura de crédito firmado entre as partes **no ano de 1995,** no qual requerente concedeu um crédito ao requerido no valor de R$ 7.275,00 que, atualizado monetariamente, alcançou o montante de **R$ 136.611,20** na data do ajuizamento da ação.

Por consequência, o título extrajudicial que deu ensejo ao ajuizamento da presente ação é um contrato bancário juntado às f. 6-9.

No caso em apreço e tendo em vista o objeto do recurso, é preciso saber a qual prazo prescricional está submetida a respectiva pretensão, ou seja, de quanto tempo dispõe o titular da dívida representada pela prova escrita sem força de título executivo, para ingressar com a ação monitória para cobrar a obrigação nela consignada.

O artigo 205 do Código Civil de 2002 estabelece que "a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor".

É essa a regra que o credor quer que incida para que se dê provimento ao seu recurso.

3 PELUSO, Cezar (Coord.). Francisco Eduardo et alii. **Código Civil Comentado.** São Paulo: Manole, 2009. p. 2213.

Todavia, há, sim, prazo menor fixado no CC de 2002, mais especificamente o artigo 206, § 5º, I, acima transcrito, e que incide no caso presente, porque a pretensão deduzida pelo autor, na monitória, diz respeito a uma dívida líquida, constante de instrumento particular, como é exatamente a hipótese presente.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, para caso de cheque prescrito – cujo princípio se aplica ao caso concreto – assim também já decidiu:

A ação monitória fundada em cheque prescrito está subordinada ao prazo prescricional de cinco anos, previsto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil. (STJ, REsp n. 1.038.104, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 9.6.2009, DJ de 18.6.2009).

Esse acórdão está assaz fundamentado e merece ser transcrito, como forma de fundamentar o meu pensamento sobre a matéria. Disse o eminente Ministro Sidnei Benetti, no voto:

Expirado o prazo da ação de enriquecimento, ou de locupletamento como ficou conhecida, permite-se ao beneficiário do cheque valer-se, ainda, de ação monitória para cobrar do sacado o valor consignado na cártula.

Nesse sentido, a Súmula n. 199 desta Corte com a seguinte redação: "É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito". Isso porque, o cheque prescrito constitui documento que atende à exigência de prova escrita sem eficácia de título executivo, prevista no artigo 1.102-A do Código de Processo Civil.

18.- A dívida representada pelo cheque pode ser cobrada, finalmente, em ação de cobrança, submetida ao rito comum ordinário. Ao tempo do Código Civil de 1.916, o prazo prescricional para o exercício dessa pretensão era o prazo geral de vinte anos, próprio das ações pessoais, previsto no artigo 177 daquele diploma. Nesse sentido: REsp n. 190.596/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 8.9.2003; REsp n. 36590/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 31.10.1994.

19.- **No caso dos autos tem-se uma ação monitória e é preciso saber o prazo prescricional a que está submetida a respectiva pretensão, ou seja, de quanto tempo dispõe o beneficiário do cheque, ou melhor, o titular da dívida representada pela prova escrita sem força de título executivo, para ingressar com a ação monitória para cobrar a dívida nela representada.**

20.- Examinando o Código Civil, na parte relativa à prescrição, destacam-se três situações que parecem se relacionar com a hipótese ora examinada.

a) No artigo 206, **§ 3º, IV,** estabeleceu o legislador que a "pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa" prescreve em 3 (três) anos.

b) No **§ 5º, I,** estabeleceu que "a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular" está submetida a prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

c) Finalmente, no **artigo 205,** registrou que: "A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor".

21.- O "enriquecimento sem causa", muitas vezes designado como "enriquecimento ilícito" ou "enriquecimento indevido", embora não sejam expressões sinônimas, lança raízes nas *condictiones* do Direito Romano. **MOREIRA ALVES** (*in* NEWTON DE LUCCA **Comentários ao Novo Código Civil,** vol. XII: Forense, Rio de Janeiro, 2003,

p. 100) esclarece que tais institutos eram baseados na equidade e buscavam corrigir desequilíbrios patrimoniais não tutelados de forma específica pela lei. Entre as principais *condictiones* podem ser citadas a *contitio indebiti*, deferida no caso de pagamento por erro, e as *condictiones sine causa*, deferidas nas hipóteses de pagamento efetuado sem causa.

22.- Trata-se de fonte de obrigação cuja configuração está subordinada a três requisitos: i) aumento do patrimônio de uma parte, ii) empobrecimento suportado pela outra parte, e iii) ausência de justa causa.

23.- VILSON RODRIGUES ALVES (**Da Prescrição e da Decadência no Novo Código Civil**, Servanda, Campinas, 2006, p. 343-44), ao comentar o artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil, procura identificar as hipóteses de enriquecimento sem causa, afirmando que:

Vê-se, opera-se o enriquecimento injustificado tanto se a) houve vontade do prejudicado, como se b) houve prejudicado não-volente, quanto se no suporte fático c) não houve ato, mas fato jurídico em sentido estrito, ou ato-fato jurídico, em que se abstrai do *quid* psíquico do agente e se considera o ato objetivamente, como se fora fato, portanto, ato-fato. Em a), prejudicado volente paga o que não deve, querendo pagar o que erroneamente supôs dever; em b) o prejudicado não-volente perde o crédito, por ter sido eficaz o pagamento feito ao credor putativo (Código Civil, art. 309); em c), os bens, enriquecem-se a expensas dos bens comuns, por exemplo.

Pode haver enriquecimento injustificado com a *condictio indebiti*, se é solvido o que não se deve, com solução por conseguinte indevida (Código Civil, art. 876).

Também, com a *condictio ob causam finitam*, como se, cessada a causa que existia, o que se presta, após a extinção da causa, é o atribuído sem dever do atribuinte, tal o que se presta por erro antes da data da resolução do contrato bilateral pedida com base no Código Civil, art. 475. É o que estatui o Código Civil, art. 885, quando enuncia que 'a restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir'.

Ainda com a *condictio* ou *causam non secutam*, ou na *condictio causa data causa non secuta*, em que o ato jurídico teve causa, mas por falta de elemento subjetivo ou objetivo, que torna deficiente o suporte fático, a determinação da causa é atingida, tal a hipóteses da prestação ou do recebimento solvendi causa pelo incapaz (Código Civil, art. 310).

Igualmente com a *Condictio ob turpem vel iniustam causam*. Se 'B' efetua contraprestação para obtenção de fim ilícito, imoral, ou proibido por lei, 'A', que efetuara a prestação, pode repetir com a *condictio ob turpem causam*, invocando o Código Civil, art. 166, II, 1ª Parte.

Por fim, o enriquecimento injustificado pode ocorrer com a condição por disposição sem direito, ou sem poder de dispor. O que dispõe sem direito, ou sem poder de dispor, tem o dever de restituir o que recebeu com a disposição feita sem direito, ou sem poder (cf. Código Civil, art. 986).

24.- TEPEDINO (**Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República** v. 1,: Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 206), comentando o artigo 206, § 3º, IV, se ocupa logo em esclarecer que o enriquecimento sem causa é gênero do qual é espécie o pagamento indevido (artigos 876 a 873 do Código Civil).

A preocupação atende à constatação prática de que a maioria das hipóteses (ou pelo menos as mais corriqueiras) em que se pode apontar uma pretensão de ressarcimento fundada em enriquecimento sem causa, constituem, na verdade, hipóteses de pagamento indevido.

CAIO MÁRIO **(***in* **TEPEDINO** Ob cit. p. 206) recorda que:

O pagamento indevido, que cria para *accipiens* um enriquecimento sem causa, e, portanto, gera para o *solvens* uma ação de repetição - *de in rem verso* -, resulta desses requisitos extraídos da regra do BGB: 1º) que tenha havido uma prestação;

2º) que esta prestação tenha o caráter de um pagamento; 3º) que não exista dívida. Os mesmos requisitos poderiam ser sintetizados em dois: 1º) uma prestação a título de pagamento; e 2º) que a dívida não exista, pelo menos nas relações entre o *solvens* e o *accipens*.

25.- Considerando os contornos elásticos do instituto do enriquecimento sem causa o E. Ministro **RUY ROSADO DE AGUIAR** (Projeto de Código Civil – As obrigações e os Contratos in Revista dos Tribunais n. 775.:RT, São Paulo, maio/2000, p. 29) chegou a afirmar que ele poderia servir como uma cláusula geral estabelecida pelo Código para remediar situações concretas em que o prejuízo verificado não pudesse ser desfeito por outro meio. Confira-se:

[...] veio dispor sobre o enriquecimento sem causa, preenchendo uma lacuna no nosso ordenamento. Trata-se de cláusula geral que terá grande efeito no foro, porque permitirá reparar todas as situações de vantagem indevida. É, no entanto, uma ação subsidiária, a ser usada se o lesado não tiver outros meios para se ressarcir do prejuízo.

26.- Apesar das muitas situações em que se possa identificar um enriquecimento sem causa, é preciso lembrar que o artigo 206, § 3º, IV, não impõe prazo prescricional de três anos para todas as situações em que se verificar um enriquecimento descabido. A norma alude à pretensão de "ressarcimento de enriquecimento sem causa".

Uma leitura atenta do dispositivo legal revela que o substantivo "ressarcimento" desponta com importância equivalente ao do seu complemento nominal, "enriquecimento sem causa".

Dessa maneira, se a pretensão formulada pela parte em juízo não é de ressarcimento, mas de outra natureza, como, por exemplo, de cobrança, de anulação de ato jurídico, de indenização, de constituição de situação jurídica, não será o caso de aplicação de prazo trienal.

27.- O não pagamento do cheque prescrito pode até mesmo gerar, para o emitente, uma situação patrimonial mais favorável e, para o beneficiário, um empobrecimento, já que este não obtém a contraprestação devida. A pretensão que beneficiário do título pode formular em uma ação monitória, porém, não é de ressarcimento, mas de cobrança. O objetivo colimado pelo autor da ação monitória não é o de reequilibrar a desproporção patrimonial decorrente de um enriquecimento sem causa, de remediar o enriquecimento experimentado pela outra parte às suas custas de forma indevida, mas simplesmente, o de cobrar o valor que lhe era devido, o valor que está consignado no cheque.

28.- HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (**Comentários ao Novo Código Civil**, Vol III, Tomo II,: Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 397), discorrendo sobre os prazos prescricionais a que se sujeitam as pretensões ligadas aos títulos de crédito, bem adverte que, ultrapassada a possibilidade de execução do título, remanesce a de cobrança da dívida subjacente.

29.- Não é demais lembrar que a ação monitória é apenas uma técnica diferenciada para realização, em prazo mais exíguo e desde que atendidos certos requisitos, da mesma tutela jurisdicional que, de outra forma, poderia ser obtida através do procedimento comum ordinário.

30.- JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (**Ação Monitória**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 64) esclarece que ação monitória veicula uma pretensão de satisfação de crédito, de cobrança, portanto: A ação monitória consiste no meio pelo qual o credor de quantia certa ou de coisa móvel determinada, cujo crédito esteja comprovado por documento hábil, requerendo a prolação de provimento judicial consubstanciado, em última análise, num mandado de pagamento ou de entrega de coisa, visa a obter a satisfação do seu crédito.

31.- Nesses termos, a pretensão de cobrança, formulada por meio de ação monitória, não difere, essencialmente daquela que poderia ser formulada em uma ação ordinária de cobrança. Não pode se sujeitar, por via de consequência, ao prazo prescricional de três anos estabelecido pelo artigo 206, § 3º, IV do Código Civil.

32.- Por outro lado, é preciso reconhecer que o cheque, passado o prazo para ajuizamento da ação executiva, perde a sua natureza cambiária, mas não deixa de ser um documento representativo da relação negocial havida entre as partes. Com efeito, a mesma característica que permite qualificá-lo como "prova escrita" capaz de subsidiar o ajuizamento da ação monitória (Súmula n. 299/STJ) também permite afirmar que ele é um instrumento particular representativo da dívida líquida.

33.- HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (Op. Cit. pp. 474/475), partindo das distinções entre documento e instrumento, conceitua este último da seguinte forma:

[...] Documento é gênero a que pertencem todos os registros materiais de fatos jurídicos. Instrumento é, apenas, aquela espécie de documento adrede preparado pelas partes, no momento mesmo em que o ato jurídico é praticado, com a finalidade específica de produzir prova futura do acontecimento.

[...]

Em outros termos, o instrumento corresponde à forma com que *in concreto* a vontade negocial se manifestou. Representa o aspecto exterior do próprio negócio, devendo lembrar-se que qualquer atitude que tenha o propósito de exteriorizar a vontade do agente para alcançar determinado efeito jurídico deve obter alguma forma perceptível exteriormente ao declarante.

34.- Considerando a natureza cambiária do cheque e os princípios da autonomia, abstração e cartularidade que cercam os títulos de crédito, é preciso reconhecer que, na origem, ainda que posteriormente prescrito pelo decurso do tempo, é documento emitido com o propósito de representar a própria dívida, conserva um tanto da relevância da natureza de origem, desprovido, entretanto da força executiva, não havendo como recusar-lhe, nessa medida, a qualidade de instrumento particular de relevo.

35.- Demais disso, ainda na origem e ante eventualidade de prescrição ulterior, o cheque é instrumento representativo de obrigação líquida, assim entendida aquela que é certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto.

36.- T**em-se, pois, que a pretensão de cobrança, formulada em ação monitória ajuizada com base em cheque prescrito está submetida ao prazo de prescrição**

> **quinquenal estabelecido pelo artigo 206, § 5º, I: "prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular".**
>
> 37.- Ressalte-se que, no caso dos autos, não se discute o termo inicial do prazo prescricional em questão, ou a correta aplicação da regra de transição prevista no artigo 2.028 do Código Civil em vigor, mas simplesmente, o prazo em si.
>
> 38.- Ante o exposto, nega-se seguimento ao Recurso Especial.

Os mesmos fundamentos do acórdão são aqui aplicáveis, porque a origem em que se funda a obrigação – se em cheque, em nota promissória, duplicata ou outro documento particular que pudesse se consubstanciar como título executivo, que perdeu a executividade – é irrelevante.

Sendo importante, na monitória, verificar apenas a natureza da obrigação, que é pessoal, e tratando-se, no caso, de dívida líquida, constante de documento particular, a norma especial do artigo 206, § 5º, I, afasta a regra geral do artigo 205, razões pelas quais andou bem o juiz em pronunciar a prescrição.

Não existe dúvida quanto à incidência do artigo 206, § 5º, I, porque o documento juntado com a inicial, embora não se constitua em título representativo de obrigação certa, líquida e exigível, para fins de execução, estampa a existência de uma dívida líquida, ou seja, correspondente ao valor nela descrito, a respeito da qual não paira dúvida, atraindo, assim, a incidência do referido dispositivo legal.

Na situação apresentada, o contrato que deu a origem à dívida foi assinado em 1.2.1995, tendo sido consignado que o pagamento da última parcela deveria ser feito em 2.5.1995, conforme se constata através do contrato juntado às f. 6-7.

Assim, em janeiro de 2003, na data da entrada em vigor do Novo Código Civil, só havia sido transcorrido pouco mais de 7 anos do lapso necessário, de maneira que não se aplica o prazo vintenário previsto no Código Civil de 1916.

A presente ação foi ajuizada em 8.9.2008, com distribuição automática feita também nesta data.

Por consequência, mostra-se correto o entendimento esposado em primeiro grau quanto ao reconhecimento da prescrição, na medida em que entre a data de 11.1.2003 (data da entrada em vigor do Código Civil de 2002) e 8.9.2008 (data do ajuizamento da ação) houve o transcurso de lapso superior a 5 anos.

Neste ponto, insta destacar que o fato de o apelado ter sido notificado para o pagamento da dívida, conforme demonstra o documento de f. 10, não altera o entendimento aqui esposado, uma vez que tal notificação foi feita em 16 de maio de 1995, de maneira que o lapso prescricional foi integralmente transcorrido após tal interrupção.

Não se aplicando o prazo decenal, mas quinquenal, a pretensão deduzida na inicial já estava fulminada pela prescrição, razão pela qual a sentença que assim a reconheceu deve ser mantida.

Esse entendimento é abalizado pela doutrina, como se vê dos ensinamentos de Nestor Duarte[4]: "*Pelo atual Código, qualquer dívida resultante de documento público ou particular, tenha ou não força executiva, submete-se à prescrição quinquenal, contando-se do respectivo vencimento*."

Ante o exposto, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença combatida.

---

4 PELUSO, Cezar (Coord.). Francisco Eduardo et alii. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Manole, 2007. p. 141.

RECURSO ADESIVO INTERPOSTO POR ANTONIO AUGUSTO RODRIGUES RUBIN

Primeiramente, analiso as preliminares arguídas nas contrarrazões ao recurso adesivo.

I. Intempestividade

Afirma o requerente, aqui recorrido, que o recurso adesivo interposto pelo réu é intempestivo.

Tal afirmação não encontra amparo nos autos.

Sabe-se que o prazo para interposição do recurso adesivo, a teor do art. 500, I, c.c. art. 508 do CPC, é de 15 dias, contados a partir da abertura do prazo para a resposta ao recurso principal.

No caso, verifica-se que a apelação interposta pelo requerente (recurso principal) foi recebida pelo despacho de f. 101, tendo ali o d. juízo determinado a abertura de vista para a outra parte apresentar contrarrazões.

A decisão foi publicada em 23.11.2010, como se vê da certidão de f. 104.

Assim, o transcurso do prazo (de 15 dias) para contrarrazões e, por conseguinte, para interposição de recurso adesivo, iniciou em 24.11.2010 (quarta-feira) e findou em 8.12.2010 (quarta-feira), prorrogando-se para o dia 9.12.2010 (quinta-feira), em virtude do feriado forense do dia 8.12.2010.

Tendo em vista que o recurso adesivo foi interposto em 9.12.2010, conclui-se que é tempestivo.

Assim rejeito esta preliminar.

II. Ausência de interesse recursal

Alegou o apelado a preliminar de ausência de interesse recursal para discussão a respeito da majoração dos honorários advocatícios, tendo em vista ser direito autônomo do advogado, a quem caberia a propositura do recurso no tocante a este capítulo.

Rejeito a preliminar arguida, uma vez que, em que pese o art. 23 da Lei n. 8.906/94 conferir ao advogado a titularidade dos honorários advocatícios devidos em razão da sucumbência, à parte não falta interesse recursal para insurgir-se contra o valor arbitrado para tal verba.

Neste sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

> EMENTA - RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ADESIVO. HONORÁRIOS - MAJORAÇÃO. ARTIGO 500 DO CPC. POSSIBILIDADE.
>
> 1. Consoante o firme entendimento deste STJ, há interesse recursal do vencedor para interpor apelo adesivo com o fito de buscar-se o aumento da verba honorária. Precedentes.
>
> 2. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* a fim de que promova o julgamento do recurso adesivo dos ora recorrentes. (REsp n. 848.536/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), julgado em 3.6.2008, DJ de 19.6.2008, p. 1)
>
> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TITULARIDADE DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 23 E 24, DA LEI N. 8.906/94. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL DO MUNICÍPIO.

> 1. A verba relativa à sucumbência, a despeito de constituir direito autônomo do advogado, não exclui a legitimidade concorrente da parte para discuti-la, ante *a ratio essendi* do art. 23 da Lei n. 8.906/94. Deveras, a legitimidade recursal, *in casu*, pressupõe resistência no pagamento ou pretensão de majoração.
>
> 2. É cediço nesta Corte que a execução da sentença, na parte alusiva aos honorários resultantes da sucumbência, pode ser promovida tanto pela parte como pelo advogado. Precedentes: REsp n. 533419/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 15.3.2004; REsp n. 457753/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 24.3.2003; REsp n. 456955/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 19.12.2003; Ag n. 505690/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 17.11.2003; REsp n. 191.378/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, unânime, DJ de 20.11.2000; REsp n. 252.141/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, unânime, DJ de 15.10.2001; REsp n. 304.564/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, DJ de 4.6.2001.(REsp n. 828.300/SC, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 3.4.2008, DJ de 24.4.2008, p. 1)

III. Mérito

No recurso adesivo, o réu-recorrente insurge-se contra arbitramento dos honorários advocatícios feito na sentença, pois entende que estes devem ser majorados.

Entendo que o recurso merece prosperar.

Quanto à condenação a honorários advocatícios, prevê o artigo 20 do Código de Processo Civil, em seus parágrafos 3º e 4º, que:

> Art 20:A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.
>
> [...]
>
> § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendidos:
>
> a) o grau de zelo profissional
>
> b) o lugar da prestação do serviço
>
> c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
>
> § 4° Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Com efeito, os honorários advocatícios são devidos por força do princípio da sucumbência, segundo o qual o processo não pode gerar qualquer ônus para a parte que tem razão, impondo ao vencido o dever de pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

Entende-se como vencido aquele que deixou de alcançar com o processo aquilo que pretendia. Essa condenação funciona como uma punição àquele que resistiu ao reconhecimento da pretensão alheia, resistência essa havida como injusta, quando o litígio é julgado em desfavor da parte resistente.

Venho reiteradamente afirmando em casos de idêntica natureza que autor e réu merecem do juiz, em todas as situações processuais, idêntico tratamento, regra que decorre do artigo 125 do CPC, inclusive no tocante aos honorários advocatícios quando o réu é o vencedor, caso em que incidiria a regra do § 4º do artigo 20 do CPC.

Em que pese não ter havido condenação, nada justifica que os honorários, muito embora fixados em conformidade com o § 4º do artigo 20 do CPC, deixem de ser fixados tomando-se por base as alíneas *a* a *c* do § 3º do mesmo dispositivo e, com base na valoração do trabalho do advogado, sejam fixados em percentual que se aproxime – tanto quanto possível e consideradas as peculiaridades da espécie – entre 10% e 20% do valor da causa que, no caso, é o valor do interesse econômico em disputa.

Em casos tais tenho reiteradamente proclamado que nada há no § 4º do art. 20 do CPC que impeça o magistrado de fixar o valor da verba honorária em valores que se situem entre o percentual mínimo e máximo, previsto no § 3º do mesmo dispositivo e este já é, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Thetônio Negrão[5] ensina-nos que:

> Onde está escrito valor da condenação, neste § 3º, deve-se ler conteúdo econômico da causa (art. 285). Atrelando a base de cálculo dos honorários aos valores em jogo, ter-se-á parâmetro seguro e isonômico para sua fixação, sem variações de acordo com a natureza da demanda e conforme esta seja julgada procedente ou improcedente. Aliás, não faz sentido reservar ao advogado do autor cifra representativa de parte do benefício econômico obtido em favor do seu cliente e destinar ao patrono do réu valor calculado em outras bases, que tragam como resultado final quantia menor do que aquela que seria representada por seu adversário por ocasião do seu sucesso.

Assim deve ser, com efeito, em homenagem inclusive ao artigo 125, inciso I, do CPC, que alberga, no processo, a norma constitucional que trata da isonomia e do tratamento igualitário a todos quantos se achem em uma mesma situação.

Perfilho, assim, o entendimento doutrinário e jurisprudencial que estabelece que se as partes devem receber do juiz tratamento idêntico, nos termos do já referido artigo 125-I do CPC, "*não se justifica que, vencedor o réu, seus honorários sejam fixados em quantum muito inferior ao autor, se vencesse"*, como consta dos diversos julgados publicados na Revista dos Tribunais 494/144, 589/123, 608/116, entre outros.

No Superior Tribunal de Justiça também foi decidido que:

> [...] 7. Fixação do percentual de 10% (dez por cento) de verba honorária advocatícia, sobre o valor da causa (já que não houve condenação), devidamente atualizado quando do seu efetivo pagamento. Precedentes de todas as Turmas desta Corte Superior.
>
> 8. A questão não envolve apreciação de matéria de fato, a ensejar o emprego da Súmula n. 07/STJ. Trata-se de pura e simples aplicação da jurisprudência pacificada e da legislação federal aplicável à espécie (art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC).
>
> 9. Agravo regimental não-provido. (AgRg no Ag n. 954.995/SP, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 18.3.2008, DJ de 23.4.2008).

Assim, se a ação tem por conteúdo econômico ou proveito econômico o valor de R$ 136.611,20, esse é o valor a ser levado em consideração para fixação dos honorários advocatícios, mesmo em face do

5 NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 158.

§ 4º do artigo 20 do CPC, que não despreza o valor da causa como elemento integrativo da formação do convencimento do magistrado.

Logo, bem se vê que os honorários advocatícios arbitrados em R$ 800,00 (oitocentos reais) pelo douto juízo *a quo* não guardam proporcionalidade com o conteúdo econômico em disputa na demanda, de sorte que a própria valoração dos elementos contidos nas alíneas *a* a *c* do § 3º do art. 20 do CPC, a que faz remissão o parágrafo seguinte do mesmo dispositivo processual, remete para a necessidade de serem os honorários majorados para um patamar que seja efetivamente representativo desse interesse.

Daí decorre que, se o proveito econômico corresponde a R$ 136.611,20 – tendo sido este o valor objetivado com a presente ação monitória –, esse é o parâmetro a ser adotado para definir o valor dos honorários, os quais, segundo penso, devem ser fixados em quantia que remunera condignamente o advogado do requerido pelo trabalho realizado, mas não se constitui, de igual forma, em prejuízo incomensurável ao requerente, que ficou responsável pelo pagamento dos honorários, em razão do princípio da causalidade.

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, adotou o mesmo entendimento que expendi acima ao julgar o REsp n. 1.026.995-RJ e majorou os honorários advocatícios devidos aos patronos da parte ré que haviam sido fixados em valor irrisório, diante das circunstâncias do caso e da repercussão econômica da causa.

Ao noticiar o julgamento, o *site* da Corte Superior constou:

> Segundo destacou a relatora, nos casos de apreciação eqüitativa dos honorários, o julgador deve basear-se nos seguintes parâmetros: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço; não ficando restrito aos limites percentuais mínimo e máximo previstos para os casos em que há condenação.
>
> Ao dar provimento ao recurso, a ministra afirmou que a decisão do tribunal carioca limitou-se a transcrever o disposto no parágrafo 4º do artigo 20 do CPC, sem, todavia, esmiuçar as razões que o levaram a estabelecer em R$ 500,00 o valor da verba honorária, nem um pouco razoável, pois não reflete a importância da causa nem se mostra compatível com a responsabilidade que recaiu sobre os patronos da recorrente. "Constata-se que os advogados da recorrente têm atuado há aproximadamente 10 anos com zelo e diligência, período durante o qual opuseram os imprescindíveis embargos do devedor e interpuseram, oportunamente, os recursos cabíveis", asseverou. "A ministra destacou que o provimento de um destes, o apelo, acarretou a reforma da sentença que havia julgado improcedente o pedido formulado nos embargos à execução e terminou por extinguir a execução de um título de aproximadamente R$ 5 milhões (valores de 1999)." Em que pese o êxito dos embargos ter sido obtido mediante a alegação de que os cálculos apresentados pela recorrida eram confusos e não demonstravam com exatidão o valor da dívida, não representando, portanto, uma solução definitiva sobre a inexistência de um crédito que porventura possa ser exigido por outra via, é inarredável a conclusão de que, se não fosse o trabalho desempenhado pelos advogados, a recorrente teria sido constrangida a pagar o valor pleiteado pela recorrida, concluiu Nancy Andrighi.[6]

Não se pode olvidar da necessidade de remunerar condignamente a atividade dos profissionais da advocacia, seja por sua relevância social, seja por seu caráter de *munus* público, inclusive porque o advogado, conforme a Constituição Federal (art. 133), é essencial à administração da Justiça.

A verba honorária fixada na decisão foi realmente baixa; não valorizou ou remunerou adequadamente o labor profissional do patrono da parte, que atuou diligentemente, cumprindo com zelo os seus deveres profissionais.

6 Disponível em: < http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=91302>

Ante o exposto, conheço o recurso adesivo e lhe dou provimento, a fim de reformar a sentença de primeiro grau no ponto referente ao valor dos honorários advocatícios, majorando-os para o valor correspondente a R$ 13.661,12 (treze mil, seiscentos e sessenta e um reais e doze centavos), a serem monetariamente corrigíveis a partir da data da publicação da sentença (que é substituída por este acórdão, nos termos do artigo 512 do CPC), pela variação do IGM-FVG, até efetivo pagamento. Juros de mora serão devidos a contar do trânsito em julgado, à razão de 1% ao mês, na forma do artigo 406 do Código Civil, obtendo-se o cumprimento da sentença na forma do artigo 475-J do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO BANCO BRADESCO S.A. E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE ANTONIO AUGUSTO RODRIGUES RUBIN, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Ruy Celso Barbosa Florence e Josué de Oliveira.

Campo Grande, 27 de setembro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.019812-7 - Paranaíba
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ABERTURA DE INVENTÁRIO – PRESENÇA DO INTERESSE DE AGIR – HERDEIROS NECESSÁRIOS, CAPAZES E CONCORDES – DETERMINAÇÃO DO USO DA VIA EXTRAJUDICIAL COM EXTINÇÃO DO PROCESSO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR – FACULDADE DOS INTERESSADOS – ART. 1° DA LEI N. 11.441/07 DO CPC – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO.

A Lei n. 11.441/07, que alterou o artigo 982 do CPC, tão somente facultou a utilização do procedimento extrajudicial para o inventário, não tornando obrigatório o uso daquela via para o inventário quando todos forem capazes e concordes. A via administrativa é uma opção e uma faculdade dos interessados, não uma obrigação.

Assim, não há falar em falta de interesse de agir quando todos os herdeiros, de comum acordo, optam pela via judicial para processamento do inventário, devendo o feito ter seu curso natural perante o juízo *a quo*.

Recurso conhecido e provido para tornar insubsistente a sentença e determinar o prosseguimento do processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de julho de 2011.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de recurso de apelação interposto por Nicomedes Garcia de Almeida Neto, inventariante do espólio de Nicomedes Garcia de Almeida Júnior, em face da sentença de f. 111-2, que extinguiu, sem resolução do mérito, o Processo de Inventário n. 018.10.100008-9, com base no art. 267, VI, do CPC

O nobre julgador entendeu que, além do desinteresse dos herdeiros em dar impulso ao processo, inexiste, outrossim, interesse processual no caso, visto que, após a entrada em vigor da Lei n. 11.441/07, o procedimento pode ser perfeitamente realizado administrativamente, pela via extrajudicial.

Subiu a este Tribunal apelação cível interposta pelo inventariante.

Aduz, em síntese, que o Código de Processo Civil não determina que os herdeiros devem requerer o arrolamento pela via extrajudicial, mas somente dispõe que se trata de uma faculdade, quando todos forem capazes e concordes, não tendo sido imposta uma obrigação de uso da via extrajudicial.

Nesses termos, sustenta que se encontra presente o interesse de agir.

Ademais, diz o recorrente que não foi intimado do despacho de f. 105, que determinou o andamento do feito no prazo de 48 horas. Não só isso, conforme alega, ali consta, como consequência do descumprimento, a "instauração do incidente de remoção", e não a extinção do feito.

Ao final, pede provimento ao recurso para que seja anulada a sentença e determinado o normal prosseguimento do feito.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Nicomedes Garcia de Almeida Neto, inventariante do espólio de Nicomedes Garcia de Almeida Júnior, em face da sentença de f. 111-2, que extinguiu, sem resolução do mérito, o Processo de Inventário n. 018.10.100008-9, com base no art. 267, VI, do CPC

Conforme relatado, o nobre julgador entendeu que, além do desinteresse dos herdeiros em dar impulso ao processo, inexiste, outrossim, interesse processual no caso, visto que, após o advento da Lei n. 11.441/2007, o procedimento pode ser perfeitamente realizado administrativamente, pela via extrajudicial.

Entendo que o recurso merece prosperar.

Inicialmente, convém frisar que, do próprio teor do *caput* do artigo 982, acrescentado ao CPC pela Lei n. 11.441/07, é fácil vislumbrar que a previsão dali constante é uma opção/faculdade dada aos interessados no inventário e partilha, quando maiores e concordes entre si. Vejamos:

> Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, **poderá** fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário. (Grifei)

O Conselho Nacional de Justiça, a propósito de regulamentar a aplicação da Lei n. 11.441/07 no âmbito do foro extrajudicial, quando as partes deliberarem se utilizar do procedimento ali contido, estabeleceu, por meio do artigo 2º da Resolução n. 35, de 24 de abril de 2007, que:

> Art. 2° **É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial;** podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial. (Grifei)

Com efeito, é de se verificar que a lei se utiliza do vocábulo **poderá**, e não deverá, o que, induvidosamente, permite concluir que o uso da via extrajudicial é uma **opção ou faculdade** do interessado, o qual não está obrigado a utilizar-se daquele meio, podendo se valer da via judicial.

Repara que o legislador fez uso do verbo **"poder"**, traduzindo, pois, a idéia de **possibilidade,** dentro de uma perspectiva de **escolha** a ser feita pelas partes, como melhor lhes favorecer.

Então, de acordo com o texto legal, o inventário e a partilha, na hipótese ali prevista, **poderá,** e não deverá, ser realizada por meio de escritura pública lavrada em cartório**,** ocorrendo **apenas no caso de ser esta a vontade** dos herdeiros, dispensa-se, por conseguinte, a demanda jurisdicional.

Ou seja, não se extrai do dispositivo comando algum que exprima a idéia de obrigatoriedade de utilização da via administrativa. Por mais que tal medida seja induvidosamente vantajosa para a sociedade em geral, por se afastar da burocracia comum a tais procedimentos, dando maior celeridade ao resultado almejado, além de contribuir para aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, é certo que as partes não podem ser impelidas a aderir a **opção** conferida pela lei.

Além disso, para reforço desse argumento, é de se ver que a Lei n. 11.441/07 não revogou o artigo 982 e seguintes do CPC, mas lhe deu nova redação, de sorte que, se continua a vigorar no ordenamento jurídico o uso da via ali prevista, é **opção** que o legislador colocou para o interessado, que não pode ter privado, caso assim lhe convenha, o uso do procedimento judicial para obter o inventário e partilha dos bens deixados pelo falecimento do inventariado.

Essa é uma conclusão que me parece fundamental, como também é a leitura da teoria geral do processo, da qual se extrai que um dos fenômenos processuais previstos é o do concurso de ações, que pode ser aqui aplicado no sentido de existir um concurso entre o uso do meio judicial e o meio extrajudicial.

Por esta teoria, plenamente aceita e aplicável ao processo civil brasileiro, a parte pode dispor, muitas vezes, de mais de um meio para a satisfação de um só direito, sendo-lhe lícito escolher uma das vias ou dos modos de composição do conflito, que melhor lhe aprouver ou que atenda mais de perto à sua pretensão, com abandono das demais.

Transportada essa lição para o caso dos autos, é de se ver que os herdeiros têm a sua disposição tanto a via judicial quanto a via extrajudicial, de forma que se fazem a opção pela via judicial, o processo não pode ser extinto por suposta falta de interesse processual.

Assim, a par do fato de que a intenção do legislador foi a de proporcionar maior agilidade aos procedimentos de inventário e partilha, por via do arrolamento, não se pode, daí, extrair a conclusão de que os interessados tiveram restringido o acesso ao Judiciário, como interpretou, de forma equivocada, o juízo monocrático, *data maxima venia*.

Portanto, ao contrário do que entendeu o ilustre magistrado singular, não há falar em ausência de interesse de agir no caso em tela, pois se encontra presente não só a utilidade, mas também a adequação da medida intentada, visto que prevista (e não revogada) em nosso ordenamento jurídico.

A r. decisão objurgada implicaria uma análise mais aprofundada da questão, na verificação de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, contida no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que estabelece que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*".

Não é pelo fato de que a lei **faculta** o uso da via extrajudicial que haverá **falta de interesse (necessidade e utilidade)** do uso da via judicial, que a qualquer tempo poderá ser invocada pelo interessado.

Este é, aliás, o pensamento desta E. Quarta Turma Cível.

Colhe-se, por exemplo, este acórdão, relatado pelo eminente Desembargador Atapoã da Costa Feliz que, ao analisar situação análoga, firmou o seguinte entendimento, *in verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO – PRESENÇA DE INTERESSE DE AGIR – HERDEIROS CAPAZES E CONCORDES – VIA EXTRAJUDICIAL – FACULDADE DOS INTERESSADOS – LEI N. 11.441/07 – RECURSO PROVIDO.
>
> Não há falar em ausência de interesse de agir quando os herdeiros interessados, capazes e concordes, optam pela utilização da via judicial para o trâmite de inventário ou partilha, sendo que a Lei n. 11.441/07 apenas faculta a utilização do procedimento extrajudicial, sem impor-lhe sua obrigatoriedade. (AC n. 2008.003199-9, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 15.4.2008).

Outrossim, há inúmeros outros precedentes neste Tribunal, todos no mesmo sentido do aresto acima transcrito, como se infere destes acórdãos:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ABERTURA DE INVENTÁRIO – INTERESSE DE AGIR – PRESENÇA – ÚNICA HERDEIRA CAPAZ – DETERMINAÇÃO DO USO DA VIA EXTRAJUDICIAL COM EXTINÇÃO DO PROCESSO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR – FACULDADE DA INTERESSADA – ART. 1° DA LEI N. 11.441/07 DO CPC – SENTENÇA ANULADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> A Lei n. 11.441/07, que alterou o artigo 982 do CPC, tão somente facultou a utilização do procedimento extrajudicial para o inventário, não tornando obrigatório o uso daquela via para o inventário quando todos forem capazes e concordes. A via administrativa é uma opção e uma faculdade dos interessados, não uma obrigação.
>
> Assim, não há falar em falta de interesse de agir quando os herdeiros optam pela via judicial para processamento do inventário, devendo o feito ter seu curso natural perante o juízo *a quo*. (TJMS, AC n. 2009.025668-0. Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 17.8.2010).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO – HERDEIROS CAPAZES E CONCORDES – VIA ADMINISTRATIVA – FACULDADE DA PARTE – INTELIGÊNCIA DO ART. 982 DO CPC, COM A NOVA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 11.441/07 – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – REFORMA DA SENTENÇA – RECURSO PROVIDO.
>
> O art. 982 do CPC, com a nova redação conferida pela Lei n. 11.441/07, dispõe expressamente que a via administrativa é uma opção/faculdade da parte interessada, e não uma obrigação. Se o autor optou pelo trâmite do inventário em juízo, é porque assim o quis, não podendo o Juiz extinguir o feito por inexistência de interesse processual. (TJMS, AC n. 2007.010169-5, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 19.8.2008).

Com relação ao desinteresse dos herdeiros no andamento do feito, o douto juízo, igualmente, não poderia ter extinguido o feito com amparo no despacho de f. 105, visto que o inventariante dele não foi intimado (f. 109), além de ali constar que o não impulsionamento do processo em 48 horas resultaria não na extinção, mas na "*instauração do incidente de remoção*".

Assim, com base nesses fundamentos, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para, anulando a douta sentença recorrida, afastar a extinção do processo e determinar o prosseguimento da ação, com devolução dos autos ao douto juízo de origem para a regular tramitação do feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Josué de Oliveira e Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 19 de julho de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.018734-1 - Fátima do Sul
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PERÍCIA EM CONTA-CORRENTE C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO – REJEITADA – PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA – AFASTADAS – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – DÉBITOS NÃO AUTORIZADOS – ILICITUDE DEMONSTRADA – REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO – MÁ-FÉ DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO – CONTA-CORRENTE – JUROS REMUNERATÓRIOS – JUROS DE MORA – CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS – DANOS MORAIS – CONFIGURADOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos termos do art. 538, a oposição de embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição de outros recursos, por quaisquer das partes. Desse modo, após o julgamento dos aclaratórios, reinicia a contagem do prazo, não havendo falar em intempestividade do recurso interposto nos quinze dias subsequentes à data da intimação da publicação dos embargos.

2. Em respeito aos princípios da economia e celeridade processual, não há cerceamento de defesa pela inocorrência de nova perícia, diante da necessidade de liquidação de sentença

3. Não há falar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação, quando o magistrado decide de forma sucinta, porém suficiente.

4. As disposições constantes do CDC aplicam-se a contratos firmados antes de sua vigência, porque são normas de ordem pública e têm, portanto, aplicação imediata, ante a incidência das garantias constitucionais da defesa do consumidor estabelecidas no art. 5º, XXXII, da nossa Constituição Federal.

5. Em que pese seja cabível a inversão do ônus da prova em qualquer fase do processo, a fim de se evitar cerceamento de defesa e ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa, quando o feito se encontrar em julgamento já no segundo grau de jurisdição, as normas de inversão somente serão aplicadas quando ausente prova.

6. Não estando o banco autorizado pelo correntista a proceder a lançamentos na sua conta-corrente, revela-se inequivocadamente abusiva a cobrança de valores por meio de débito automático, devendo tais quantias ser devolvidas em dobro, diante da prova da má-fé.

7. Somente são passíveis de cobrança pela instituição financeira as taxas e tarifas devidamente contratadas.

8. Em que pesem posicionamentos contrários nas instâncias ordinárias, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça pacificaram entendimento de que a taxa de juros nos contratos bancários não se encontram limitadas a 12% ao ano. Persiste, entretanto, a possibilidade de revisão do pacto celebrado, com base no Código de Defesa do Consumidor, quando as taxas de juros pactuadas ultrapassarem a média de mercado para a espécie contratual existente à época da celebração.

9. Não são admitidas a incidência de comissão de permanência, e a capitalização em periodicidade inferior à anual – esta última sujeita a exceções expressamente previstas em lei.

10. Dano moral reconhecido em face das inúmeras tentativas inexitosas empreendidas pelo autor no banco, a fim de solucionar o problema dos lançamentos indevidos em sua conta-corrente, as quais lhe geraram transtorno, constrangimento e embaraço, permitindo a subsunção à hipótese do dano moral.

11. Na fixação do montante indenizatório por gravames morais, deve-se buscar atender à duplicidade de fins a que a indenização se presta, atentando para a condição econômica da vítima, bem como para a capacidade do agente causador do dano, amoldando-se a condenação de modo que as finalidades de reparar o ofendido e punir o infrator sejam atingidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de junho de 2011.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível ordinário interposto por Osvaldo Silvestre de Souza contra sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Fátima do Sul nos autos da Indenização por Danos Morais movida contra Banco Bradesco S.A.

Em apertada síntese, alega que:

I – o negócio jurídico entabulado entre as partes é regido pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, assistindo-lhe razão em requerer o ressarcimento dos valores dos lançamentos de débitos desconhecidos, não autorizados e tampouco contratados com o apelado, postulando, ainda, a inversão do ônus da prova;

II – todos os documentos pleiteados existem e encontram-se em poder do apelado, destacando a ausência de impugnação e de prova de legalidade e regularidade dos débitos;

III – o banco comprovou vários dos débitos impugnados, mas deixou outros tantos sem demonstração da origem e autorização, razão pela qual pleiteia o afastamento das taxas, tarifas, encargos sem autorização, seguros, água, luz, telefone, apontados como não pactuados;

IV – embora sejam lícitas as cobranças de taxas e tarifas e que compete ao consumidor a escolha do banco, compete à instituição financeira a demonstração documental da contratação dos débitos;

V – a sentença foi injusta, uma vez que beneficiou o banco, isentando-o de suas responsabilidades, mesmo diante da inércia em comprovar a existência de autorização para os lançamentos de débitos de luz, água e telefone ocorridos entre os anos de 1985 e 1991/1996, quando foram devidamente autorizados;

VI – a instituição bancária tem obrigação de manter toda a documentação relativa à movimentação bancária da conta-corrente do consumidor até a prescrição do direito pessoal deste em reclamar as irregularidades e ilegalidades cometidas com seu dinheiro;

VII – exigir do correntista o questionamento individualizado dos lançamentos de água, luz e telefone com os quais não concorda, ou como forma de não utilização do serviço, equivale a usar da torpeza em benefício próprio;

VIII – a partir de 25 de julho de 1996, a cobrança de tarifas pelas prestações de serviços por parte das instituições financeiras foi disciplinada pela Resolução n. 2.303 do CMN, segundo a qual tal somente poderia ocorrer após a prévia advertência do consumidor, com a indicação dos percentuais e a forma do seu pagamento;

IX – tais cobranças não foram devidamente identificadas nos extratos, o que tornou os lançamentos presumidamente indevidos;

X – o apelado não está autorizado a lançar qualquer débito a título de cobrança pela prestação de serviços sem que comprove que realmente houve tal;

XI – a Diretora do Banco apelado reconheceu a ocorrência de irregularidades na conta em questão, no período de 1985 a 2003, tendo ocasionado a demissão do Gerente local, porém, sem que fossem tomadas providências efetivas para solução *"*líquida e palpável*"* para os problemas apresentados (f. 2.880);

XII – em virtude dos *"insolúveis acontecimentos, o apelante foi acometido por forte e grave infarto do miocárdio"* (f. 2.880), tendo anexado aos autos *"Laudo de Análise de Recálculo relativo às Notificações Judiciais ajuizadas"*, onde se constatou a existência de saldo credor de R$ 7.701.223,20;

XIII – até a presente data o banco não colacionou aos autos os documentos requeridos pelo perito judicial para conclusão do laudo que apresentou saldo credor de apenas R$ 1.279.531,04 até a data da propositura da ação;

XIV – a Enersul confirmou que somente houve autorização do consumidor para realização de débito em conta das faturas no período de novembro de 1993 a fevereiro de 2005, devendo todos os demais lançamentos ser tidos como indevidos;

XV – com relação à conta de água, a Sanesul confirmou que somente houve autorização para débito automático em conta-corrente entre as datas de março de 1996 e fevereiro de 2005;

XVI – somente passou a residir na *"cidade"* (f. 2.883) em 1992, motivo pelo qual todos os débitos anteriores são indevidos, destacando que *"sempre residiu na zona rural, e os documentos apresentados pela empresa notificada, em nenhum deles consta qualquer assinatura contribuinte"* (f. 2.883);

XVII – a Gergrand informou que o fornecimento de energia elétrica teve seu início em janeiro de 1997 e o cadastramento para débito em conta-corrente somente se deu em julho de 1998;

XVIII – a Brasil Telecom informou que o contrato foi rescindido em novembro de 2000 e que apenas os valores debitados naquele ano conferiam, sendo os demais estranhos à companhia;

XIX – o laudo pericial não respondeu a diversas indagações realizadas;

XX – as testemunhas ouvidas em juízo demonstraram que o banco *"era useiro e vezeiro em condutas como a constante dos autos, de proceder a descontos não encontrados, na conta corrente de seus correntistas"* (f. 2.891);

XXI – o ex-gerente da Agência n. 203 esclareceu todas as *"falcatruas perpetuadas em benefício financeiro do irrogado"*, tais como a determinação para que *"fossem debitados na conta corrente de alguns clientes que possuíam suas contas devedoras, dentre quais, o apelante, os valores para abatimento das despesas telefônicas que eram lançadas na conta n. 5/21-1002-1"*, época esta em que ainda residia *"na linha do Barreirão, município de Fátima do Sul/MS, num sítio onde somente havia energia elétrica, mas não tinha água ou mesmo telefone, e mesmo assim, o apelado debitada na conta corrente do mesmo tais despesas"* (f. 2.895), motivo pelo qual requereu a conversão do julgamento em diligência;

XXII – deve ocorrer repetição de indébito, a fim de evitar enriquecimento indevido do apelo, invocando a Súmula n. 322 do STJ;

XXIII – mesmo reconhecendo a falta de comprovação de alguns lançamentos de débitos, o magistrado singular, ao analisar o tópico *"recibo de retirada"*, julgou o feito desfavorável ao consumidor;

XXIV – somente adquiriu imóvel em Fátima do Sul em março de 1992, razão pela qual, antes dessa data, não pode ter débitos de água, luz e telefone lançados em sua conta-corrente;

XXV – o magistrado *a quo* desconsiderou por completo as perícias, bem como a prova testemunhal produzida nos autos, principalmente o depoimento do ex-gerente do banco apelado, que comprovam a ocorrência de irregularidades em sua conta-corrente;

XXVI – não se está em sede de prestação de contas, mas sim de ação de perícia de débitos c/c revisão contratual, tendo o banco apelado a obrigação de comprovar todos os lançamentos de débitos impugnados na exordial, bem como a regularidade dos débitos;

XXVII – nunca recebeu os extratos de sua conta-corrente, e mesmo que os tivesse recebido, *"os mesmos nunca vêm acompanhados das autorizações e dos contratos, e muito menos dos documentos de cada lançamento de débitos que o Banco retira da sua conta, de maneira que o Apelante não teria condições de fazer tais conferências, mas durante o período de lançamentos questionados pelo Apelante, este desconfiava de seu saldo, e sempre se dirigia até a agência e lá reclamava com o seu gerente que lhe acalmava e lhe aconselhava que o problema iria ser resolvido"* (f. 2.917), razão pela qual se equivocou o magistrado ao afirmar que os extratos foram enviados;

XXVIII – o ex-gerente do apelado, Nilton Alberto Prado da Silva, confirmou em seu depoimento que *"cometeu pessoalmente as irregularidades na conta do Sr. Osvaldo, ora apelante, em atendimento à ordem de seus superiores"* (f. 2.918), situação totalmente desconsiderada pelo magistrado *a quo;*

XXIX – o perito requereu documentos para realização do laudo, que não foram colacionados aos autos, destacando ser obrigação da instituição financeira o fornecimento de segunda via de extratos, e que deveria o julgador monocrático ter determinado a apresentação de tais documentos pelo banco, a fim de facilitar a defesa do consumidor;

XXX – tem direito a obter os documentos relacionados aos contratos de crédito e respectivos lançamentos contábeis efetuados na sua conta-corrente, e se o banco se recusar a tal, deve ser responsabilizado, insistindo que *"o Banco apelado não juntou todos os recibos de retirada exatamente porque não possui os mesmos"* (f. 2.923);

XXXI – a inversão do ônus da prova não foi decretada quando do saneador por falha do juízo, motivo pelo qual pode ser corrigida a qualquer tempo, a fim de que seja mantido o equilíbrio entre as partes;

XXXII – a perícia restou prejudicada quanto à análise dos juros abusivos cobrados em razão da ausência de contratos e extratos cuja juntada deveria ter sido determinada pelo julgador;

XXXIII – restou demonstrado que o apelado retirou valores da sua conta-corrente, tanto que o gerente do banco à época *"provou que ele mesmo retirou dinheiro da conta corrente do Sr. Osvaldo Apelante e depositou em uma conta corrente do próprio banco indicando até mesmo o número da conta e o próprio perito do juízo também comprovou as irregularidades do réu"* (f. 2.927), salientando que até o ano de 1992 residiu na *"linha do Barreirão no município de Fátima do Sul"*, não possui qualquer contrato com empresas de fornecimento de água, luz, gás ou telefone, indicando que desde o ano de 1985 valores relativos a supostos gastos com estas companhias foram indevidamente debitados em sua conta;

XXXIV – em que pese devam ser mantidos os juros remuneratórios contratados (f. 2.946), não foram juntados os contratos, a fim de se verificar se foram aplicados, de fato, os legais (contratados), bem como impositiva a exclusão da capitalização mensal de juros, tarifa bancária por devolução de cheques, já que não se utilizou desse serviço;

XXXV – a Cédula Rural Pignoratífica n. 94/00017-1 somente foi debitada em sua conta-corrente 30 dias após a sua contratação, razão pela qual o banco *"obteve lucro de juros aproximadamente quase trinta dias tudo isso lucro a favor do banco Apelado"* (*sic* -f. 2.951);

XXXVI – *"é dever do banco comprovar a legalidade e a regularidade dos débitos efetuados na conta do correntista quando por ele solicitado, pois toda a escrituração da conta (documentos) ficam sob a guarda da cada bancária, notoriamente, o que afasta a necessidade de obrigar o apelante a produzir prova de que não contratou ou autorizou os débitos, ou seja, fato negativo, sendo que esta prova fica a cargo da instituição fornecedora de serviços, a qual tinha o dever de demonstrar que os débitos em conta corrente foram efetuados com autorização/anuência do correntista, ou mediante previsão contratual"* (f. 2.951).

Ao final, postula a anulação da sentença em razão de cerceamento de defesa, haja vista a necessidade de realização de nova perícia diante das divergências postas nos autos. Subsidiariamente, a reforma do *decisum,* reconhecendo como saldo oriundo de lançamentos indevidos o valor de aproximadamente R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) apurados pelo laudo do perito judicial. Por fim, a redistribuição da sucumbência e, caso mantida a sentença, a minoração dos honorários advocatícios.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (f. 3.079).

Em contrarrazões, o banco arguiu preliminar de intempestividade do apelo. No mérito, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível ordinário interposto por Osvaldo Silvestre de Souza contra sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Fátima do Sul nos autos da Indenização por Danos Morais movida contra Banco Bradesco S.A.

Por questão de prejudicialidade, analiso primeiramente a preliminar de intempestividade do apelo, manejada em contrarrazões recursais.

É consabido que a oposição tempestiva de embargos de declaração interrompe o prazo para qualquer das partes interpor outros recursos, pois sua apreciação gera nova decisão da lide.

É o que dispõe o art. 538 do Código de Processo Civil, *in verbis*: *"Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes*".

Desse modo, após o julgamento dos aclaratórios, sejam eles acolhidos ou rejeitados, reinicia-se a contagem do prazo. Isso porque, conforme a norma processual supracitada, deve-se ter como novo termo *a quo* para a interposição do recurso cabível – no caso a apelação – a data da ciência da decisão que apreciou os embargos de declaração opostos.

No caso em apreço, a decisão que rejeitou os embargos declaratórios foi publicada no Diário Oficial em 7.4.2010 (quarta-feira), iniciando-se o prazo recursal no dia seguinte, 8.4.2010 (quinta-feira), conforme se observa da certidão de f. 2.805 dos autos.

O apelo, por sua vez, foi protocolado em 22.4.2010 (quinta-feira – f. 2.812), é, pois, tempestivo.

Dessa forma, não há falar em intempestividade do recurso interposto nos quinze dias subsequentes à data da intimação da publicação dos embargos.

Rejeito, pois, a preliminar.

Passo à análise das razões de recurso.

Extrai-se dos pedidos do apelante, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, diante da necessidade de produção de nova perícia.

Desnecessária a realização de nova perícia neste momento processual, uma vez que imperioso definir se houve débitos indevidos na conta-corrente do autor, e cobrança ilegal de tarifas (juros, capitalização), para só então se apurar o alegado crédito do apelante.

Ademais, a realização de nova perícia, sem a definição prévia da ocorrência ou não de débitos e cobranças indevidas, apenas iria procrastinar o resultado final da demanda.

Impende mencionar que a ausência de juntada dos extratos bancários nesse momento processual não altera a legalidade ou não das taxas aplicadas pela instituição financeira.

Dessa maneira, a realização de nova prova pericial por ora não se mostraria hábil a produzir qualquer esclarecimento diverso daqueles já existentes, sendo certo que a apuração dos valores reais será possibilitada em sede de liquidação de sentença.

Assim, como medida de economia e celeridade processual, entendo pela inexistência de cerceamento de defesa pela ausência de realização de nova perícia.

Rejeito, pois, a preliminar de cerceamento de defesa.

Também postulou o apelante a anulação da sentença por ausência de fundamentação.

Igualmente sem razão o apelante, uma vez que a sentença encontra-se devidamente fundamentada, tendo, assim, respeitado o disposto no art. 93 da CF.

Há de se destacar que a conclusão do magistrado contrário aos interesses do autor, ou ainda a fundamentação concisa, não gera nulidade.

Rejeito a preliminar.

Passo à análise do mérito.

Após a leitura detida do extenso arrazoado (mais de 150 páginas de recurso), verifica-se que o ponto nodal da demanda refere-se a supostas ilegalidades dos débitos de água, luz, telefone, Cergrand, dentre

outros realizados na conta-corrente do apelante a partir do ano de 1985 e respectiva tarifa, além da cobrança de taxas de prestação de serviços, capitalização de juros em período inferior ao anual.

Consta das razões recursais que os débitos de luz e telefone somente foram autorizados a partir de 22 de julho de 1991, e de água a contar de março de 1996. Entrementes, desde o ano de 1985 os débitos eram realizados em sua conta-corrente (f. 2.856), postulando a inversão do ônus da prova.

Da aplicação do CDC e inversão do ônus da prova

Inicialmente, no que tange ao fato do contrato de abertura da conta-corrente ora em discussão ter sido firmado antes da entrada em vigor da Lei n. 8.078/90, perfeitamente aplicável ao caso o Código Consumerista a todas às relações de consumo, mesmo que estas tenham se efetivado antes de sua entrada em vigor.

Isto porque as disposições constantes da lei de regência são normas de ordem pública, e, têm, portanto, aplicação imediata, e ante a incidência das garantias constitucionais da defesa do consumidor estabelecidas no art. 5º, XXXII, da nossa Constituição Federal.

Como bem argumenta Cláudia Lima Marques:

> Ao garantir aos consumidores a sua defesa pelo Estado criou a constituição uma antinomia necessária em relação a muitas de suas próprias normas, flexibilizando-as, impondo em última análise uma interpretação relativada dos princípios em conflito, que não mais podem ser interpretados de forma absoluta ou estaríamos ignorando texto constitucional. (*in* **Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 577)

Superada esta questão, cumpre ressaltar que a relação entre a instituição financeira e o correntista é típica relação de consumo atuando o primeiro como prestador de serviços do qual o cliente é o destinatário final. Assim, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, o banco é fornecedor (art. 3º, *caput* e § 2º, da Lei n. 8.078/90) e o cliente consumidor dos serviços prestados por ele (art. 2º).

É cediço que, envolvendo a demanda questões de direito consumerista, é de se inverter o ônus da prova em favor do consumidor, com suporte no art. 6º, VIII, do CDC, se verossímil a alegação ou for a parte hipossuficiente, visando a assegurar-lhe o direito fundamental ao contraditório e a facilitação da defesa dos seus interesses, que tem natureza constitucional.

Entrementes, em que pese seja perfeitamente cabível a inversão do ônus da prova neste momento processual - em virtude da hipossuficiência técnica da parte autora em comprovar as supostas irregularidades praticadas pela instituição financeiras, relatadas na peça vestibular e recursal e, principalmente, diante do entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência pátrias de que a norma prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento e não de procedimento, prestando-se para orientar o julgador e não as partes, que não se eximem de realizar todas as provas pertinentes ao deslinde da controvérsia -, não se pode perder de vista que, em se estando em fase de julgamento, as normas de inversão somente serão aplicadas quando ausente prova, o que não ocorre na espécie. Vejamos:

Vigora em nosso ordenamento regra que incumbe à parte que alega determinado fato para dele derivar a existência de algum direito, o ônus de demonstrar sua existência. O artigo 333 do Estatuto Processual Civil distribui o ônus da prova ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quando alega fato modificativo, extintivo e impeditivo.

Observe acórdão esclarecedor sobre o caso vertente, vindo do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 108824/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira):

> O ônus da prova é da parte (art. 333, CPC). O juiz somente tomará a iniciativa quando o conjunto probatório cause dúvidas ou perplexidades, de regra, devendo julgar segundo o alegado pelas partes ("*iudex secundum allegatta et probata partium iudicare debet*"). Em contrário, a regra (art. 333, CPC) ficaria derruída, impondo-se ao Juiz suprir a inatividade da parte [...].

Ao tratar do ônus da prova, Cândido Rangel Dinamarco, que dispensa maiores apresentações, preleciona:

> A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar *secundum allegatta et probata partium* e não *secundum propiam suam conscientiam* - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus).
>
> O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (*in* Teoria Geral do Processo. 7. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 312).

Com muita clareza, Luis Rodrigues Wambier, traz o conceito de ônus como: *"a conduta que se espera da parte, para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa ele extrair daí as conseqüências jurídicas pertinentes ao caso"*. (*in* **Curso Avançado de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, p. 486. v. 1)

Dito isso, nos termos do inciso I do art. 333 do CPC, cabia ao autor da demanda a prova do seu direito constitutivo, qual seja, a ocorrência de débitos não autorizados em sua conta-corrente, a época em que se deram e a sua espécie (água, luz, telefone).

Por sua vez, com fulcro no inciso II do mesmo dispositivo, ao requerido, competia a prova do fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, que, *in casu,* seria justamente a existência de autorização expressa para a realização dos débitos em discussão, até mesmo porque impossível impor prova negativa ao consumidor.

Mais ainda, em se tratando a apelada de instituição financeira e estando em discussão documentos relativos à própria conta do correntista, é obrigação daquela (apelada) a exibição dos documentos que permanecem em seu poder, oportunizando ao contratante o exame das suas cláusulas, visto que, nos termos do parágrafo único do art. 2º do Decreto n. 2.078/,94, *"é obrigatória a manutenção da documentação, em arquivo ou em microfilme, até 5 anos após o encerramento da conta"*.

Tecidas essas considerações, importa destacar já de início que, após minuciosa análise dos autos, constata-se que a instituição financeira apelada não se desincumbiu do ônus que lhe competia, uma vez que não comprovou que os débitos realizados na conta-corrente do apelante e reclamados nestes autos foram devida e expressamente autorizados. Vejamos:

O apelante e sua esposa, Valdevina de Oliveira, são correntistas do Banco Bradesco S/A, desde o ano de 1965 (Agência 0203 – conta-corrente 1.965-8), tendo anexado aos autos extratos bancários do período de 10 de dezembro de 1984 a 28 de novembro de 2003, enquanto a instituição requerida trouxe aos autos os documentos de f. 547-631 e recibos de retiradas de valores e comprovantes de pagamentos de duplicatas (f. 1.187 e seguintes).

Às f. 605-6 dos autos, constam autorizações para débito de conta em caráter permanente, a partir de 22.7.1988, de *"transferência de saldo entre as contas Natalino Pedon e Antonio Gregorio de Sá"* e *"Op. Tomada p/ou ha Praça"*.

As autorizações para débito de água, carnês, tributos/taxas, luz, telefone, encontram-se às f. 607-10 dos autos, sendo que a primeira delas data de 22 de julho de 1991. Estes são os únicos comprovantes de autorização de débito em conta constantes dos autos.

Assim, considerando a inexistência de outros comprovantes de autorização por parte do autor e diante todo o acima exposto, evidente que somente poderão ser considerados válidos os débitos realizados na conta-corrente do apelante, a partir de 22 de julho de 1991, sendo que qualquer débito anterior, a título de água, luz (Sanesul) ou telefone, deve ser considerado ilegal.

Importa destacar que não é possível se presumir a existência de outras autorizações ou em relação a períodos diversos, como fez o magistrado singular, uma vez que cabia ao banco apelado comprovar a sua ocorrência.

Aliás, diga-se de passagem, tal prova seria de fácil realização – caso existentes as autorizações –, pois bastava que o banco apresentasse um documento contendo a concordância da demandante, por meio da aposição de sua assinatura, o que não o fez.

Entendimento diverso leva à insegurança jurídica, visto que presume existentes documentos que – segundo se infere dos autos – nunca existiram no mundo fático.

Ora, a prova da presunção é contrária ao entendimento do magistrado singular, já que, em se tratando de relação de consumo e, principalmente, considerando a obrigação da instituição financeira de manter em arquivo microfilmagens dos documentos, a ausência de juntada aos autos implica a presunção de inexistência de tais autorizações e, consequentemente, de ilegalidade dos débitos.

Sobre a matéria, trago à colação o aresto abaixo do TJRS:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIO JURÍDICO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. Extinção do feito sem resolução do mérito em razão da ausência do contrato. Tratando-se de relação de consumo e uma vez realizada a prova mínima da existência do direito alegado pelo autor, cabível a inversão do ônus da prova para determinar que a instituição financeira exiba os contratos objeto da ação revisional. Em não havendo exibição, deve ser aplicada a sanção de presunção de veracidade dos fatos que, por meio dos documentos, a parte autora pretendia provar, a teor do disposto no art. 359, CPC. Não há falar, portanto, em extinção do feito. Causa pronta para julgamento. Aplicação do disposto no art. 515, § 3º, do CPC. Art. 359 do CPC. Aplicabilidade. Contratos não exibidos pela parte ré. Capitalização mensal. Vedação. Contrato não trazido aos autos. Impossibilidade de verificar a expressa pactuação, nos termos dos artigos 46 e 54, § 3º, CDC. Compensação e repetição de indébito. Pagamento indevido. Devolução de modo simples, sob pena de enriquecimento injustificado do credor. Inscrição em cadastros de inadimplentes. Impossibilidade. Orientação do STJ. Descaracterizada a mora, incabível a inscrição. APELO PROVIDO. (TJRS, AC n. 70036891612, Segunda Câmara Especial Cível, Relª. Desª. Lúcia de Fátima Cerveira, julgado em 27.4.2011).

Ademais, a instituição financeira deve se responsabilizar pela reparação dos danos patrimoniais, decorrentes do lançamento de débitos automáticos na conta do correntista, cuja regularidade não restou comprovada. Trata-se, em síntese, da aplicação da teoria do risco, segundo a qual, eventuais prejuízos devem ser suportados, independentemente de culpa, por quem desenvolve atividade potencialmente geradora de riscos, nos termos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil c.c. o art. 14 do CDC.

Com relação ao argumento da instituição bancária de que *"ninguém desautoriza aquilo que nunca autorizou",* importa destacar que os documentos de f. 611-3 dos autos - Solicitação de exclusão do Siste, a de Débito Automático, das constas da Enersul, Sanesul e Cergrand, respectivamente - datam de 10.2.2005, portanto posterior às autorizações que ocorreram no ano de 1991.

Dito isso, totalmente irrelevante a inversão do ônus da prova com fundamento no art. 6º do CDC, uma vez que, pela distribuição natural do artigo 333 do Código de Processo Civil, já se impõe a procedência da ação com relação aos débitos em conta-corrente.

Dito isso, passo a individualizar os débitos ilegalmente debitados:

O apelante pleiteou o afastamento das *"taxas, tarifas, encargos debitados sem autorização, seguros, água, luz, telefone, etc."* (f. 2.853) por terem ocorrido sem qualquer autorização.

Dos débitos de telefone - Brasil Telecom

Segundo consta às f. 1.560-1, o autor possuía na Brasil Telecom Linha Telefônica n. 67 467-1267, contrato este rescindido em novembro de 2000.

Dessa forma, os débitos ocorridos antes de julho de 1991, ou relativos à linha telefônica diversa, deverão ser considerados ilegais.

Dos débitos de luz - Enersul

Da resposta à notificação judicial efetuada pelo autor à empresa Enersul, constou que *"encontrou em seus arquivos magnéticos, em nome do Requerente, apenas o registro de pagamentos para o CDC – Código de Cliente n. 112837-9, a partir do ano de 1999"* (f. 1.504).

Aliás, somente em 2.6.1997 foi celebrado entre a Enersul e o Banco Bradesco S.A. o *"contrato de prestação de serviços de cobrança de notas fiscais de energia elétrica e outros débitos dos clientes"* (f. 1.531), motivo pelo qual nem sequer poderia ter havido débitos anteriores a esta data.

Assim, qualquer débito realizado na conta-corrente do apelante, anterior a 1999 ou relativa a Código de Cliente diverso do informado (112837-9), tendo como favorecida a Enersul, por ausência de provas da autorização do autor, deve ser tida como ilegal.

Dos débitos de Luz - Cergrand

Com relação ao débito de valores da Cergrand, o próprio representante da empresa informou que o autor somente autorizou débito em conta em 13.7.1998, fato este comprovado pelos documentos de f. 653 e 1.453-62 dos autos.

Dessa forma, inexistindo nos autos qualquer documento dando conta de que tal tenha ocorrido anteriormente, são absolutamente ilegais todos os débitos ocorridos na conta-corrente do autor, a título de energia elétrica em favor da Cergrand anteriores a 13.7.1998.

Dos débitos de água - Sanesul

A Sanesul respondeu à notificação judicial realizada pelo autor, de onde se extrai que somente em 25.3.1996 houve opção pelo débito em conta (f. 1.418).

Conforme explicação extraída do documento, *"a autorização é dada diretamente pelo cliente junto às agências bancárias, onde, o processo de inclusão e/ou exclusão, é uma relação entre "Cliente e Agência Bancária".*

Diante dessa informação, evidente que apenas a partir de março de 1996, a Sanesul passou a receber mediante débito em conta do autor, devendo ser considerado ilegal qualquer débito anterior.

Vale consignar que, embora o imóvel sito na Rua Tenente Antonio João, 1420, na cidade de Fátima do Sul, seja abastecido por ligação de água desde o ano de 1980, em nenhum momento a Sanesul fez referência ao fato de tal ligação ter vinculação com o autor da presente demanda.

Ora, a inscrição e matrícula referem-se ao imóvel, e não ao consumidor. Ademais, constata-se às f. 1.416, que somente em março de 1992 o cadastro do bem passou a ser no nome da esposa do autor, erroneamente inscrito como Valdevino de Oliveira, em vez de Valdevina.

Assim sendo, antes de 1992, não há qualquer indício de que o autor residisse em tal imóvel.

Ademais, há prova suficiente nos autos de que o autor residia com sua esposa na Linha Barreirão, onde, segundo afirmou o representante da Empresa de Saneamento – Sanesul –, em seu depoimento de f. 2.665, *"nem hoje, nem nunca houve fornecimento de água pela rede da Sanesul na zona rural do Barreirão, nem de esgoto"*.

Destarte, somente poderão ser considerados válidos os débitos referentes à água – Sanesul –, ocorridos na conta-corrente do autor a partir de 25.3.1996.

Dos débitos de gás

Inexiste nos autos qualquer indício de que o autor tenha autorizado o débito de contas de gás em sua conta-corrente, razão pela qual qualquer valor descontado a este título deve ser desconsiderado, visto que manifestamente ilegal.

Das transferências entre contas

Como elucidado dantes, houve, em 22.7.1988, expressa autorização para realização *"em caráter permanente"* de *"transferência de saldo entre as contas Natalino Pedon e Antonio Gregorio de Sá"* e *"Op. Tomada p/ou ha Praça"* (f. 605-6).

Tais autorizações foram posteriormente ratificadas, conforme se vê do documento de f. 607, datado de 22.7.1991, onde constou expressamente *"aut. a transf. da c/c/acima p/c/c/19.947-8/Antonio Gregorio de Souza"* e de f. 610, de 1.12.1995, *"Transferência para c/c 19.947-8"*.

Dessa forma, não houve qualquer ilegalidade nas transferências de valores ocorridas entre essas contas, visto que devidamente autorizadas pelo correntista.

Entremente, transferências de valores, que não para a Conta-corrente n. 19.947-8, somente poderão ser consideradas válidas se acompanhadas de autorização ou recibo assinado pelo correntista.

Dos recibos de retirada de valores

O autor reconhece como legais os recibos mencionados na planilha de f. 2.538-93 (f. 2.949).

Quanto aos demais, somente são considerados lícitos os saques realizados na *"boca do caixa"*, onde consta a assinatura do autor, devendo os demais ser considerados ilegais.

Com relação aos recibos de retirada que não foram anexados aos autos, deverão ser considerados como sem autorização do correntista, portanto ilícitos. Dentre outros, inclui-se: *"recibos de retiradas: 765850, 13.4.2000, $ 1.500,00; 765931, 3.5.2000, $ 437,15; 929283, 12.6.2000, $ 5.000,00; 929375, 30.6.2000, $*

513,50; 111654, 20.4.1995, $ 48,00; 236984, 4.3.1987, $ 10.000,00; 633335, 1.4.1987, $ 4.000,00; 090877, 11.11.1986, $ 5.000,00; 540141, 18.3.1985, $ 200.000,00; 349664, 24.5.1985, $ 200.000,00; e 539682, 17.9.1985, $ 12.000.000,00." (f. 2.782)

Importa consignar que, com relação aos tópicos analisados na sentença como *"cheques emitidos pelo correntista"*, "*cheques de terceirosa depositados e devolvidos sem fundos*" (f. 2.950) além da incidência de *"IOF, IPMF e CPMF"*, deixo de analisar por não terem sido devolvidas a este Sodalício quando do apelo. Pelo contrário, em suas razões o autor expressamente consignou que não se insurgia de tais encargos, motivo pelo qual não deveriam sequer ter sido objeto de análise em primeiro grau.

Destaco, porém, que a cobrança de tais encargos são devidamente autorizados por Lei, devendo ser consideradas as taxas legais, quando da liquidação de sentença.

Dos débitos de *"carnês e assemelhados" "título de sua responsabilidade",* cartão de crédito e respectiva tarifa (f. 2.950)

Ausente nos autos qualquer comprovante de que o autor possuísse cartão de crédito no banco apelante, razão pela qual todos os débitos realizados a este título (*"cart.Créd.Brad.Nacional", "Bradesco Visa Anuidade"*) e tarifas a eles vinculadas, deverão ser considerados ilegais.

De igual forma, o apelado não logrou demonstrar que os débitos a título de *"carnês e assemelhados" e "título de sua responsabilidade"* foram autorizados ou realizados pelo correntista.

Ora, quando o correntista realiza ao pagamento de qualquer *"carnê"*, boleto ou documento do gênero, a instituição financeira fica com uma via autenticada do documento, onde consta o *"nome do sacado"* ou informação semelhante, valor, data de vencimento, enfim, informações acerca do título que está sendo pago.

Quando tal pagamento ocorre através dos terminais de autoatendimento, há liberação de comprovante de pagamento, ficando registradas todas as informações pertinentes ao título armazenadas no banco de dados da instituição.

Dessa forma, independentemente do meio utilizado para pagamento, o banco possui condições de informar com precisão a que se referiam tais *"carnês e assemelhados"* e *"títulos de sua responsabilidade"*.

Deixando de anexar aos autos comprovantes da efetiva utilização do serviço pelo correntista, tais lançamentos devem ser considerados indevidos.

Da cédula de crédito rural

Segundo afirma o apelante, pagou juros decorrentes do empréstimo – Cédula Rural Pignoratícia n. 94/00017-1 – antes mesmo de o valor ter sido creditado em sua conta-corrente, o que somente ocorreu dias após a sua contratação.

Segundo se infere dos autos e é confirmado pelo autor (f. 2.951), a Cédula Rural Pignoratícia foi assinada em 23 de setembro de 1994 (sexta-feira), tendo o crédito sido disponibilizado ao consumidor em 4 de setembro de 1994 (terça-feira), ou seja, 11 dias depois.

Entretanto, é cediço que a instituição financeira necessita de alguns dias para processar o financiamento e, assim, disponibilizar os valores ao consumidor.

Mesmo nos dias atuais, os valores obtidos a título de empréstimos e financiamento, raramente são debitados no mesmo dia em que contratados.

Dessa forma, não vejo nenhuma ilegalidade na demora de 11 dias para liberação da quantia financiada, valendo ainda consignar que a assinatura se deu numa sexta-feira, razão pela qual a instituição financeira utilizou-se apenas de 6 dias úteis para disponibilização dos valores.

Da repetição de indébito

O consumidor possui o direito de ser ressarcido pelos valores indevidamente pagos à instituição financeira, devendo tal *quantum* ser encontrado em liquidação de sentença, a fim de que seja evitado o vedado enriquecimento ilícito desta última.

Fica desde já determinado que o banco apelado deverá colacionar aos autos os extratos das seguintes datas: *"a) de 11 a 31 de março de 1987; b) de 1 a 6 de junho de 1988; c) de 8 a 13 de junho de 1993; d) de 7 a 11 de julho de 1993; e) de 5 a 18 de julho de 2002",* sob pena de serem considerados os valores apontados pelo autor na exordial.

Comprovado que o banco apelado debitou na conta-corrente do autor, diversos valores que não haviam sido autorizados, evidenciada a sua má-fé, exsurgindo o dever de devolver-lhe tais quantias em dobro e devidamente corrigidas, inclusive no que tange à CPMF que tenha incidido sobre tais importâncias, resguardando o prazo prescricional apontado na sentença 24.2.1985 (f. 2.775).

Para que não restem dúvidas acerca da má-fé da instituição financeira, transcrevo trecho do depoimento pessoal do ex-gerente de contas do banco apelado, que afirmou que os débitos realizados em contas de correntistas tinham por objetivo reduzir as despesas da própria agência. Vejamos:

> O Banco Bradesco, na minha época, creditava a conta de despesa telefônica, conta "n. 5/21-1002-1 reembolso de despesas telefônicas", e debitava alguns clientes constantes na lista de devedores que haviam excedido o limite de cheque especial ou de liberação de cheques, à escolha do gerente. Eu era um dos sub-gerentes e também cumpria as ordens superiores, fazendo esses débitos nas contas de alguns clientes, inclusive na conta de Osvaldo Silvestre de Souza. Recebemos essa ordem da direção do Bradesco, que reclamava que a conta era alta, que alguém tinha que pagar por ela, e que se debitasse nas contas dos clientes. Osvaldo e muitos outros clientes reclamavam dos débitos em contas, sempre verbalmente, e nós dávamos alguma desculpa para eles. (f. 2663 - destaquei)

Sobre a matéria, colhe-se julgado do STJ:

> Processo civil. Agravo no agravo de instrumento. Revisão. Contrato de abertura de crédito. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Comissão de Permanência. Repetição do indébito em dobro. Inaplicável. Juros remuneratórios. Ausência de argumentos capazes de ilidir a decisão agravada.
>
> - Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada.
>
> - A devolução em dobro depende da prova da má-fé do credor. Agravo não provido. (STJ, AgRg no Ag n. 881884/RS, 2007/0065491-5, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 9.8.2007, DJ de 27.8.2007, p. 238).

Acerca da restituição em dobro, colhe-se do Tribunal de Justiça Gaúcho:

> EMENTA**:** EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EM BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA DO INSS. OPERAÇÃO NÃO CONTRATADA PELO AUTOR. PARCO CONJUNTO PROBATÓRIO. DOCUMENTO JUNTADO PELO BANCO DEMANDADO QUE NÃO COMPROVA A CONTRATAÇÃO, TAMPOUCO O EFETIVO

> RECEBIMENTO DO EMPRÉSTIMO PELO AUTOR. INDÍCIOS DE FRAUDE. PREJUÍZOS QUE DEVEM SER SUPORTADOS PELO RÉU. RISCO DA ATIVIDADE. DESCONTOS INDEVIDOS. RESTITUIÇÃO EM DOBRO. DANO MORAL CONFIGURADO. VERBA INDENIZATÓRIA REDUZIDA. Instituição financeira ré não se desincumbiu do ônus que lhe competia, qual seja, comprovar a contratação dos empréstimos pela parte autora. Ausência de provas nos autos. Cópia de comprovante de operação (f. 47) que não foi firmado pelo autor. Indícios de fraude bem delineados. Ainda que o réu tenha tomado as cautelas necessárias, no momento da contratação, a fim de certificar-se sobre quem estava contratando e a documentação pessoal respectiva, fato é que a conferência não foi eficaz, haja vista a fraude perpetrada. Prejuízos advindos das operações irregulares que devem ser suportados pelos bancos réus. Risco da atividade que deve ser absorvido por quem aufere as vantagens do negócio. Dever de restituir os valores indevidamente descontados do benefício previdenciário do autor, na forma dobrada, consoante o disposto no art. 42, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90. Danos morais caracterizados, os quais independem de prova. Afinal, viola a segurança patrimonial do consumidor a falha do serviço de que resulta desconto mensal indevido no benefício previdenciário, em decorrência de empréstimo consignado não contratado, comprometendo porção do rendimento e desequilibrando a já frágil equação financeira do lesado. Quantum indenizatório reduzido para R$ 2.000,00, a fim de adequar-se ao parâmetro adotado por esta Turma, em casos análogos. Sentença que resta mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 46 da Lei n. 9.099/95, exceto quanto ao valor da indenização. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (AC n. 71002813509, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Rel. Heleno Tregnago Saraiva, julgado em 12.5.2011).

Assim, é justo que ocorra a repetição ou a compensação do que foi pago indevidamente pelo consumidor, em dobro, diante da evidente má-fé da instituição financeira devidamente comprovada nos autos.

Superada essa questão, passo à análise do pleito revisional.

Dos juros remuneratórios

Segundo se viu do relatório, o apelante insurge-se quanto aos juros remuneratórios em razão da ausência de juntada do contrato, a fim de verificar se os cobrados foram, de fato, os contratados.

Pois bem. Consoante se extrai do REsp n. 1061530/RS que examinou a matéria em questão, a revisão da taxa de juros deve ser admitida em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante a peculiaridade do julgamento em concreto.

A situação fática exposta nos autos caracteriza-se como relação de consumo, portanto está sujeita às regras do Código de Defesa do Consumidor, cabendo assim, a análise da abusividade da taxa contratada a autorizar a revisão do contrato, a teor do que prevê expressamente o referido *codex*.

Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, consideram-se abusivas as taxas contratadas que excedam à taxa média de mercado, conforme se infere:

> RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. DISPOSIÇÕES ANALISADAS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO AFASTADA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LICITUDE DA COBRANÇA. CUMULAÇÃO VEDADA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. PACTUAÇÃO EXPRESSA. NECESSIDADE. 1. Não cabe ao Tribunal de origem revisar de ofício cláusulas contratuais tidas por abusivas em face do Código de Defesa do Consumidor. 2. A alteração da taxa de juros remuneratórios pactuada em mútuo

> bancário depende da demonstração cabal de sua abusividade em relação à taxa média do mercado. [...] (AgRg no REsp n. 995990/RS, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 18.12.2008, DJ de 2.2.2009 - destacado).

Necessita, assim, analisar a cláusula contratual que estipula os juros remuneratórios para mensurar se foram ou não convencionados de forma exorbitante. Para isso, utilizo dos índices constantes na Planilha de taxas de juros de operações ativas fornecida pelo Banco Central do Brasil1, onde consta a taxa média de mercado para os juros remuneratórios prefixados em várias modalidades de crédito tanto para pessoa jurídica quanto para a física, isso mês a mês desde o ano de 1999 até a presente data.

Saliento que aquele percentual anual que ultrapassar o limite dos juros prefixados, ali previstos, deverão ser decotados, pois serão considerados excessivos perante a taxa média de mercado à época da celebração do contrato.

In casu, não há cópia do contrato formalizado entre as partes litigantes, mas tão somente os aditivos de f. 603-4, onde, porém, não foi preenchido o campo *"data"*; entretanto, o autor declinou na exordial que é correntista do apelado desde o ano de 1965 (Agência 0203 – conta-corrente 1.965-8), sem que as partes tenham dela se insurgido.

Entretanto, o magistrado singular reconheceu a ocorrência de prescrição de todos os valores anteriores a 24.2.1985, data esta que será, portanto, considerada termo *a quo* de incidência da revisional.

Em que pese tal data seja anterior ao início do tabulamento de dados pelo Banco Central, perfeitamente possível se limitar os juros remuneratórios a incidirem no contrato, uma vez que, desde o início de seus trabalhos até a presente data, os índices constantes da planilha divulgada pelo Banco Central do Brasil registraram valor médio de juros para a pessoa física, na modalidade "cheque especial" em 154,48%, percentual que considero o teto a ser aplicado à relação contratual.

Assim sendo, os juros remuneratórios não poderão ser superiores a 154,48% ao ano, no período de revisão do contrato (a partir de 24.2.1985), devendo ser decotado a parte excedente desse percentual, motivo pelo qual o recurso merece parcial provimento, para limitar os juros remuneratórios naquele percentual.

Da capitalização de juros

Em contratos bancários, a capitalização mensal de juros se faz presente sob a forma de *numerus clausus*, ou seja, apenas com permissivo legal específico, notadamente na concessão de créditos rurais, créditos industriais e comerciais. Excetuadas tais hipóteses, resta a regra geral presente na Súmula n. 121 do pretório excelso: *"É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.*"

Dessa forma, indiscutível o entendimento sumular acima referenciado, em que é vedada a capitalização dos juros remuneratórios, seja mensal, seja semestral, em contratos de financiamento com garantia de alienação fiduciária, ressalvando os casos excepcionais previstos em lei, *ex vi* do artigo 4º da Lei de Usura c.c. a Súmula n. 93 do STJ, que admitem a capitalização de juros em relação às cédulas de crédito rural, comercial e industrial, o que não se aplica ao caso em tela.

Ademais, é mister registrar, neste caso, que não há cogitar de eventual inaplicabilidade da Lei de Usura à capitalização dos juros em virtude da Súmula 596 do STF, visto que tal dispositivo faz referência apenas à inaplicabilidade do regramento inserto no Decreto n. 22.626/33 na taxação de juros e outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, integrantes o sistema financeiro nacional.

Nesse compasso, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo. Recurso especial. Contrato bancário. Código de Defesa do Consumidor. Capitalização mensal. [...][1] . A capitalização dos juros, nos termos da jurisprudência da Corte, em hipóteses como a presente, não pode ter periodicidade inferior à anual. [...] (STJ, AgRg no REsp 697560/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes, DJ de 7.11.2005).

Ainda, com a finalidade de evitar prejuízos irreparáveis aos consumidores, entendo ser incomportável também a aplicação da Medida Provisória n. 2.170-36, publicada no DOU em 24.8.2001, que reeditou as Medidas Provisórias n. 1.782, 1.907, 1.963 e 2.087, ainda vigente, a teor do contido no artigo 2º da EC n. 32/01, que, em seu texto normativo, artigo 5º, permite, nas operações realizadas pelas instituições financeiras, a capitalização em periodicidade inferior à anual.

Isto porque o eminente relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.316-DF, Ministro Sidney Sanches, prolatou voto deferindo a suspensão cautelar da eficácia do artigo 5º, *caput* e parágrafo único, da Medida Provisória n. 2.170-36, de 23.8.2001, por aparente falta do requisito de urgência e pela ocorrência do *periculum in mora* inverso, mesmo que o julgamento ainda não tenha sido encerrado.

Nesse compasso, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Ainda que expressamente pactuada, é vedada a capitalização mensal dos juros, somente admitida nos casos previstos em lei. Incidência do art. 4º do Decreto n. 22.626/33 e da Súmula n. 121STF. (STJ, AgRg no REsp n. 718372/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 30.5.2005).

De igual modo, este Julgador Coletivo vem decidindo que:

> APELAÇÃO CÍVEL – REVISIONAL – INTERESSE PROCESSUAL NA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO PROCESSUAL EM QUE SE PEDE A REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ACOLHIDA – LIMITAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS A 12% (DOZE POR CENTO) AO ANO – UTILIZAÇÃO DE ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA DO IGPM – ACOLHIDA – UTILIZAÇÃO DA CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS – ACOLHIDA – REPETIÇÃO DE INDÉBITO DOS VALORES PAGOS A MAIOR – ACOLHIDA – RECURSO PROVIDO – [...]. Nos contratos de mútuo firmados com instituições financeiras, ainda que expressamente acordada, é vedada a capitalização mensal e semestral dos juros remuneratórios, somente admitida nos casos previstos em Lei. [...]. (TJMS, AC n. 2006.015823-7, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 4.12.2006).

Ademais, permitir a capitalização mensal seria possibilitar o aumento da taxa dos juros efetivos para além do próprio percentual anual que está sendo aqui proposto como apta a remunerar adequadamente, e sem prejuízo, o capital emprestado.

Assim, não é possível a capitalização mensal dos juros remuneratórios, por falta de amparo legal, sendo permitida, tão somente, a capitalização anual, por precedentes do STJ e desta Corte.

Dos encargos moratórios e correção monetária

Conforme se infere do aditivo de f. 603-4, em caso de mora, incidirão *"juros à taxa praticada no mercado"*. Dos extratos anexados aos autos, verifica-se que houve a incidência de *"pendência em mora"*.

1 Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?TXCREDMES>

Portanto, não obstante não estar especificado no contrato celebrado, qual seria, de fato, o encargo moratório incidente, por evidente que, diante da cobrança específica de mora, tal deve ser considerado como *"juros moratórios"*.

Destarte, qualquer outro encargo moratório incidente no período – tal como comissão de permanência ou multa moratória –, deverá ser excluído diante da ausência de previsão contratual para a sua cobrança.

Aliás, acerca da comissão de permanência, esta Turma entende ser ilegal a sua incidência, determinando a sua substituição pelo IGPM. Entrementes, por mais que se considerasse possível a sua cobrança limitada à taxa de mercado, como tem sido o entendimento de outros Julgadores, somente é possível quando expressamente prevista no contrato – o que não ocorre no caso em tela – e desde que não seja cumulada com correção monetária, juros remuneratórios, juros moratórios ou multa contratual, porquanto tais encargos têm o mesmo objeto. Corroborando esse entendimento, o STJ sumulou a questão (Súmula n. 30, 294 e 296).

Nesse sentido:

> [...] Percebe-se, enfim, que a comissão acaba sendo possível de ser exigida em caso de inadimplemento, mas de forma não cumulada a qualquer outro encargo (multa e juros moratórios, juros remuneratórios e correção monetária), ou seja, diante da insatisfação das obrigações contratuais, as referidas rubricas deixam de incidir para em seu lugar passar a ser cobrada exclusivamente a comissão de permanência.
>
> Ocorre que, no caso dos autos, veja-se comprovantes juntados às f. 25-6, houve a cobrança da mora quando do atraso do pagamento, e portanto, inobstante não estar especificado no contrato celebrado a cobrança de encargos moratórios, tenho que a comissão de permanência deve ser afastada. [...]. (TJMS, AC n. 2011.008809-1, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, julgado em 14.4.2011).
>
> [...] 4. Comissão de permanência: é permitida a cobrança de comissão de permanência a partir da configuração da mora, às taxas médias de mercado, limitadas à taxa do contrato, desde que não cumulada com correção monetária, juros de mora, multa ou com juros remuneratórios. Além disso, deve haver previsão contratual para que tal encargo seja incidente, o que inocorre no caso concreto. Encargo afastado.[...] (TJRS, AC n. 70029467321, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, julgado em 19.5.2011).

Vale lembrar que o artigo 31 do CDC determina que a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras e precisas sobre a composição de preços, o que somente ocorrerá no caso em tela com a incidência exclusiva dos juros de mora durante o período de inadimplência do contrato.

Quanto à taxa de juros moratórios, deve ficar limitada a 6% ao ano e, a partir da vigência do atual Código Civil (11.1.2003), passa a incidir a taxa de 1% ao mês, nos termos do artigo 406 do referido diploma legal.

Para fins de atualização do montante da dívida, deve incidir correção monetária, utilizando-se como indexador, até 1.7.1989, o INPC/IBGE e, a partir dessa data, o IGPM/FGV.

Demais taxas/tarifas

O apelante questionou ainda as seguintes operações que não foram analisados neste acórdão: *"aviso de lançamento", "carteira de pagamento", "Taxa de operação de desconto reembolso de serviço prestado", "encargos e tarifas de cheque especial", "tarifa fácil" e "tarifa de excesso de limite"* (f. 2.950)

Pois bem. Segundo se infere dos aditivos de f. 603-4 dos autos, houve a contratação dos seguintes encargos:

> E) é facultado ao Banco, a cobrança de tarifas regulamentadas pelo Banco central, das contas correntes e poupança, sobre: 1) manutenção de conta corrente inativa por mais de 180 dias, e conta de poupança com saldo igual ou inferior a 1UPF [...]; 2) fornecimento de tarifários de cheques; 3) fornecimento de segunda via de extrato; 4) extrato emitido através dos terminais eletrônicos instalados nas Agências e por fax; 5) cartão magnético na emissão e manutenção anual, e ainda, pela emissão de segunda via, nos casos em que não ficar evidenciado que tenha algum problema técnico originado pelo próprio sistema ou desgaste do material pelo uso; 6) fornecimento de Cheque Ordem de Pagamento; 7) cheque desenvolvido na compensação e no caixa; 8) Ordem de Pagamento, exceto se executada entre Agências da mesma praça ou de praças diferentes através de malote; 9) DOC modelo "C"; 10) Recibo de Retirada; 11) registro de manutenção (semestral), de Sustentação/Revogação e Cheque(s); 12) exclusão do Cadastros de Emitente de Cheque sem Fundos CCF.

De início, importa esclarecer ao autor que a expressão *"aviso de lançamentos"* refere-se à existência de valores a serem debitados em sua conta-corrente, sendo certo que posteriormente aparecem devidamente identificados nos extratos. Por sua vez, os *"encargos de cheque especial"* são justamente os juros remuneratórios incidentes no contrato e sua forma de capitalização, que já foram devidamente analisados.

Segundo entendimento consolidado no STJ, a cobrança de tarifas como *"Carteira de pagamento"*, *"Taxa de operação de desconto reembolso de serviço prestado", "tarifa fácil"*, *"tarifa de excesso de limite"* e *"tarifa de cheque especial"* são permitidos, já que a Resolução CMN 3.518 e Circular n. 3.371, alterada pela Circular 3.466 e a Resolução n. 2.303/96, autorizam a cobrança de tarifas.

Então, havendo a contratação e a previsão da cobrança de tais tarifas, há de ser mantida a exigibilidade, salvo cabal prova de abusividade em relação à taxa média do mercado e comprovação do desequilíbrio contratual (AgRg no REsp n. 1.003.911/RS).

Porém, como visto, para que sejam cobrados do consumidor, deve restar devidamente comprovada a sua contratação, o que não ocorre no caso dos autos, onde os documentos colacionados pelas partes não demonstram a ocorrência de tal contratação.

Há de se destacar, ainda, que, segundo entendimento pacífico desta Turma, é abusiva a cobrança de taxas/tarifas na simples concessão do crédito, porque têm como causa de sua incidência a simples concessão do crédito, não representando a prestação de um serviço ao cliente, pois, se o mutuante se socorre de meios para atenuar os riscos de sua atividade, deve arcar com os custos.

Por isso, as cláusulas que estabelecem a cobrança das referidas taxas/tarifas contraria o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, de consequência, nulas de pleno direito.

Neste sentido:

> Adoto o atual posicionamento da e. Segunda Seção, que considera que a cobrança do crédito com acréscimos indevidos, como por exemplo, as tarifas de emissão de carnê, de abertura de crédito e a "bancária", por exclusiva iniciativa do credor, não tem o condão de constituir o devedor em mora, porque dificultado o pagamento, causando a impontualidade da qual ainda se beneficiaria com a aplicação da cláusula penal (REsp n. 163.884/RS). Acresçam-se, no particular, o AgR em REsp n. 423.266/RS, o REsp n. 231.319/RS, e o AgR-Ag n. 334.371/RS.

Assim sendo, a cobrança de tais encargos mostra-se totalmente abusiva no caso em apreço.

Da repetição de indébito

Se após a pertinente compensação, for apurada a existência de crédito em favor da parte autora, viável a repetição de indébito, porém na forma simples (em relação ao pleito revisional). Isso porque ausente má-fé da parte ré na cobrança efetivada, a qual se deu com base no contratado e antes do crivo judicial.

Sobre a matéria, colhe-se julgado do STJ:

> Processo civil. Agravo no agravo de instrumento. Revisão. Contrato de abertura de crédito. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Comissão de Permanência. Repetição do indébito em dobro. Inaplicável. Juros remuneratórios. Ausência de argumentos capazes de ilidir a decisão agravada.
>
> - Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada.
>
> - A devolução em dobro depende da prova da má-fé do credor. Agravo não provido. (STJ, AgRg no Ag n. 881884/RS, 2007/0065491-5, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 9.8.2007, DJ de 27.8.2007, p. 238).

Assim, é justo que ocorra a repetição ou a compensação do que foi pago indevidamente pelo consumidor – referente ao pleito revisional –, de forma simples.

Dos danos morais

No caso em tela, o dano moral se verifica independentemente de prova de sua ocorrência.

A toda evidência, as cobranças irregulares efetivadas na conta-corrente do autor, somadas ao investimento de tempo para equacionar o impasse instaurado, traduzido em tentativas inexitosas de contato com o Banco, geraram no apelante sentimentos de transtorno, constrangimento e embaraço, permitindo a subsunção à hipótese do dano moral.

In casu, provados não apenas os débitos e descontos indevidos em conta-corrente do autor, mas, principalmente, a má-fé da instituição financeira, conforme se viu do depoimento de seu ex-gerente.

Não há falar em mero dissabor do autor tampouco em inexistência de repercussão maior, uma vez que há provas suficientes nos autos de que o apelante foi lesado financeiramente pela instituição em que confiava a administração do seu patrimônio. Mais, quando questionou acerca das ilicitudes cometidas, foi enganado pelos seus representantes.

Ora, o descaso para com o correntista e as constantes desculpas enganosas dadas ao autor, per si só, levam à presunção do constrangimento suportado pela vítima, ora apelante. Ainda mais em se tratando de pessoa humilde (trabalhador rural) que, em busca de informações acerca de débitos desconhecidos, foi durante anos ludibriado pela instituição financeira.

Diante desses fatos, o dano moral sofrido é consequência lógica.

O Tribunal de Justiça Gaúcho, analisando caso semelhante, assim decidiu:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. LANÇAMENTO DE DÉBITO AUTOMÁTICO EM CONTA CORRENTE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA CORRENTISTA. IRREGULARIDADE DOS DESCONTOS. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. 1. Tratando-se de relação de consumo (Súmula n. 297 do STJ), e verificada a hipossuficiência do demandante frente

> à instituição bancária, viável a inversão do ônus da prova. 2. Assim, não estando o banco autorizado pela correntista a proceder a lançamentos na sua conta corrente, revela-se inequivocadamente abusiva a cobrança da internet Terra por meio de débito automático. Dano material reconhecido. No caso, em tendo sido debitado pelo provedor Terra o valor cobrado indevidamente, cabe ao banco arcar com os encargos moratórios que fez incidir sobre o saldo negativo. 3. Dano moral reconhecido em face das inúmeras tentativas inexitosas empreendidas pela autora junto ao banco a fim de solucionar o problema, as quais lhe geraram transtorno, constrangimento e embaraço, permitindo a subsunção à hipótese do dano moral. 4. Na fixação do montante indenizatório por gravames morais, deve-se buscar atender à duplicidade de fins a que a indenização se presta, atentando para a condição econômica da vítima, bem como para a capacidade do agente causador do dano, amoldando-se a condenação de modo que as finalidades de reparar o ofendido e punir o infrator sejam atingidas. Condenação que vai fixada em R$ 2.500,00, atendendo-se ao pedido inicial, que bem se adequa ao caso concreto. Apelação parcialmente provida. (TJRS, AC n. 70030331094, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, julgado em 14.4.2011).

No que tange à fixação do montante indenizatório por gravames morais, deve-se buscar atender à duplicidade de fins a que a indenização se presta, atentando para a condição econômica da vítima, bem como para a capacidade do agente causador do dano, amoldando-se à condenação, de modo que os anseios de reparar o ofendido e punir o infrator encontrem resposta.

Assinalo que o valor do ressarcimento deve guardar proporção com a extensão do dano e coerência com casos de maior e menor gravidade examinados por esta Corte de Justiça.

Nesse passo, condeno o apelado ao pagamento de danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), montante que observa a singularidade do caso concreto e a equação função pedagógica x enriquecimento injustificado, confiada à condenação por revés moral.

O valor da indenização moral deverá ser corrigido monetariamente pelo IGPM, a partir dessa data, consoante enunciado da Súmula n. 362 do STJ, e acrescido de juros de mora, contados desde a citação, nos termos do art. 219 do CPC.

Da sucumbência

Em face do desenlace da ação, imperiosa a inversão dos ônus da sucumbência, os quais deverão ser arcados integralmente pelo banco apelado, uma vez que o autor decaiu de parte mínima do seu pedido.

Atento ao valor econômico obtido pela parte autora e ao trabalho desenvolvido pelos causídicos, fixo os honorários devidos aos advogados do apelante em 10% do valor da condenação a ser apurado em liquidação de sentença.

Por fim, no que se refere aos artigos invocados pelas partes, dou-os por prequestionados, com a finalidade de evitar eventual oposição de embargos declaratórios tão somente para este fim.

DISPOSITIVO:

Ex positis, rejeito as preliminares de intempestividade do recurso, cerceamento de defesa e ausência de fundamentação da sentença e, no mérito, dou provimento parcial ao apelo, para:

(a) declarar a ilegalidade, determinando a devolução em dobro dos valores, relativos a:

I - débitos de telefone (Brasil Telecom) efetuados anteriormente a julho de 1991; Luz (Enersul), anteriormente ao ano de 1999; Luz (Cergrand), período anterior a 13.7.1998; água (Sanesul), antes de 25.3.1996; e gás de qualquer período;

II - transferências de valores realizadas para conta diversa da de n. 19.947-8, salvo se acompanhados de autorização ou recibo assinado pelo correntista.

III - recibos de retirada que não foram anexados aos autos, bem como daqueles anexados em que não conste a assinatura do correntista;

IV – taxas/tarifas de *"carnês e assemelhados", "título de sua responsabilidade", "tarifa de cheque especial", "tarifa de excesso de limite", "tarifa fácil", "carteira de pagamento", "taxa de operação de desconto", "cart.Créd.Brad.Nacional", "Bradesco Visa Anuidade"*.

(b) limitar os juros remuneratórios a incidirem no contrato, a partir de 24.2.1985, em 154,48% ao ano; os juros moratórios a 6% ao ano até a entrada em vigor do atual Código Civil (11.1.2003), quando passa a incidir a taxa de 1% ao mês; autorizar a capitalização anual de juros; correção monetária pelo INPC/IBGE até 1.7.1989, e a partir dessa data pelo IGPM/FGV; caso apurado saldo em favor do correntista, deverá ser devolvido de forma simples;

(c) condenar a instituição financeira apelada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), corrigido monetariamente pelo IGPM, a partir dessa data e acrescido de juros de mora, contados desde a citação;

(d) invertidos os ônus da sucumbência, que deverão ser integralmente suportados pelo apelado, incluindo os honorários advocatícios a serem pagos aos patronos dos autos, fixados em 10% do valor da condenação a ser apurado em liquidação de sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Marco André Nogueira Hanson e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 21 de junho de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.016969-0 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – AVAL PRESTADO PELO MARIDO – MEAÇÃO DA ESPOSA – ÔNUS DA PROVA DA EMBARGANTE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Nos embargos de terceiro opostos pela mulher do executado, em defesa de sua meação, cabe a ela comprovar, de modo inequívoco, que a dívida contraída por seu marido não reverteu em benefício da entidade familiar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de agosto de 2011.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de Apelação Cível interposta por Maria dos Santos Tezeli contra a decisão proferida pelo juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos Embargos de Terceiro interposto em desfavor do Espólio de João Alberto Martins do Amaral Júnior, julgou improcedente o pedido contido na inicial, mantendo incólume a constrição levada a efeito no auto de penhora de f. 119.

Recorre da decisão que manteve a penhora sobre os direitos dos imóveis descritos no presente feito – quatro salas do Edifício Centro Comercial Campo Grande oferecidas pelo próprio executado, cônjuge da apelante –, uma vez que não há nos autos provas de que a dívida exequenda não foi contraída em benefício da família, em consequência, não foi reconhecida a reserva de sua meação.

Sustenta que não está contestando a execução em si, mas tão somente a penhora, que atingiu a meação da apelante, pois sendo o título de emissão de seu marido conjuntamente com o Sr. Manoel dos Santos Morgado, a dívida não poderia ter beneficiado integralmente o casal, sendo que inexiste prova robusta pelo embargado, pois não houve inversão do ônus da prova.

Pugna pela desconstituição de sua meação referente aos bens imóveis penhorados na execução ajuizada contra seu marido, visto que a nota promissória, objeto da execução, é capaz de demonstrar que a dívida contraída não se deu em benefício familiar, bem como é suficiente para que seja invertido o ônus da prova do apelado.

Assevera que o direito à meação se exerce em cada um dos imóveis que compõem o patrimônio do casal, de acordo com o que dispõe o STJ.

Requer, *in fine*, o provimento do recurso, a fim de anular a penhora que grava a meação da apelante, nas salas comerciais 501, 502, 507 e 508 do Edifício Centro Comercial Campo Grande, situado na Rua 13 de Maio, 2500, conforme Auto de Penhora e Depósito de 19.6.2002, bem como a inversão dos ônus da sucumbência.

Em contrarrazões, o apelado propugna pela manutenção da decisão de primeiro grau.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Relator)

Trata-se de Apelação Cível interposta por Maria dos Santos Tezeli contra a decisão proferida pelo juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos Embargos de Terceiro interposto em desfavor do Espólio de João Alberto Martins do Amaral Júnior, julgou improcedente o pedido contido na inicial, mantendo incólume a constrição levada a efeito no auto de penhora de f. 119.

Sustenta que não está contestando a execução em si, mas tão somente a penhora, que atingiu a meação da apelante, pois sendo o título de emissão de seu marido conjuntamente com o Sr. Manoel dos Santos Morgado, a dívida não poderia ter beneficiado integralmente o casal, sendo que inexiste prova robusta pelo embargado, pois não houve inversão do ônus da prova.

Pugna pela desconstituição de sua meação referente aos bens imóveis penhorados na execução ajuizada contra seu marido, visto que a nota promissória, objeto da execução, é capaz de demonstrar que a dívida contraída não se deu em benefício familiar, bem como é suficiente para que seja invertido o ônus da prova do apelado.

Assevera que o direito à meação se exerce em cada um dos imóveis que compõem o patrimônio do casal, de acordo com o que dispõe o STJ.

A decisão de primeiro grau restou proferida nos seguintes termos, *in verbis*:

> [...] Posto isso, considerando que a Embargante não se desincumbiu do ônus de comprovar que a dívida objeto da execução não resultou em proveito da entidade familiar, e também porque a existência de outros e diversos bens imóveis não atingidos pelas penhoras proporciona a ressalva de sua meação hipotética no patrimônio comum do casal, JULGO IMPROCEDENTES OS EMBARGOS DE TERCEIRO opostos por MARIA DOS SANTOS TEZELI em face do ESPÓLIO DE JOÃO ALBERTO MARTINS DO AMARAL, e mantenho incólume a constrição levada a efeito no auto de penhora de f. 119 dos autos apensos.
>
> Condeno a Embargante no pagamento das custas do processo e em honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado atribuído à causa, em vista dos critérios do § 3º, do art. 20 do CPC.

Pois bem.

A apelante pretende resguardar sua meação referente à penhora realizada na ação de execução em que seu marido é executado, razão pela qual se insurge da decisão que fundamentou a negativa dos embargos na não comprovação que a dívida da execução não resultou em proveito familiar.

Insta consignar que a responsabilidade da dívida é de quem a assume, entretanto, quando for contraída por um dos cônjuges em benefício familiar, ambos serão responsáveis solidariamente, conforme preceituam os artigos 1.643 e 1644 do Código Civil.

Com relação ao direito patrimonial dos cônjuges, como regra, cabe a embargante, que pretende excluir sua meação da penhora, produzir prova de que a dívida não foi contraída em benefício da família, aplicando-se o disposto no artigo 333, I, do CPC, ou seja, no caso, a meação da mulher casada responde pelas dívidas do marido, salvo se ela provar não ter sido realizada em benefício da família.

In casu, tem-se a presunção de que o débito assumido pelo marido executado ocorreu em benefício do casal, sendo que a esposa não comprovou a exceção, apenas alegou que o ônus da prova é do apelante, razão pela qual deverá suportar que a sua meação seja atingida pela penhora.

Em relação ao argumento da embargante de que a nota promissória exequenda é suficiente para comprovar a ausência de benefício familiar da dívida, tenho que também não há respaldo, pois o referido título não é capaz, por si só, de comprovar a finalidade de tal dívida, e não há nos autos qualquer outra prova com referida capacidade de comprovação.

Por uma análise detida dos autos, percebe-se que não há sequer indícios da motivação da obrigação contraída pelo marido da embargante, mas tão somente a argumentação da recorrente de que "*o montante dos recursos objeto da Nota Promissória exeqüenda se destinou integralmente aos negócios de interesse de ambos os emitentes da cártula, desvinculados de qualquer benefício à embargante e sua família*" (*sic* f. 4), e juntou cópia da nota promissória e do contrato particular de transferência de direitos das salas ora penhoradas.

O apelado juntou, dentre outros documentos, cópia da sentença referente à ação declaratória de nulidade de taxa de juros com alteração de valor de título extrajudicial, onde apenas relata que "*a relação jurídica travada originariamente entre as partes, deu-se através de um contrato de mútuo verbalmente celebrado"* (*sic* f. 90).

Destarte, não resta comprovado nos autos para qual tipo de negócio foi destinado o valor então executado por meio da Nota Promissória, permanecendo a regra da presunção de que a dívida foi contraída em prol da família.

Humberto Theodoro Júnior ensina, *in verbis*:

> 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 e do qual 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. (*in* **Curso de Direito Processual Civil.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 421. v. 1)

Neste sentido é o entendimento dominante do STJ, de acordo com as seguintes ementas:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PROPÓSITO NITIDAMENTE INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. PRODUÇÃO DE PROVA. SUFICIÊNCIA DAS PROVAS DOS AUTOS. MAGISTRADO. DESTINATÁRIO PROVA. MEAÇÃO. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO CÔNJUGE VARÃO. BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA.

> [...] II. A mulher casada responde com sua meação, pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, desde que em benefício da família. - Compete ao cônjuge do executado, para excluir da penhora a meação, provar que a dívida não foi contraída em benefício da família. (AgR em AgR em Ag n. 594.642/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 8.5.2006).
>
> III. *In casu*, o Tribunal estadual entendeu, após apreciar os elementos probatórios, que a agravante não se desincumbiu desse ônus. Incide, portanto, a Súmula n. 7/STJ. (AgRg no Ag n. 1239052/SE, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 17.8.2010, DJ de 6.9.2010).
>
> EXECUÇÃO. PENHORA. MEAÇÃO DA MULHER. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO MARIDO. BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA.
>
> A mulher casada responde com sua meação, pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, desde que em benefício da família.
>
> Compete ao cônjuge do executado, para excluir da penhora a meação, provar que a dívida não foi contraída em benefício da família. (AgRg no AgRg no Ag n. 594.642/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 21.2.2006, DJ de 8.5.2006, p. 197).

Conclui-se que caberia à apelante trazer aos autos prova ou até mesmo indícios quanto à negociação que originou a dívida, ora executada, no sentido de aclarar se a quantia obtida por meio da operação garantida pela nota promissória juntada não foi destinada em proveito da entidade familiar.

Diante da ausência de comprovação do alegado e do não cumprimento do artigo 333, I, do CPC.

Se a apelante não se desincumbiu do ônus que lhe era cabível, ou seja, o de provar os fatos constitutivos do direito alegado, não há desconstituir a penhora na fração meeira.

Ex positis, nego provimento a apelação cível interposta por Maria dos Santos Tezeli.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Marco André Nogueira Hanson e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 30 de agosto de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.024357-0 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MULTAS DE TRÂNSITO – PLACA CLONADA – AUSÊNCIA DE DANO MORAL – MERO ABORRECIMENTO COTIDIANO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A prova colhida nos autos não permite concluir que a requerente sofreu dano moral, pois restou apenas demonstrado que teve mero aborrecimento com a existência de veículo transitando com placa idêntica a de sua propriedade.

2. Os honorários advocatícios não podem ser fixados em quantia irrisória, que sirva de desestímulo à profissão, podendo, em causas de pequeno valor, ser aplicado acima do valor da própria condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de agosto de 2011.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível ordinário interposto por Zuleide Filiu contra sentença proferida pelo Juiz da 6ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande nos autos da Ação Declaratória movida contra Agetran – Agência Municipal de Transporte e Trânsito.

Alega, em apertada síntese:

I - a existência de dano moral indenizável, caracterizado pela impossibilidade de circular regularmente com seu veículo por quase de 3 anos, uma vez que a primeira infração ocorreu em setembro de 2006 e a suspensão judicial dos débitos apenas em janeiro de 2009;

II - as multas praticadas por falsários a deixou com débito no Detran, e, por consequência, na iminência de ter seu veículo apreendido, motivo pelo qual seu direito de ir e vir sofreu limitação e lhe causou inúmeros constrangimentos;

III - o apelado ainda não retirou o veículo com placa clonada de circulação, restando devidamente comprovado que ele continua a cometer infrações no trânsito local, não se trata, assim, de *"mero aborrecimento"*, mas de *"alterações significativas na vida da família que refletiu em anormalidade e desequilíbrio do bem estar social e que atingiu diretamente o direito personal da recorrente o que inquestionavelmente é passível de indenização"* (f. 155);

IV - *"o evento danoso está demonstrado e consiste na má prestação de serviços pela empresa apelada que, além de não assegurar aos seus clientes, a proteção necessária contra atos de clonagem, deixou de providenciar, após o conhecimento dos fatos, a apreensão e retirada de circulação do veículo infrator com as placas clonadas"* (f. 156).

Ao final, postula a fixação de indenização pelos danos morais sofridos nos valores equivalente a 10 salários-mínimos atuais, além da majoração dos honorários advocatícios para R$ 2.000,00.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível ordinário interposto por Zuleide Filiu contra sentença proferida pelo Juiz da 6ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande nos autos da Ação Declaratória movida contra Agetran – Agência Municipal de Transporte e Trânsito**.**

Os fatos narrados, conquanto possam perturbar um pouco o cotidiano das pessoas, são irrelevantes para efeito de obtenção de indenização por dano moral.

Evidentemente que a dor, o menoscabo, o sofrimento são sentimentos pessoais, subjetivos, variando de acordo com a personalidade, o perfil psicológico de cada indivíduo, mas é possível avaliá-lo, de forma razoável, concebendo-se a personalidade em um ambiente que reflita uma determinada qualidade de vida. Vivendo-se em um país como o nosso, cheio de problemas sociais sérios, de inúmeros casos de desrespeito humano das mais diferentes formas, e pretender o reconhecimento de um sofrimento moral indenizável por fato sem qualquer repercussão externa, chega a ser atentatório ao próprio instituto do dano moral.

Ora, certo é que o caso dos autos nos remete a uma reflexão acerca do posicionamento do ordenamento jurídico relativamente ao alcance do instituto do dano moral.

Ipso facto, este tem sido revisto, diuturnamente, máxime pelo fato de que os processos vêm se avolumando imensamente, demonstrando que, em alguns casos, há um desvirtuamento do instituto que, em verdade, está calcado na possibilidade de deferimento de uma compensação pecuniária para aqueles que, efetivamente, são vítimas de intensa dor e sofrimento em virtude da indevida conduta de outrem.

Com efeito, a máxima do acesso à justiça, numa perspectiva atualmente vulgarizada do denominado *"*pleito da dor*"*, tem levado aos Tribunais do Brasil questões de ínfima relevância, denotando o manejo de demandas absolutamente temerárias, nas quais se pedem exorbitantes reparações, sob a alegação da ocorrência de um abalo psíquico.

Não é possível que no avanço das instituições jurídicas, nas quais muito se relutou até o implemento da possibilidade de compensação pecuniária por um intenso sofrimento, admita-se um desprestígio como vem diariamente sendo demonstrado, materializado no ajuizamento de demandas infundadas como a dos autos.

Vale destacar que não houve demora na suspensão judicial das penalidades, visto que o feito foi distribuído em março de 2007 e a liminar concedida em setembro do mesmo ano (f. 68-9).

De igual forma, ao contrário do que alega a apelante, não foram 3 anos entre a ocorrência das infrações e a decisão. Com a inicial, a autora anexou documentos que dão conta de que a primeira infração discutida ocorreu em outubro de 2006, tendo a liminar sido concedida, repito, em setembro de 2007.

De igual forma, o fato de o apelado não ter retirado de circulação o com a placa clonada, não enseja indenização moral, sendo totalmente inaplicável ao caso a Lei Consumerista, visto que o Detran não é fornecedor de serviços, tampouco possui *"*clientes*"*, sendo, assim, impossível a analogia pretendida pela apelante com os acórdãos colacionados, que dizem respeito à clonagem de cartão de crédito e de aparelho de celular.

Como se observa, a prova colhida não permite concluir que o requerente sofreu dano moral, pois restou apenas demonstrado que teve mero aborrecimento.

Viver honestamente, princípio primeiro do direito, implica agir de modo coerente. E para sermos coerentes, não podemos ver dano moral onde existe apenas mero aborrecimento.

Da majoração dos honorários advocatícios

A sentença fixou os honorários advocatícios em R$ 500,00 (quinhentos reais), com fulcro no § 4º do art. 20 do CPC, não tendo determinado a compensação, aceita em casos como o dos autos, em que há sucumbência recíproca.

O artigo 20, § 4º, do CPC expressa que os honorários advocatícios devem ser fixados por equidade e consideradas as circunstâncias referidas no § 3º da mesma norma legal. Vejamos:

> Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo anterior.

Cediço, ainda, que o valor dos honorários não pode ser atentatório à dignidade da profissão, motivo pelo qual não podem ser fixados em quantia irrisória e que não corresponda a realidade, situação que ocorre nos autos.

A respeito, Yussef Said Cahali leciona:

> Viu-se, ainda, na mesma oportunidade, que, qualquer que seja a fórmula adotada pelo juiz, não se lhe permite, contudo, sob o pálio da eqüidade, o arbitramento da honorária em quantia simbólica, irrisória, insignificante, que, além de afrontosa à nobre atividade dos profissionais do direito, implicaria a própria negação do princípio inserto no § 4º, do art. 20. (*in* **Honorários advocatícios**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 496).

Analisada a questão à luz do dispositivo supra, considerando a natureza da causa, o trabalho realizado, o tempo de tramitação do feito e, principalmente, a sucumbência recíproca, entendo que o valor fixado pelo julgador monocrático não é irrisório, atendendo às circunstâncias previstas no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Ex positis, nego provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Fernando Mauro Moreira Marinho, Marco André Nogueira Hanson e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 23 de agosto de 2011.

***

Órgão Especial
Agravo Regimental n. 2006.010205-8/0002-00 - Campo Grande
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM PRECATÓRIO DE REQUISIÇÃO DE PAGAMENTO – PAGAMENTO PREFERENCIAL DO ART. 100, § 2º, DA CF – NÃO REQUERIMENTO PELO CREDOR ORIGINÁRIO ANTES DO SEU FALECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE – PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

O pagamento preferencial de precatório estende-se em favor do cônjuge supérstite tão somente se o protocolo do requerimento foi feito pelo credor originário antes do seu falecimento (art. 100, § 2º, da CF e art. 10, § 4º, da Resolução n. 115/10 do CNJ).

Se o falecimento do credor originário ocorreu antes da promulgação da EC n. 62/09, em atenção ao princípio da irretroatividade das leis, não pode a preferência de pagamento ser deferida à cônjuge supérstite.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao regimental.

Campo Grande, 21 de setembro de 2011.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Salvadora Alves Moreira Cunha, não se conformando com a decisão (f. 2.416-38) que indeferiu o pagamento preferencial de crédito em razão de o credor originário não ter formulado o respectivo requerimento antes de seu falecimento, interpõe agravo regimental, sustentando, em síntese, que é cônjuge supérstite e pensionista do titular originário do crédito e possui mais de 60 anos de idade e doença grave, o que possibilitaria o deferimento do benefício constitucional.

Aduz que, na época do falecimento do credor originário (8.11.2003), não havia previsão constitucional para formular pedido de preferência de pagamento, o que sobreveio com a EC n. 62 de 9.12.2009, razão pela qual, para que a cônjuge tenha direito ao pagamento preferencial, não se pode exigir que o requerimento seja formulado pelo titular originário do crédito que faleceu em 8.11.2003, ou seja, antes da Emenda Constitucional n. 62/09.

Ao final, pugna pela retratação da decisão invectivada, e, acaso mantida, seja submetido o recurso ao Órgão Colegiado, a fim de provê-lo, reconhecendo-se o direito ao pagamento preferencial.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por Salvadora Alves Moreira Cunha contra a decisão que indeferiu o pagamento preferencial de precatório à pensionista, em razão de o credor originário do crédito não ter formulado o respectivo requerimento antes de seu falecimento.

A decisão objurgada, na parte em que indeferiu o pagamento preferencial à pensionista, ficou assim vazada:

> [...]
>
> Do pedido de pagamento prioritário formulado pelos pensionistas
>
> Salvadora Alves Cunha, Alberto Martins de Souza, Arminda Cunha Garcia, Calixta de Jesus Leodido, Claresbina Inacia Inacia Barbosa da Rosa, Doraci Maciel Loureiro, Eloiza Mena Barreto, Iria de Oliveira Aramim, Ines Soares Martins Bittncourt, Lorrani Marrie C. Ferreira, Maria Herminia Rodrigues Kasecker, Rosmani Godi, Ynaiá Martins Carli Villaba, Yoland Sayd Manvailer, Aparecida Dias Rocha, João Ferreira Dias, Cleonice da Silva Santana da Costa, Neuza Maria Picolim, Cristiane Aparecida Saab Avila e Luciene Saab Avila requerem o pagamento prioritário afirmando que são pensionistas dos idosos falecidos.
>
> A Constituição Federal em seu § 2º do art. 100 traz os requisitos para o pagamento preferencial. *In verbis*:
>
> Art. 100. [...]
>
> § 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Destaquei).
>
> Diante da leitura do supracitado dispositivo legal, tem-se que somente é reconhecido o direito de preferência aos titulares originários de precatórios que tenham mais de sessenta ou que sejam portadores de doença grave.
>
> A Resolução n. 155, de 29 de junho de 2010, do Conselho Nacional de Justiça disciplinou a hipótese em que a preferência pode estender-se à pessoa diversa do titular originário do crédito. *In verbis*:
>
> Art. 10. O pagamento preferencial previsto no § 2º do art.100 da CF será efetuado por credor e não importará em ordem de pagamento imediato, mas apenas em ordem de preferência.
>
> § 4º Apenas no caso de morte do credor, após o protocolo do requerimento, a preferência por idade ou doença estende-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, em união estável, nos termos do art.1.2110-C do CPC, não se aplicando a mesma preferência aos cessionários. (Destaquei).
>
> Em razão dos dispositivos supramencionados, tem-se que a preferência por idade ou doença estende-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira em união estável, somente se o protocolo do requerimento de pagamento preferencial foi feito pelo credor originário antes do seu falecimento.

> No caso em tela, os credores originários faleceram antes de protocolarem o pedido de pagamento prioritário do crédito, e, somente agora é que os pensionistas requerem esse benefício, o que não é possível, motivo pelo qual os pedidos de pagamento preferencial dos pensionistas devem ser indeferidos.
>
> [...]
>
> II – indefiro os pedidos de pagamento prioritário formulados pelos credores Osmarino Dias de Souza e Walter Hercules Florido, pelos pensionistas Salvadora Alves Cunha, Alberto Martins de Souza, Arminda Cunha Garcia, Calixta de Jesus Leodido, Claresbina Inacia Barbosa da Rosa, Doraci Maciel Loureiro, Eloiza Mena Barreto, Iria de Oliveira Aramim, Ines Soares Martins Bittencourt, Lorrani Marrie C. Ferreira, Maria Herminia Rodrigues Kasecker, Rosmani Godi, Ynaiá Martins Carli Villaba, Yoland Sayd Manvailer, Aparecida Dias Rocha, João Ferreira Dias, Cleonice da Silva Santana da Costa, Neuza Maria Picolim, Cristiane Aparecida Saab Avila e Luciene Saab Avila, e pelos requerentes José Manuel Sejóles e Rubens Santos Tunes. (f. 2.428-37)

As razões invocadas neste regimental de modo algum me animam a rever o entendimento externado na decisão guerreada, valendo-me dos mesmos argumentos nela contidos para mantê-la integralmente.

A agravante, cônjuge supérstite do credor originário do precatório, busca receber seu crédito com respaldo no § 2º do art. 100 da Constituição Federal, em razão de contar com mais de 60 anos de idade e possuir doença grave.

Alega, ainda, que o credor originário faleceu em 8.11.2003, quando não havia previsão constitucional para requerer o pagamento preferencial, o que impossibilitava a formulação do requerimento antes do advento da EC n. 62/09.

Com efeito, conforme ficou consignado na decisão invectivada, o direito de preferência estende-se em favor do cônjuge supérstite tão somente se o protocolo do requerimento de pagamento preferencial foi feito pelo credor originário antes do seu falecimento, o que não é o caso dos autos.

In casu, não obstante a recorrente tenha mais de 60 anos de idade e esteja acometida de doença grave, certo é que o credor originário Neder Vasques da Cunha faleceu em 8.11.2003, ou seja, antes da EC n. 62/09, que possibilitou aos titulares de créditos de natureza alimentar formular pedido de preferência com supedâneo nas hipóteses previstas no § 2º do art. 100 da *Lex Fundamentalis*.

De fato, à época em que o titular originário do crédito faleceu não havia previsão para concessão do pagamento preferencial. Todavia, este é um requisito sem o qual não se pode estender o benefício ao cônjuge, *ex vi* do art. 100, § 2º, da CF e do art. 10, § 4º, da Resolução n. 115/2010 do CNJ.

Ademais, é cediço que ninguém transfere direito que não possui, segundo preleciona os brocardos *nemo potest gladii potestatem sibi datam vel cujus habuit* ("*ninguém deixa a seu herdeiro vantagem maior do que ele próprio possui*") e *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* ("*ninguém pode transferir a outrem mais direito do que tem*").

À evidência, o acolhimento da tese ventilada pela agravante conduziria à aplicação retroativa de disposição constitucional, uma vez que, quando da morte do seu cônjuge, não havia preceito que autorizasse expressamente o pagamento preferencial de crédito alimentar.

Como é cediço, vigora no sistema jurídico pátrio o princípio da irretroatividade das leis, que, nas palavras de João Franzen de Lima, significa: "[...] *a lei nova respeitará todos os efeitos jurídicos produzidos no passado, mas governará sozinha e exclusivamente o futuro, a contar do dia de sua vigência"* (**Curso de Direito Civil Brasileiro.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 74. v. 1).

Outrossim, a retroatividade é excepcionalmente admitida quando houver previsão legal expressa, o que não ocorre no caso em apreço.

Nesse pórtico, é o escólio do supramencionado professor João Franzen de Lima:

> A retroatividade só excepcionalmente poderá ser admitida, pois é necessária uma declaração formal do legislador nesse sentido.
>
> [...]
>
> Resulta daí que não há retroatividade possível senão em virtude de uma cláusula legislativa expressa; não há retroatividade tácita; se o legislador não inseriu uma cláusula formal, o intérprete não está autorizado a tirar de uma intenção tácita ou presumida do legislador. (Op. cit., p. 74-6).
>
> Na mesma trilha, Carlos Roberto Gonçalves preleciona:
>
> A Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXVI) e a Lei de Introdução ao Código Civil, afinadas com a tendência contemporânea, adotaram, com efeito, o princípio da irretroatividade das leis, como regra, e o da retroatividade como exceção. Acolheu-se a teoria subjetiva de Gabba, de completo respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. (**Direito Civil Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 60-1. v. 1).

Destarte, se o direito ao pagamento preferencial de precatório foi inaugurado pela EC n. 62/09, em atenção ao princípio da irretroatividade das leis, os efeitos dela decorrentes não podem retroagir a fato anterior à sua promulgação.

Ante o exposto, por não ter a recorrente apontado novos fatos e fundamentos jurídicos que justifiquem a alteração do *decisum*, nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, Oswaldo Rodrigues de Melo, Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves, Marilza Lúcia Fortes, Julizar Barbosa Trindade e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 21 de setembro de 2011.

***

Órgão Especial
Agravo Regimental em Embargos de Declaração n. 2008.014504-7/0001-01
Campo Grande - Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM PRECATÓRIO DE REQUISIÇÃO DE PAGAMENTO – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO N. 115 DO CNJ – IMPOSSIBILIDADE – PAGAMENTO PREFERENCIAL – ART. 100, § 2º, DA CF – INTERPRETAÇÃO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – RECURSO IMPROVIDO.

Conforme precedentes dos Tribunais Superiores, a atividade exercida pela Vice-Presidência no processamento de precatórios é administrativa, razão pela qual não há falar em declaração de inconstitucionalidade nesta via.

O pagamento preferencial previsto no § 2º do art. 100 da Constituição Federal, por se tratar de norma que garante a efetivação de direitos fundamentais, deve ser deferido aos titulares originais de créditos alimentares que tenham 60 anos de idade e façam o requerimento do benefício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao regimental.

Campo Grande, 29 de junho de 2011.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Agência Estadual de Gestão e Empreendimentos, não se conformando com a decisão de f. 54-6 e sua integração de f. 70-3, que deferiu o pagamento preferencial de crédito de natureza alimentar em favor da ora agravada por ter mais de 60 anos de idade, interpõe agravo regimental, sustentando, em síntese, a inconstitucionalidade da Resolução n. 115/2010 do Conselho Nacional de Justiça, sob a alegação de que a competência do referido Órgão é administrativa e, em razão disso, não poderia expedir norma conferindo interpretação extensiva ao § 2º do art. 100 da Constituição Federal, notadamente porque o dispositivo tem eficácia plena e aplicação imediata. Aduz, ainda, que a agravante não tem direito à obtenção do pagamento prioritário, uma vez que não possuía 60 anos de idade na data de expedição do precatório ou na data da promulgação da Emenda Constitucional n. 62/09.

Ao final, pugna pela declaração de inconstitucionalidade da Resolução n. 115/2010 do CNJ e pela reforma da decisão que deferiu o pagamento preferencial à agravada.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto pela Agência Estadual de Gestão e Empreendimentos contra a decisão que concedeu o pagamento preferencial previsto no § 2º do art. 100 da Carta Magna à agravada, por ser ela titular de crédito alimentar e contar com mais de 60 anos de idade.

O *decisum* objurgado ficou assim vazado, *in verbis*:

> Primeiramente, conforme se verá adiante, caracterizado está que a peça recursal não passa de inconformismo com o resultado decorrente da cognição exercida por ocasião da apreciação do pedido de pagamento prioritário formulado pela embargada.
>
> É cediço que a mera insatisfação da parte com o resultado do julgamento não se coaduna com o escopo dos embargos de declaração, cuja finalidade precípua é a de sanar vícios específicos eventualmente encontrados no julgado.
>
> *In casu*, o recorrente não demonstrou qualquer omissão, contradição ou obscuridade na decisão, requisito necessário para a oposição dos embargos de declaração, *ex vi* do artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil.
>
> Assim, denota-se que o objetivo do embargante, com o presente aclaratório, é que seja reanalisada a matéria, mas, não, algum vício no julgado, o que não se mostra cabível, tendo em vista que os embargos de declaração não prestam para este fim.
>
> Ademais, infere-se dos autos que não há contradição, pois ao apreciar o pedido de pagamento prioritário, consignou-se que:
>
> Entretanto, à par da existência de prova da idade superior a 60 (sessenta) anos, o advento da Emenda Constitucional n. 62/2009 possibilitou, no caso, a priorização do pagamento do precatório, que é de natureza alimentar.
>
> Da mesma forma, o art. 12, da Resolução n. 115/2010, do Conselho Nacional de Justiça, autoriza o pagamento àqueles que completassem 60 anos até a data do requerimento do benefício, o que é o caso dos autos.
>
> Dispõe, agora, o art. 100, § 2º, da Constituição da República, de aplicação imediata na forma do art. 97, do ADCT, incluído pela mesma emenda:
>
> Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou que sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.
>
> A credora Irotildes Floriano da Silva, se encaixa perfeitamente, na novel norma constitucional, eis que completou 60 anos, em 17.8.2010 e o pedido fora formulado em 4 de outubro co corrente ano (f. 38), permitindo-se o pagamento do valor correspondente a até três vezes daquele fixado pelo ente devedor como de pequeno valor segundo as regras fixadas para estes requisitórios (f. 55).
>
> Daí se segue que não houve contradição entre a fundamentação e o que restou decidido, pois fundamentou-se a concessão do benefício no art.12 da Resolução n. 115/10, do Conselho Nacional de Justiça.

> Destarte, considerando que a questão foi suficientemente debatida, a decisão em nenhum ponto necessita ser aclarada ou complementada, por não padecer dos vícios que, quiçá, poderia ser sanada por via do presente recurso integrativo.
>
> Nesse diapasão, assentou a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:
>
> AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. I - Os embargos de declaração são apelos de integração. Não se constituem em recurso idôneo para que se reveja a causa no interesse do recorrente. II – Inexistindo qualquer dos vícios do art. 535 do CPC, nem erro de julgamento que justifique se dê efeito modificativo ao julgado, rejeitam-se os embargos. (STJ, ED AgRg no Ag n. 148778/97, GO, RIP 36586, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 5.2.1998, DJU de 4.5.1998, p. 162).

No mesmo sentido, é o posicionamento da Terceira Turma Cível deste Tribunal de Justiça:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. OMISSÃO. JULGAMENTO QUE LASTREIA EM FUNDAMENTOS DIVERSOS DAQUELA DA PARTE. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS. Não está o julgador obrigado a examinar um a um os pretensos fundamentos das partes nem todas as alegações que produzem. O importante é que indique o fundamento suficiente de sua conclusão que lhe apóia a convicção. O momento próprio e único de prequestionar os temas federais, ou qualquer outra é do recurso de apelação, das contra-razões ou do recurso adesivo, não se prestando os embargos declaratórios para esse fim. (ED em AC n. 1000.066658-8/001-00, Cassilândia, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 10.12.2001, DJ de 15.2.2002, p. 10).
>
> Portanto, não há no *decisum* qualquer questão que necessite ser complementada. Ou seja, não ocorrendo nenhum dos vícios que possam ensejar a integração do seu conteúdo, não há falar em omissão, obscuridade ou contradição. (f. 70-3).

As razões invocadas neste regimental de modo algum me animam a rever o entendimento externado na decisão guerreada, valendo-me dos mesmos argumentos nela contidos para mantê-la integralmente.

Ab initio, no que tange à inconstitucionalidade da Resolução n. 115/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o recurso não merece prosperar.

Como é cediço, a discussão acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não deve ser analisada em sede de precatórios, uma vez que a função exercida pela Vice-Presidência do Tribunal *a quo*, quando do processamento do requisitório de pagamento, é revestida de índole eminentemente administrativa, não possui, portanto, natureza jurisdicional.

Sobre o tema, já se pronunciou o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.098/SP. Confira-se:

> PRECATÓRIO - TRAMITAÇÃO - CUMPRIMENTO - ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL - NATUREZA. A ordem judicial de pagamento (§ 2º do artigo 100 da Constituição Federal), bem como os demais atos necessários a tal finalidade, concernem ao campo administrativo e não jurisdicional. A respaldá-la tem-se sempre uma sentença exeqüenda. (ADI n. 1098, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 11.9.1996, DJ de 25.10.1996).

No mesmo pórtico, insta colacionar os seguintes julgados oriundos da Corte Suprema. Ei-los:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA. PRECATÓRIO. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA. I. - A atividade do Presidente do Tribunal de Justiça desenvolvida no processamento de precatório tem natureza administrativa e não jurisdicional, não se qualificando, assim, como causa a desafiar o manejo do recurso extraordinário. II. - Agravo não provido. (Ag n. 409331, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 25.2.2003, DJ de 4.4.2003).
>
> CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECATÓRIO: PROCESSAMENTO DO TRIBUNAL: ATIVIDADE ADMINISTRATIVA. I. - A atividade desenvolvida pelo Presidente do Tribunal, no processamento do precatório, não é jurisdicional, mas administrativa. Também é administrativa a decisão do Tribunal tomada em agravo regimental interposto contra despacho do Presidente na mencionada atividade. Precedente do STF: ADI n. 1098-SP. II. - O recurso extraordinário pressupõe a existência de causa decidida em única ou última instância por órgão do Poder Judiciário no exercício de função jurisdicional. Proferida a decisão em sede administrativa, não há falar em causa. Não cabimento do recurso extraordinário. III. - RExtra admitido na origem. Negativa de trânsito por decisão do Relator. Agravo não provido. (RExtra n. 213696 em AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 26.11.1997, DJ de 6.2.1998).

A propósito, tal entendimento está petrificado no verbete da Súmula n. 311 do STJ. Veja-se: "*Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional*."

Assim, a insurgência acerca da inconstitucionalidade da Resolução n. 115/2010 do Conselho Nacional de Justiça não deve ocorrer nesta via, visto que o pronunciamento lançado no precatório de requisição de pagamento possui natureza administrativa, devendo o agravante socorrer-se aos meios processuais adequados à espécie.

De igual modo, relativamente à irresignação quanto ao pagamento preferencial em decorrência da idade da credora, não assiste razão ao agravante.

O pagamento prioritário do crédito de natureza alimentar tem supedâneo no § 1º do art. 100 da *Lex Fundamentalis* e, por sua vez, os requisitos para a preferência excepcional encontram-se no § 2º do referido dispositivo, *in verbis*:

> Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distritais e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.
>
> § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.
>
> § 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

Ademais, o § 18 do art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, incluído pela Emenda Constitucional n. 62/09, dispõe que:

> § 18º Durante a vigência do regime especial a que se refere este artigo, gozarão também da preferência a que se refere o § 6º os titulares originais de precatórios que tenham completado 60 (sessenta) anos de idade até a data da promulgação desta Emenda Constitucional.

In casu, foi deferido o pagamento preferencial à recorrida, visto que o crédito é de natureza alimentar e a mesma contava com mais de 60 anos de idade na data em que formulou o pedido do benefício constitucional, é o que se vê da decisão de f. 54-6 e sua integração de f. 70-3.

Registre-se que, posteriormente às referidas decisões, esta Vice-Presidência, em outras ocasiões, decidiu que a preferência excepcional pela idade, disciplinada no § 2º do art. 100 da Constituição Federal, deveria incidir apenas nos precatórios cujos titulares tivessem completado 60 anos de idade na data de expedição do precatório ou na data da promulgação da Emenda Constitucional n. 62 de 9 de dezembro de 2009.

Entrementes, analisando detidamente o caso em apreço, conclui-se que a posição que mais adequada aos princípios constitucionais é aquela de se deferir a preferência excepcional, prevista no art. 100, § 2º, da Carta Magna, aos titulares originais de créditos alimentares que tenham completado 60 anos de idade, independentemente da data em que se tornaram sexagenários.

A Emenda Constitucional n. 62/2009, ao referir-se à idade de 60 anos ou mais na data da expedição do precatório, pretendeu fixar um momento certo para a obtenção do referido benefício, o que foi bem apreendido pelo Conselho Nacional de Justiça, ao constar na Resolução n. 115/2010, em seu art. 12, que:

> Art. 12. Serão considerados idosos os credores originários de qualquer espécie de precatório, que contarem com 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data da expedição do precatório em 9 de dezembro de 2009, data da promulgação da EC n. 62/2009, sendo também considerados idosos, após tal data, os credores originários de precatórios alimentares que contarem com 60 (sessenta) anos de idade ou mais, na data do requerimento expresso de sua condição, e que tenham requerido o benefício.

A questão em exame deve ser interpretada sistematicamente e à luz de uma hermenêutica construtiva, valendo-se das normas e princípios constitucionais, sobretudo daqueles que tratam dos direitos fundamentais, isso porque, na lição de Luís Roberto Barroso, "*uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra. Não é possível compreender integralmente alguma coisa [...] sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo. A visão estrutural, a perspectiva de todo sistema, é vital*" (*in* **Interpretação e aplicação da constituição**, 3. ed., 1999, p. 134).

Saliente-se que tal método interpretativo é corolário do princípio da unidade da Constituição que, nas palavras de Canotilho, significa:

> [...] como ponto de orientação, guia de discussão e *factor* hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. (CANOTILHO, J. J. G. *apud* LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 94).

Ademais, o mencionado Professor Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre a interpretação sistemática da *Lex Fundamentalis*, assevera:

> A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente.
>
> [...]
>
> No centro do sistema, irradiando-se por todo o ordenamento, encontra-se a Constituição, principal elemento de sua unidade, porque a ela se reconduzem todas as normas no âmbito do Estado. Essa idéia de unidade interna da Lei Fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que é o princípio da unidade da Constituição. (Op. cit., p. 134-5).

Assim, em se tratando de hermenêutica constitucional, o exegeta deverá considerar a globalidade da lei fundamental, ou seja, buscará a harmonia das normas ali postas ao sistema unitário de regras e princípios que norteiam a Constituição.

Na esteira das premissas supra-assentadas, é cediço que, sob o enfoque das normas de direito fundamental que circundam a Carta Magna, é descabida a interpretação que leva a concessão da preferência de pagamento do § 2º do art. 100 apenas ao precatório de idosos que tenham completado 60 anos de idade na data de expedição do requisitório ou da promulgação da EC n. 62/09.

Ora, da exegese do art. 100, § 2º, da CF, torna-se evidente que o legislador constituinte derivado, ao conferir preferência de pagamento aos precatórios cujos titulares são idosos ou acometidos por doença grave, o fez com o objetivo de efetivar os direitos fundamentais dos indivíduos, até porque, conforme expôs o Ministro Carlos Ayres Britto, a tutela ao idoso "*é um direito mesmo fraternal, a exigir ações afirmativas, compensatórias de desvantagens historicamente experimentadas por segmentos sociais como os dos negros, dos índios, das mulheres, dos portadores de deficiência física e dos idosos.*" (voto proferido na ADI n. 3.768-4/DF).

Por tais razões, os preceitos constitucionais que asseguram a efetivação de um direito fundamental merecem exegese ampliativa, e não restritiva, assertiva que se coaduna com o brocardo odiosa restringenda, *favorabilia amplianda*, e, conforme as lições de Carlos Maximiliano, "*na dúvida se aplicam mais favoravelmente à parte alvejada pelo ônus da regra*" (*in* **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 9. ed, Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 248).

Destarte, a norma constitucional que contém em seu núcleo conteúdo que visa à efetivação de um direito fundamental, como é o caso do § 2º do art. 100 da CF, deve ter prestação positiva por parte do Estado, servindo, ainda, de vetor interpretativo aos dispositivos da Constituição.

Seguindo essa linha, o art. 5º, § 1º, da Carta da República dispõe que "*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*".

Ao tratar do aludido dispositivo constitucional, ensinam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *in verbis*:

> O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles. (*in* **Curso de Direito Constitucional**, 2. ed., 2008, p. 252).

Nesse contexto, dispõe o artigo 230 da *Lex Mater*: "*Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.*"

Como se vê, ao prever normas protetivas aos idosos, a Lei Fundamental leva a efeito o postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), "*valor supremo da ordem jurídica*" e "*um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito*" (SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 38).

Ademais, a tutela dos idosos exsurge do princípio da solidariedade, insculpido no art. 3º, inciso I, da Carta Magna como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

A propósito, insta trazer à colação excerto de voto proferido pelo Ministro Celso de Melo na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.768-4/DF, onde tratou da relação existente entre o princípio da solidariedade e a proteção às pessoas idosas, *in litteris*:

> [...] o princípio da solidariedade, que constitui um dos objetivos fundamentais da República, rege, informa e permeia o texto de nossa Constituição, erigindo-se, por isso mesmo, como expressivo vetor interpretativo de suas cláusulas, notadamente aquela que dispensa proteção às pessoas idosas, que devem ser amparadas pela família, pelo Estado e, também, pela sociedade. (ADI n. 3768, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 19.9.2007).

Depreende-se, então, que as normas constitucionais que irradiam conteúdo protetivo aos idosos têm fundo alcance social, pois objetiva a concreção dos direitos fundamentais destes indivíduos.

Outrossim, deferir o pedido de pagamento preferencial tão somente àqueles que tenham 60 anos de idade na data de expedição do precatório ou na data da promulgação da EC n. 62/09 e indeferi-lo aos idosos não amparados por este interstício temporal, acabaria por chancelar uma verdadeira afronta ao princípio da isonomia, plasmado no *caput* do art. 5º da Carta Magna.

> Sobre o princípio em comento, colhe-se do magistério de Uadi Lammêgo Bulos:
>
> Realmente, a diretriz da igualdade limita a atividade legislativa, aqui tomada no seu sentido amplo. O legislador não poderá criar normas veiculadoras de desequiparações abusivas, ilícitas, arbitrária, contrárias à manifestação constituinte de primeiro grau.
>
> A autoridade pública, por sua vez, também está sujeita ao ditame da isonomia. Um magistrado, e. g., não poderá aplicar atos normativos que criem situações de desigualdade. (*in* **Constituição Federal anotada**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118)

Ante o exposto, por não ter a recorrente apontado novos fatos e fundamentos jurídicos que justifiquem a alteração do *decisum*, nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, Oswaldo Rodrigues de Melo, Josué de Oliveira, Marilza Lúcia Fortes e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 29 de junho de 2011.

***

Órgão Especial
Agravo Regimental n. 2010.000791-9/0001-00 - Campo Grande
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM PRECATÓRIO DE REQUISIÇÃO DE PAGAMENTO – QUESTÃO INCIDENTE – PEDIDO DE RECLASSIFICAÇÃO DA NATUREZA OBRIGACIONAL DO CRÉDITO – COMPETÊNCIA – JUIZ DA EXECUÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Conforme reiterada jurisprudência do STJ, compete ao juiz da execução apreciar as questões incidentes surgidas durante o cumprimento do precatório, pois a função da Vice-Presidência do Tribunal no processamento do requisitório de pagamento é de índole administrativa.

Mantém-se a decisão proferida, se não demonstrado fato novo que pudesse ensejar a modificação do entendimento externado no *decisum* invectivado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao regimental.

Campo Grande, 17 de agosto de 2011.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Divino Pereira, Manoel Icassati, Antonio Marques Vaz, Miquéias Lima de Mesquita, Alyrio Cyles Pereira, Tito Livio Renato Gomes, Ronaldo Ferreira, Henrique Melo, Massayco Saito, Paulo Barros Leite, José Domingos Mendonça e Teodorico Ferreira Netto, não se conformando com a decisão (f. 425-30) que indeferiu o pedido de pagamento preferencial pelo fato de o crédito não possuir caráter alimentar, interpõem agravo regimental, sustentando, em síntese, que deve ser reconhecida a natureza alimentar do precatório, uma vez que o crédito é decorrente de diferença salarial que deveria compor mensalmente os seus vencimentos, denominada "etapa alimentação".

Aduzem, ainda, que formularam pedido perante o Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos, pleiteando a reclassificação da natureza da obrigação deste precatório para alimentar e que "*no entender dos agravantes a correção já havia sido concretizada*" (*sic*, f. 5).

Requerem o provimento do recurso, para que seja reconhecida a natureza alimentar do crédito.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto contra o *decisum* que indeferiu o pedido de pagamento prioritário do crédito, por ausência de natureza alimentar, visto que o próprio ofício requisitório, subscrito pelo douto juízo singular, apontou que se trata de crédito de natureza comum (f. 2 – autos em apensos).

A decisão objurgada está assim vazada:

> Os credores Divino Pereira, Manoel Icassati, Antonio Marques Vaz, Miquéias Lima de Mesquita, Alyrio Cyles Pereira, Tito Livio Renato Gomes, Ronaldo Ferreira, Henrique Melo, Massayco Saito, Paulo Barros Leite, José Domingos Mendonça e Teodorico Ferreira Netto requerem o pagamento prioritário de seus créditos em razão da idade e doença grave, nos termos do § 2º do art.100 da Constituição Federal.
>
> Todavia, razão não assiste aos requerentes.
>
> Com efeito, a Emenda Constitucional n. 62/09 tratou de conceder preferência no recebimento de precatórios alimentares àqueles titulares que tenham 60 anos ou mais na data da expedição do precatório e aos portadores de doença grave, como se observa, *in verbis*:
>
> **Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave**, definidos na forma da lei, **serão pagos com preferência** sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Destaquei).
>
> Verifica-se que a Emenda Constitucional n. 62/2009 traz prioridade no pagamento **dentro dos créditos de natureza alimentícia.**
>
> No caso em tela, o crédito é de natureza **não alimentar**, conforme os documentos de f. 2-64, logo não é abrangido pelo benefício do pagamento preferencial.
>
> Com esse entendimento ao escrever sobre o assunto, Cunha[1] assevera:
>
> [...]. Essa prioridade, conferida pela legislação ordinária a idosos e a portadores de doença grave, passou, a partir da Emenda Constitucional n. 62/2009, **a alcançar os precatórios de créditos alimentares. Realmente, os créditos de natureza alimentícia cujos titulares sejam portadores de doença grave, definida em lei, ou tenham 60 (sessenta) ou mais anos de idade** na data da expedição do precatório, **serão pagos com preferência** sobre todos os demais créditos, inclusive sobre os alimentares. (Destaquei).
>
> Nesse sentido é o entendimento adotado pelos Tribunais de Justiça de São Paulo e Rio Grande do Sul, *in verbis*:
>
> EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRECATÓRIO. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. CRÉDITOS INDIVIDUAIS. PRETENSÃO DE CANCELAMENTO DO PRECATÓRIO JÁ EXPEDIDO. CRÉDITOS PRINCIPAIS E CRÉDITO DE HONORÁRIOS. PESSOA COM MAIS DE 60 ANOS DE IDADE. **A EC n. 62/2009 instituiu uma nova classe de crédito - com natureza alimentar e especialização de seus titulares (pessoas com mais de 60 anos ou portadoras de doença grave, definida**

1 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2010. p. 331.

em Lei) - e concedeu-lhe preferência para o pagamento até determinado limite, remanescendo o saldo na órbita de crédito alimentar não-preferencial. "Deve-se afastar o fracionamento de precatório para pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência quando a execução não for específica de honorários, seguindo, como acessório, a sorte do principal" (STF, ED no AgRg no REsp n. 527.971, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso). Não-provimento do agravo regimental. (TJSP, AgRg n. 990.10.174120-2/50000, AC n. 4807156, São Paulo, Décima Primeira Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ricardo Dip, julgado em 18.10.2010, DJ de 9.12.2010 - Destaquei).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL. PRECATÓRIO. PREFERÊNCIA DE PAGAMENTO. PESSOA IDOSA. EC N. 62/2009. IMPOSSIBILIDADE. **Considerando-se que os agravados apesar de contarem com mais de 60 anos de idade, não titulam crédito de natureza alimentar, visto que decorrente de desapropriação, o benefício pleiteado não encontra amparo na legislação de regência, nos termos do que dispõe a EC n. 62/2009**. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (TJRS, Ag n. 70037376944, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Rogerio Gesta Leal, julgado em 26.8.2010 - Destaquei).

DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENSÃO AO PAGAMENTO IMEDIATO DE PRECATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. **A Emenda Constitucional n. 62/2009 instituiu o direito de preferência para o pagamento de créditos alimentares originários de precatório cujos titulares tenham sessenta anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave. Pretensão da parte agravada que não se amolda às situações previstas na Constituição Federal, uma vez que o precatório expedido refere-se à verba de natureza não-alimentar, ou seja, a crédito comum**. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (TJRS, Ag n. 70037384146, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgado em 12.7.2010).

Desse modo, apenas os credores de crédito de natureza alimentar, idosos e portadores de doença grave, é que detêm preferência no pagamento, nos termos do § 2º do art. 100 da Constituição Federal, e sendo o crédito do presente requisitório de natureza comum, os pedidos de pagamento preferencial não devem ser acolhidos.

Em relação ao pedido de devolução do prazo para a interposição de recurso, verifica-se que a decisão de f. 408-13 foi publicada no Diário da Justiça em 12.5.2011, mesma data em que o Procurador do Estado fez carga dos autos para manifestar-se sobre os pedidos de f. 331-98, tendo devolvido-os em 18.5.2011, razão pela qual o prazo para interposição de recurso deve ser devolvido.

Ante o exposto, **indefiro os pedidos de pagamento prioritário** formulados pelos credores Divino Pereira, Manoel Icassati, Antonio Marques Vaz, Miquéias Lima de Mesquita, Alyrio Cyles Pereira, Tito Livio Renato Gomes, Ronaldo Ferreira, Henrique Melo, Massayco Saito, Paulo Barros Leite, José Domingos Mendonça e Teodorico Ferreira Netto, e **defiro o pedido de restituição do prazo** para interposição de recurso formulado às f. 416-7. (f. 426-30).

As razões invocadas neste regimental de modo algum me animam a rever o entendimento externado na decisão guerreada, valendo-me dos mesmos argumentos nela contidos para mantê-la integralmente.

Os agravantes alegam que o crédito inserido neste precatório é decorrente de verbas salariais, por isso goza de caráter alimentar, nos termos do art. 100, § 1º, da Lei Maior, razão pela qual deve ser processado com prioridade.

Como é cediço, "*a execução contra a Fazenda Pública deve ser proposta e processada perante o juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição*" (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 292).

No mesmo pórtico são as palavras de Américo Luís Martins da Silva:

> [...] é justamente o juiz singular que detém a atribuição de dirigir o processo de execução contra a Fazenda pública e ordenar os atos que nele se praticam. (*in* **Precatório-Requisitório e Requisição de Pequeno Valor (RPV)**, 4. ed. Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 2011. p. 164).

A toda evidência, compete ao juízo da execução proceder à análise das questões incidentes que surgirem após a expedição do ofício. Advém daí que os recorrentes não podem pleitear na Vice-Presidência para que proceda à retificação da natureza do crédito, sob pena de usurpação da competência do juiz de primeiro grau.

Ademais, conforme já decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.098/SP, a função exercida pela Vice-Presidência do Tribunal, quando do processamento do requisitório de pagamento, é revestida de índole eminentemente administrativa, não possui, portanto, natureza jurisdicional.

A propósito, colhe-se do escólio do professor Leonardo José Carneiro da Cunha que:

> **Exatamente porque é administrativa a atividade do Presidente do tribunal na condução do precatório, as questões incidentais, na execução em face da Fazenda pública, devem ser resolvidas pelo juízo que julgou a causa em primeiro grau.** De fato, **as questões pendentes ou que surgirem após a expedição do precatório**, tais como impugnação de juros ou de acréscimos indevidos, ou ainda, a postulação de correção monetária não inserida no precatório, **devem ser resolvidas pelo juízo de primeiro grau**, cabendo ao Presidente do tribunal apenas processar o precatório requisitório expedido por ordem daquele. (Op. cit., p. 308-9).

Nesse diapasão é a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> [...]
>
> 3. **Cabe ao juízo da execução o julgamento de questões incidentes, surgidas durante o cumprimento de precatório**, como, por exemplo, a atualização dos valores em caso de pagamento insuficiente. Precedentes: REsp n. 1.142.728/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 2.6.2010, AgRg no Ag n. 1177144/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 26.2.2010, REsp n. 1104863/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 10.9.2009.
>
> 4. Recurso ordinário não provido. (MS n. 32.009/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.11.2010, DJ de 23.11.2010).
>
> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRECATÓRIO. EXPEDIÇÃO. LIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROVIDÊNCIA DA ALÇADA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO.
>
> [...]
>
> 2. **O Juízo da Execução é competente para solucionar incidentes ou questões surgidas no cumprimento dos precatórios, porquanto a função do Presidente do Tribunal no processamento do requisitório de pagamento é de índole administrativa, não abrangendo as decisões ou recursos de natureza jurisdicional**. Precedentes.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (MS n. 25.374/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 12.2.2008, DJ de 25.2.2008, p. 297).

PROCESSO CIVIL - PRECATÓRIO: DESCUMPRIMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - QUESTÕES INCIDENTES: COMPETÊNCIA.

1. **Na execução de sentença, os incidentes ocorridos após a expedição do precatório devem ser decididos pelo juiz da causa, de primeira instância.**

2. O Presidente do Tribunal, na condução do precatório, age como autoridade administrativa, não tendo seu procedimento conteúdo de jurisdicionalidade.

3. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 189.286/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/Acórdão Minª. Eliana Calmon, julgado em 19.9.2002, DJ de 13.10.2003, p. 313).

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL. **PRECATÓRIO. COMPETÊNCIA. QUESTÕES INCIDENTES.**

Em sede de precatório, o Presidente do Tribunal tem competência meramente administrativa. Ao juiz da execução compete executar o precatório, inclusive resolver as questões incidentes, dentre elas a determinação de expedição de precatório complementar. (IF 32/PR, Corte Especial, DJ de 16.9.1996) Agravo desprovido. (AgRg no REsp n. 329.041/SP, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 27.11.2001, DJ de 25.2.2002, p. 431).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. **PRECATÓRIO. QUESTÕES INCIDENTES. COMPETÊNCIA. JUIZ DE PRIMEIRO GRAU.**

- A autoridade competente para apreciar questões incidentes na execução por precatório é o juiz de primeiro grau que proferiu a sentença condenatória, e não o Presidente do Tribunal de Justiça.

- Precedentes.

- Recurso provido. (REsp n. 195.840/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 18.2.1999, DJ 12.4.1999, p. 188).

Nesse contexto, a Resolução n. 115, de 29 de junho de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 5º, inciso V, estabelece que:

Art. 5º O juiz da execução informará no precatório os seguintes dados, constantes do processo:

[...]

V – natureza do crédito (comum ou alimentar);

In casu, consta do Ofício n. 219/2009 (f. 2), expedido pelo Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que a natureza do crédito é comum.

Ora, o juiz da execução classificou o crédito como comum, cabendo à Vice-Presidência deste areópago adotar tal classificação, pois são os dados constantes do ofício requisitório expedido pelo juízo da execução que servem para embasar o regular processamento do precatório no âmbito do Tribunal, inclusive no que se refere à observância da classificação da natureza do crédito.

Dessa forma, a alteração da natureza obrigacional do crédito deve ser realizada pelo Juízo dirigente da execução, o que, inclusive, foi observado pelos agravantes, que, antes de formularem o pedido de pagamento preferencial a esta Vice-Presidência, pleitearam a reclassificação da natureza do precatório ao juiz singular, conforme se vê do documento de f. 7-8.

Todavia, não há nos autos informações de que o pedido de retificação tenha sido analisado, o que, diante de um pronunciamento do magistrado do processo executivo, permitiria aos agravantes submeter a decisão a recurso, interposto perante este Tribunal de Justiça, ocasião em que o relator com atribuição jurisdicional poderia julgá-lo.

Outrossim, à mingua de elementos para auferir a natureza da obrigação que originou o crédito deste requisitório, a exemplo de cópia da petição inicial, sentença ou eventual acórdão dos autos principais, torna-se inviável à Vice-Presidência realizar um juízo seguro acerca de tal matéria, impossibilitando reclassificar o crédito para alimentar.

Por outro lado, diferente seria se o ofício do juiz da execução viesse preenchido com dados revelando indubitável erro material, situação que, podendo-se auferir dos documentos constantes dos autos a natureza da obrigação, possibilitaria à Vice-Presidência proceder à correção a fim de regularizar o processamento do precatório de requisição de pagamento.

Logo, os recorrentes não apontaram nenhum fundamento capaz de infirmar a decisão invectivada.

Ante o exposto, por não terem os recorrentes apontado novos fatos e fundamentos jurídicos que justifiquem a alteração daquele *decisum*, **nego provimento** ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Joenildo de Sousa Chaves, Marilza Lúcia Fortes e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 17 de agosto de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2007.032733-0 - Naviraí
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C PEDIDO LIMINAR – CESSÃO DE ÁREA PELA AUTORA PARA CONSTRUÇÃO DE ESTRADA VICINAL – CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO DE PASSAGEM – ESBULHO PERPETRADO PELO REQUERIDO NA ÁREA EM QUE FOI INSTITUÍDA A SERVIDÃO – POSSE DA AUTORA DEMONSTRADA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.

A prova da posse, do esbulho e da perda da posse, nos termos do art. 927 do Código de Processo Civil, ensejam a procedência de ação de reintegração de posse ajuizada por quem cedeu área para construção de estrada, constituindo servidão de passagem, e teve sua propriedade invadida pelo proprietário do imóvel vizinho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 28 de junho de 2011.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Orlando Coelho recorre da sentença proferida pela Juíza da 2ª Vara de Naviraí, nos autos da ação de reintegração de posse ajuizada por H Marques Agropecuária Ltda., consistente na procedência do pedido para reintegrar a recorrida na posse de área esbulhada pelo apelante, que faz parte de área cedida para construção de estrada vicinal, com a confirmação da liminar anteriormente deferida e condenação do apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 3.000,00.

Pede a reforma da sentença alegando, em síntese, que a recorrida não é possuidora da área em questão, visto que a doou ao Erário para construção de estrada vicinal com acesso ao Porto Caiuá, o que não caracteriza servidão, fatos esses que demonstram não possuir a autora da ação interesse processual.

Em contrarrazões (f. 319-29), a recorrida pleiteia o improvimento do recurso de apelação e a condenação da parte recorrente ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Orlando Coelho recorre da sentença proferida pela Juíza da 2ª Vara de Naviraí, nos autos da ação de reintegração de posse ajuizada por H Marques Agropecuária Ltda.

Consta dos autos que a recorrida é proprietária e possuidora do imóvel rural "Fazenda Boa Vista", situada no município de Naviraí-MS, matriculada sob o n. 2.726 (R.10) no Registro Geral do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Naviraí, e que, por ato de liberalidade, cedeu parte do bem - área de aproximadamente 40 metros de largura por 6.800 metros de extensão - para a construção de estrada vicinal interna que permite acesso ao Porto Caiuá, não tendo recebido nenhuma indenização pela servidão de passagem.

Segundo se depreende da inicial, a referida servidão localiza-se à margem da divisa da propriedade do recorrente – "Fazenda Beira Rio" –, sendo que, depois de uns cinco anos de construção da estrada, o apelante invadiu dois pontos distintos da área cedida pela autora – um de 1,62 ha e outro de 0,7380 ha –, realizando modificação da cerca de divisa e instalação de cerca eletrificada.

Ajuizada ação de reintegração de posse com pedido liminar, a magistrada *a quo* prolatou sentença de procedência do pedido para reintegrar a recorrida na posse da área esbulhada pelo recorrente, com a confirmação da liminar deferida e condenação do apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 3.000,00

Inconformado, o requerido interpõe recurso de apelação e pede a reforma da sentença alegando, em síntese, que a recorrida não é possuidora da área em questão, visto que a doou ao Erário para construção da estrada, o que não caracteriza servidão, fatos esses que demonstram não possuir a autora interesse processual.

Em contrarrazões (f. 319-29), a recorrida pleiteia o improvimento do recurso de apelação e a condenação da parte recorrente ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

É o relatório. Passo a decidir.

Inicialmente esclareço que a alegação de ausência de interesse da parte recorrida não será analisada como preliminar, uma vez que se confunde com o mérito do recurso de apelação.

Verifico, no caso dos autos, que a cessão de área pela empresa recorrida para a construção da estrada vicinal e a instalação de cercas no mencionado local, por parte do apelante, tratam-se de questões incontroversas.

Logo, a discussão restringe-se, neste momento, à ocorrência ou não de doação da área em que foi construída a estrada, o que permitirá aferir se o recorrente esbulhou a propriedade da autora, retirando-lhe a posse.

Ao compulsar os autos, constato dos documentos juntados que a empresa recorrida apenas cedeu, por liberalidade, uma área de aproximadamente 40 metros de largura por 6.800 metros de extensão para a construção de estrada com acesso ao Porto Caiuá, o que caracteriza a instituição de uma servidão, nos termos dos arts. 1.378 e seguintes do Código Civil.

A constituição da servidão de passagem é clara nos autos, conforme se extrai do teor da declaração emanada do Município de Naviraí: "*Declara que o trecho de estrada vicinal ligando a Rodovia MS-487 (Porto Caiuá) à Rodovia BR-487 (Posto Fiscal – Foz do Amambaí), dentro do município de Naviraí, em uma extensão de 18 KMS, de conformidade com o inciso VII do parágrafo único, artigo 139 do Código de Posturas do Município, é considerada um 'acesso'*" (f. 185).

A testemunha João Bosco Lopes confirmou a construção de uma estrada com acesso ao Porto Caiuá: "*houve alteração da divisa das duas fazendas pertencentes às partes litigantes neste processo; que no local passa uma estrada que liga a BR 487 e MS 287, ligando o posto fiscal da BR 487 com o posto fiscal do Porto Caiuá*" (f. 272).

É cediço que neste tipo de servidão a propriedade serviente proporciona utilidade pública, permitindo que a área cedida seja utilizada como passagem, exatamente o que se verifica no caso, mantendo o respectivo dono a posse do imóvel e o compromisso de não embaraçar o exercício legítimo da servidão, consoante preceitua o art. 1.383 do Código Civil.

Desse modo, é certo que não houve doação por parte da recorrida, mesmo porque não há nos autos nenhuma prova da alegada liberalidade efetivada pela empresa autora ao Poder Público.

Aliás, o fato de constar no documento acostado às f. 184 que os representantes da requerida comprometeram-se a doar ao Município de Naviraí a área de terras utilizada para a construção da estrada não tem nenhuma validade, pois a efetiva doação não restou formalizada, por escritura pública ou instrumento particular, conforme determina o art. 541 do Código Civil.

Sobre essa questão, a juíza asseverou:

> Frise-se que, embora o Réu tenha arguido que a Autora efetuou doação da área em questão, para a construção da estrada vicinal, não juntou aos autos Escritura Pública de Doação e nem mesmo de Servidão, pois o único documento existente é um requerimento dos sócios da Autora efetuado à empresa C. R. Almeida S.A. Engenharia e Construções, para construção da Estrada Vicinal, comprometendo-se a não causar nenhum embaraço à utilização do acesso por qualquer pessoa, ou cobrar qualquer indenização pela construção, conforme se pode comprovar às f. 184 dos autos. (f. 293-4).

Portanto, a empresa autora continua sendo proprietária e possuidora da área cedida e esbulhada pelo recorrente, fato que demonstra o seu interesse processual para a propositura da presente ação e determina a procedência do pleito inicial, tendo em vista encontrarem-se presentes os requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil: posse, esbulho e perda da posse.

Ressalto, neste aspecto, que o esbulho e a consequente perda da posse concretizaram-se com a modificação da cerca de divisa e instalação de cerca eletrificada, o que foi confirmado pelo próprio apelante e também mencionado na sentença:

> In casu, não há que se falar, que a alteração de divisa pelo Réu, com deslocamento da cerca para dentro das terras da Autora, está abarcada pela servidão de trânsito concedido livremente pela Autora à administração pública.
>
> Trata-se sim, o ato do Réu de verdadeiro esbulho do direito de posse da Autora sobre a área servienda, que não foi instituída para o fim de que o Réu aumentasse suas terras clandestinamente, mas somente para permitir a passagem de terceiros (f. 295).
>
> Em caso semelhante, esta Segunda Turma Cível assim decidiu:
>
> EMENTA – AGRAVO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – LIMINAR – ESBULHO NA SERVIDÃO DE PASSAGEM DO IMÓVEL RURAL – POSSE DEMONSTRADA – IMPROVIMENTO.
>
> Mantém-se a liminar que concedeu a reintegração de posse aos agravados se os documentos constantes nos autos evidenciam que possuem o domínio da área utilizada como servidão de passagem no imóvel. (Rel. Des. Luiz Carlos Santini, Agravo n. 2008.032088-9, julgado em 27.1.2009).

Desta feita, verifico que o julgamento de procedência do pleito formulado na ação de reintegração de posse decorreu de exame prudente da magistrada, com fundamento nas provas contidas nos autos, razão pela qual, comprovada a posse da autora, o esbulho praticado pelo réu e a consequente perda da posse, a sentença deve ser mantida.

Com relação ao pedido de condenação do apelante às penas por litigância de má-fé, tenho que as condutas previstas no art. 17 do Código de Processo Civil devem ser inequívocas para a incidência da multa, sob pena de violar o direito da parte requerida de realizar com plenitude a sua defesa.

No caso em exame, percebo que não se encontra evidente a prática de nenhuma das condutas que efetivamente legitimariam a imposição da penalidade.

Por tais razões, afasto o pedido formulado em contrarrazões, relativo à condenação do recorrente nas sanções da litigância de má-fé.

Posto isso, nego provimento ao recurso de apelação para manter a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 28 de junho de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.005350-0 - Naviraí
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE DOAÇÃO C/C CANCELAMENTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO N. 611/92 – DOAÇÃO COM ENCARGO – AUSÊNCIA DE PRAZO PARA O CUMPRIMENTO – LEI OMISSA – CONSTITUIÇÃO DA MORA – DESCUMPRIMENTO – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO JUDICIAL – REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO INCABÍVEL – RECURSO IMPROVIDO.

Se para a revogação da doação onerosa é preciso que o donatário incorra em mora (art. 562 do CC/02, 1ª parte), e se esta, nos casos de ausência de prazo para o cumprimento do encargo, só é constituída através de interpelação (art. 397 do CC/02), tem-se por certo que nos casos em que não houver prazo para o cumprimento do encargo, o doador deverá notificar judicialmente o donatário, a fim de constituir-lhe em mora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 13 de setembro de 2011.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Município de Naviraí apela da sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara de Naviraí-MS, que julgou improcedentes os pedidos pleiteados na inicial. Devido à sucumbência recíproca, determinou que autor e réu arcassem com os honorários advocatícios em favor dos patronos adversos, os quais fixou para o apelante 10% (dez por cento) sobre o valor da causa e para o apelado o valor fixo de R$ 300,00 (trezentos reais), devendo este arcar com as custas da reconvenção, obedecendo aos ditames do Art.12 da Lei n. 1.060/50.

Inconformado, interpôs recurso de apelação (f. 92-5), requerendo a resolução da doação feita em favor do Sindicato apelado, visto que este não cumpriu com o encargo de edificar a sua sede; assevera em suas razões que constituiu o recorrido em mora por meio da edição do Decreto Municipal n. 053/2005 e que não há ratificação tácita da doação. Finalmente, pugna pela fixação de honorários sucumbenciais.

Em sede de contrarrazões (f.102-5), o sindicato apelado requer o improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Município de Naviraí apela da sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara de Naviraí-MS, que julgou improcedentes os pedidos pleiteados na inicial. Devido à sucumbência recíproca, determinou que autor e réu arcassem com os honorários advocatícios em favor dos patronos adversos, os quais fixou para o apelante 10% (dez por cento) sobre o valor da causa e para o apelado o valor fixo de R$ 300,00 (trezentos reais), devendo este arcar com as custas da reconvenção, obedecendo aos ditames do Art.12 da Lei n. 1.060/50.

Inconformado, interpôs recurso de apelação (f. 92-5), requerendo a resolução da doação feita em favor do Sindicato apelado, visto que este não cumpriu com o encargo de edificar a sua sede; assevera em suas razões que constituiu o recorrido em mora por meio da edição do Decreto Municipal n. 053/2005 e que não há ratificação tácita da doação. Finalmente, pugna pela fixação de honorários sucumbenciais.

Em sede de contrarrazões (f.102-5), o sindicato apelado requer o improvimento do recurso.

Passo à análise do recurso.

De uma minudente análise dos autos, tenho que o recurso não merece prosperar.

Do exame dos documentos que constam neste processo, observa-se que Lei n. 611/92 dispõe sobre prazo para o cumprimento do encargo, senão vejamos:

> (...) Art.1°- Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a doar para o "Sindicato dos Vigilantes, Vigias e Guardas de Segurança de Naviraí-MS e Região", inscrito no CGC/MF sob o n. 37.177.318/0001-52, com sede a Rua Vidal de Negreiros, n. 273, nesta cidade de Naviraí-MS, o imóvel urbano determinado, pelo lote n. 2, da quadra n. 80-A, com área de 395,25 m², matriculado no CRI local sob o n. 13.369, com os seguintes limites e confrontações: Frente para a Avenida Iguatemi, medindo 16,20 metros; fundos para o lote n. 2-A, medindo 15,00 metros; Lado Direito para o lote n. 3, medindo 23,25 metros e Lado esquerdo para os lotes n. 1 e 1-A, medindo 29,45 metros.
>
> § 1°- O imóvel urbano caracterizado no *caput* deste artigo, destina-se à construção da sede social da entidade.
>
> § 2°- A escritura pública de doação deve ser lavrada e registrada em Cartório, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da data de publicação desta Lei.
>
> § 3°- Na hipótese de ocorrer inadimplência ao disposto nos parágrafos anteriores, o imóvel convencionado nesta Lei, reverterá ao patrimônio público.
>
> […].

Como se vê, a lei é omissa quanto ao prazo para cumprimento do encargo, logo não pode o município apelante alegar que o sindicato apelado está inadimplente.

Ademais, é cediço que, para a revogação da doação onerosa, é preciso que o donatário incorra em mora, porém nos casos de ausência de prazo para o cumprimento do encargo, é imprescindível a notificação judicial para a constituição da mora.

O Decreto Lei n. 053/2005 não é documento suficiente a comprovar a constituição da mora em cumprir o encargo, visto que este implica, por si mesmo, a consolidação da propriedade no patrimônio público municipal, o que não pode ser admitido, senão vejamos:

> [...]
>
> Decreta
>
> Art.1°- Fica reintegrado ao patrimônio do município, o imóvel determinado pelo lote n. 2 da quadra n. 80-A, medindo 395,25m², constante da planta original da cidade, doado para o Sindicato dos Vigilantes, Vigias e Guardas de Segurança de Naviraí-MS e região, através da Lei Municipal n. 611/92 de 27 de outubro de 1992, objeto da matrícula n. 13.369 no Cartório de Registros de Imóveis da Comarca de Naviraí.[...].

Tenho que o presente Decreto é nulo, já que descumpriu os parâmetros mencionados no Art. 397 do CC/02, pois, para as obrigações sem prazo estipulado, como a hipótese analisada, a solução é dada pelo parágrafo único deste mesmo dispositivo legal, que estabelece a constituição da mora "*mediante interpelação judicial ou extrajudicial*".

Se para a revogação da doação onerosa é preciso que o donatário incorra em mora (art. 562 do CC/02, 1ª parte), e se esta, nos casos de ausência de prazo para o cumprimento do encargo, só é constituída através de interpelação (art. 397 do CC/02), tem-se por certo que nos casos em que não houver prazo para o cumprimento do encargo, o doador deverá notificar judicialmente o donatário, a fim de lhe constituir em mora.

A interpretação do sentido da norma jurídica deve ser feita em total sintonia com todo o ordenamento jurídico, visto que uma norma não existe isoladamente.

Assim, resta incabível a revogação judicial da doação do lote em questão.

Diante de todo o exposto, conheço, porém nego provimento ao recurso interposto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 13 de setembro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.019309-3 - Ponta Porã
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – DPVAT – VEÍCULO ESTRANGEIRO – IRRELEVÂNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O artigo 5º da Lei n. 6.194/74 exige, como condição para o pagamento da indenização securitária, a prova da ocorrência do acidente e do dano. Logo, é irrelevante que o veículo que ocasionou o sinistro seja estrangeiro e não licenciado no Brasil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 2 de agosto de 2011.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Unibanco AIG Seguros S/A apela da sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã-MS, que julgou procedente o pedido ao pagamento do valor de R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), a título de seguro DPVAT, valor este atualizado monetariamente pelo IGPM/FGV desde a data do sinistro e com juros de mora a partir da citação. Condenou a apelante ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor da condenação. Determinou que, em não havendo cumprimento voluntário da sentença no prazo de 15 dias, a contar do trânsito em julgado, nos termos do 475-J do CPC, incidirá multa de 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada com a sentença (f. 108-11), interpôs recurso de apelação (f.122-6), a fim de que seja reconhecida a improcedência do pedido de pagamento de seguro DPVAT pleiteado na inicial, pois o veículo utilizado pelo *de cujus* era de origem estrangeira.

Em sede de contrarrazões (f. 162-3), apelada requer o improvimento do recurso de apelação interposto.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Unibanco AIG Seguros S/A apela da sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã-MS, que julgou procedente o pedido ao pagamento do valor de R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), a título de seguro DPVAT, valor este atualizado monetariamente pelo IGPM/FGV desde

a data do sinistro e com juros de mora a partir da citação. Condenou a apelante ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor da condenação. Determinou que, em não havendo cumprimento voluntário da sentença no prazo de 15 dias, a contar do trânsito em julgado, nos termos do 475-J do CPC, incidirá multa de 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada com a sentença (f. 8-11), interpôs recurso de apelação (f. 122-6), a fim de que seja reconhecida a improcedência do pedido de pagamento de seguro DPVAT pleiteado na inicial, pois o veículo utilizado pelo *de cujus* era de origem estrangeira.

Em sede de contrarrazões (f. 62-3), apelada requer o improvimento do recurso de apelação interposto.

Passo à análise do recurso.

De uma minudente análise dos autos, tenho que o recurso não merece provimento.

Como bem lembrado pelo magistrado sentenciante às f. 108-11, melhor sorte não assiste ao demandado quando sustenta que o seguro não pode ser efetivado, porque o veículo envolvido no acidente era estrangeiro.

Primeiro, porque há uma vaga menção no BO de que a moto conduzida pela vítima era de marca *Hero Puch* (f. 18) sem maiores elementos a indicar que o veículo era estrangeiro, sem registro nos órgãos de trânsito brasileiro.

Segundo, porque a questão já foi enfrentada nas Turmas Cíveis do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, reconhecendo-se o direito ao pagamento de seguro obrigatório, mesmo quando o veículo envolvido seja estrangeiro.

Aliás, este Tribunal já decidiu caso semelhante:

> AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT - VÍTIMA QUE CONDUZIA VEÍCULO EMPLACADO NO ESTRANGEIRO E QUE SE ENVOLVE EM ACIDENTE COM AUTOMÓVEL NO BRASIL LICENCIADO - FATO NÃO IMPEDITIVO DO DIREITO À INDENIZAÇÃO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - VALOR QUANTIFICADO EM SALÁRIOS MÍNIMOS - CRITÉRIO LEGAL (LEI N. 6.194/740 QUE NÃO SE REVOGA POR ATO ADMINISTRATIVO - INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA DA DATA DO EVENTO DANOSO - SÚMULAS N. 43 E N. 54 DO STJ - RECURSO NÃO PROVIDO. (AC n. 2002.006197-2, Primeira Turma, Rel. Des. Jorge Eustácio da Silva Frias, DJ de 19.3.2004).

Com efeito, inexiste qualquer vedação legal para o pleito deduzido, pois a Lei n. 6.194/74 que trata da indenização do seguro obrigatório não faz alusão à procedência do veículo envolvido no sinistro. Dessa forma, se a questão posta em juízo tem correspondência com a aplicação do direito pleiteado, não há falar em impossibilidade jurídica do pedido.

Segundo a lição do Professor Humberto Theodoro Júnior:

> Pela possibilidade jurídica, indica-se a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação. Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico. (*in* **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 50. v. 1). (extraído do voto do Des. Joenildo de Sousa Chaves, no Processo n. 2006.015005-9).

Ademais, a questão de o veículo ser estrangeiro, a falta de recolhimento do prêmio ou da apresentação do bilhete de seguro é irrelevante para caracterizar o direito de indenizar, isto porque o art. 5º da Lei n. 6.194/74 só exige "*simples prova do acidente e do dano decorrente*", situação que se apresenta no caso, já que os documentos de f. 12-35 dão conta da ocorrência do sinistro e a morte da vítima.

Neste sentido tem orientado a jurisprudência:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT - PRELIMINARES AFASTADAS - VEÍCULO ESTRANGEIRO NÃO LICENCIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE PAGAMENTO PARCIAL - MÉRITO - VALOR ARBITRADO EM 40 VEZES O MAIOR SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA - LEI N. 6.194/74 - FIXAÇÃO EM SALÁRIOS MÍNIMOS - LEI N. 6.194/74 NÃO REVOGADA PELAS LEIS N. 6.205/75 E N. 6.423/77 RECURSO DESPROVIDO. O art. 5º da Lei n. 6.194/74 exige como condição para o pagamento da indenização securitária a prova da ocorrência do acidente e do dano. Logo, é irrelevante que o veículo que ocasionou o sinistro seja estrangeiro e não licenciado no Brasil, ou mesmo a falta de recolhimento do prêmio e apresentação do bilhete de seguro ou DUT. (TJPR, AC n. 0476875-0, Nona Câmara Cível, Rel. Des. José Augusto Gomes Aniceto, Unanime, julgado em 31.7.2008 - destaquei)

> APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO OBRIGATÓRIO DE DANOS PESSOAIS. DPVAT. VEÍCULO ESTRANGEIRO NÃO LICENCIADO NO BRASIL. IRRELEVÂNCIA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. FIXAÇÃO EM 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. LEI N. 6.194/74, ARTIGO 3º. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÕES DO CNSP. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIOCONSTITUCIONALDAHIERARQUIADASNORMAS.JUROSMORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. PREJUDICADOS. SENTENÇA. MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. I - O artigo 5º da Lei n. 6.194/74, exige como condição para o pagamento da indenização securitária a prova da ocorrência do acidente e do dano. Logo, é irrelevante que o veículo que ocasionou o sinistro seja estrangeiro e não licenciado no Brasil, ou mesmo a falta de recolhimento do prêmio e apresentação do bilhete de seguro ou DUT. II - [...]. III - [...]. IV - [...]. V - Recurso não provido. (TJPR, AC n. 0387735-6, Foz do Iguaçu, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Tufi Maron Filho, Unanime, julgado em 2.8.2007 - destaquei)

Conclusão

Diante de todo o exposto, conheço, porém, nego provimento ao recurso interposto pela Unibanco AIG Seguros S/A e mantenho na íntegra a sentença ora objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Julizar Barbosa Trindade e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 2 de agosto de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2009.030465-1 - Coxim
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO – POSTERIOR CIRURGIA PLÁSTICA DE RESTAURAÇÃO E ENXERTO – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA O DEVER DE INDENIZAR OS DANOS MORAIS SOFRIDOS PELA PACIENTE – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – ARBITRAMENTO EM VALOR RAZOÁVEL – MANTIDO – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – CITAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A possibilidade de atenuação da lesão sofrida por erro médico com posterior cirurgia reparadora, para substituir a cicatriz por outra de melhor aspecto, não afasta a obrigação de reparar o dano moral. Cabe a reparação de ambos os danos, que se assentam em diferentes fundamentos, com sua cumulabilidade hoje pacificamente aceita.

Deve o valor a título de indenização por danos morais ser mantido quando fixado respeitando-se os princípios da razoabilidade e da moderação, considerando a real proporção do dano e a capacidade sócio-econômico-financeira das partes, sem olvidar do caráter pedagógico da condenação, visando a desestimular, no futuro, a reincidência dos abusos praticados pelo ofensor na prestação de seus serviços.

Os juros de mora, em indenização por erro médico, incidem a partir da citação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 6 de julho de 2011.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Sociedade Beneficente de Campo Grande – Santa Casa de Campo Grande-MS – interpõe recurso de apelação em face da sentença que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Maria de Fátima Assis Brito, julgou procedente o pedido inicial, a fim de condenar a requerida-apelante ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00, acrescidos de juros de 1% ao mês, incidentes desde a data do infortúnio, e correção monetária pelo IGPM-FGV, incidente desde o arbitramento.

Sustenta que a sentença recorrida ignorou a reparação do dano já havida por meio da cirurgia plástica de restauração e enxerto, e condenou a recorrente em razão de que *"o fato de a equipe médica ter liberado*

a paciente do hospital antes da ocorrência do enxerto de pele implica necessariamente a configuração da inocorrência de medidas a fim de mitigar o sofrimento da vítima" e *"a única pessoa a confirmar o atendimento satisfatório reparador do dano foi a testemunha Alvina cujo depoimento, na qualidade de informante, não seria digno de confiança"* (f. 247).

Ressalta, porém, que houve má apreciação da provas, afirmando que em sede de defesa afirmou que havia liberado a paciente da rotina hospitalar 72 horas após o procedimento cirúrgico, mas que essa ocorrência não leva à conclusão de que houvera alta do tratamento, que continuou a ser prestado da forma necessária, como faz prova o documento de f. 23.

Observa que a recorrida só teve liberação hospitalar em razão de que afirmou que permaneceria em Campo Grande até a solução do caso, e que, em data designada para retorno, a paciente *"não compareceu à consulta marcada no ambulatório de cirurgia plástica, sobrestando o normal acompanhamento do atendimento pelos médicos da Santa Casa"* (f. 247).

Alega que dias após a apelada compareceu ao Hospital, ocasião em que a lesão foi examinada, *"sinalizando para a possibilidade de realização do enxerto, que ainda deveria aguardar a completa formação do tecido de granulação para somente então receber a nova pele (essas etapas ocorrem entre 30 e 40 dias)"* (f. 248), mas mesmo assim a autora preferiu não aguardar no Hospital, tendo dito que se encaminharia à cidade de origem, *"e que retornaria no dia 23 de agosto de 2004, data marcada pela médica para a avaliação final antes da enxertia"* (f. 248), fato ocorrido, sendo que em 30 de agosto de 2004 a recorrida foi internada para ser submetida à intervenção reparadora. Salienta que *"a razão para que se aguardasse esse prazo não é a negligência ou a falta de disponibilidade da recorrente, como quis acreditar a magistrada, senão puramente científica"* (f. 248).

Aduz que *"o depoimento colhido pelo Juízo deprecado, em Campo Grande, e adunado aos autos às fls. 204, a despeito de ter sido tomado sem compromisso da depoente, não se afasta das demais provas produzidas nos autos, merecendo, portanto, credibilidade"* (f. 249), já que a depoente *"respondeu precisamente a respeito daquilo que teve conhecimento por sua participação direta (acompanhamento à apelada durante o pré e o pós-operatório da segunda cirurgia – o enxerto de pele), abstendo-se de responder àquilo que lhe foi perguntado mas que não tinha conhecimento"* (f. 249).

Acrescenta ainda que a requerente não produziu qualquer prova a elidir o conjunto probatório carreado aos autos no sentido de que a cirurgia reparadora foi realizada no momento apropriado, custeado pela ré e com resultado final satisfatório, *"de maneira que o depoimento da informante só robustece a tese da recorrente e corrobora os documentos juntados com a contestação"* (f. 249).

Conclui, afirmando que *"Comprovado que (a) a autora, a despeito de liberada da rotina hospitalar (justamente para evitar maiores contatos com pacientes adoentados e possível contaminação da ferida), não havia obtido alta do tratamento e que (b) o procedimento de reparação da lesão injustamente causada foi realizado no momento oportuno, com todas as despesas pagas pela apelante, obtendo-se resultado satisfatório, outra não pode ser a conclusão senão a de que o dano foi integralmente reparado"* (f. 249).

De forma sucessiva, requer a recorrente a redução do valor arbitrado a título de indenização por danos morais, assim como a incidência de juros moratórios a partir da citação, e não do evento danoso.

Em contrarrazões, a apelada pugna pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Sociedade Beneficente de Campo Grande - Santa Casa de Campo Grande-MS - em face da sentença que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Maria de Fátima Assis Brito, julgou procedente o pedido inicial, a fim de condenar a requerida-apelante ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00, acrescidos de juros de 1% ao mês, incidentes desde a data do infortúnio, e correção monetária pelo IGPM-FGV, incidente desde o arbitramento.

Extrai-se dos autos que a autora alegou na peça exordial que foi submetida a uma cirurgia plástica redutora de mamas, em decorrência de problemas de saúde causados pelo tamanho avantajado dos seios e que, por erro médico ocorrido durante a intervenção cirúrgica, sofreu danos de ordem patrimonial e extrapatrimonial.

Afirmou ainda a autora que, após o procedimento cirúrgico, constatou ter sofrido uma queimadura de terceiro grau e que os médicos omitiram o que realmente havia ocorrido, tendo inclusive permitido que a autora deixasse o hospital.

Outrossim, aduziu que somente foi encaminhada para outro cirurgião plástico e submetida a novo procedimento depois de ter levado o caso ao conhecimento da imprensa e que foi informada por uma "estagiária" de medicina que sua queimadura havia ocorrido em razão do estilhaçamento de uma lâmpada durante o procedimento cirúrgico.

Em razão desses fatos, formulou a pretensão indenizatória constante da inicial.

O juízo *a quo*, ao analisá-la, afirmou que a própria demandada reconheceu que *"ocorreu, de fato, uma situação anômala durante o procedimento a que foi submetida a autora"* (f. 228), referindo-se à queimadura sofrida pela autora quando do procedimento cirúrgico, decorrente da exposição prolongada a um foco de luz que estava sem filtro, afastando-se, com isso, do procedimento regular a ser observado.

Assim, considerando ter havido um defeito no serviço que causou dano à autora, entendeu o juízo *a quo* estarem presentes os requisitos autorizadores da responsabilidade civil.

Acrescentou o juízo de origem que, mesmo a submissão da requerente à nova intervenção cirúrgica com a finalidade de corrigir ou ao menos amenizar o sofrimento por ela experimentado, por si só, não afasta a responsabilidade de reparar os danos morais por ela experimentados.

Como se vê, toda a discussão dos autos gira em torno do erro médico ocorrido durante a intervenção cirúrgica, consistente na queimadura de terceiro grau sofrida pela autora (fato incontroverso nos autos).

Desse modo, irrelevante para o caso em apreço a alegação feita pela recorrente de que realizou cirurgia plástica de restauração e enxerto na autora, pois essa conduta, quando muito, é capaz de reparar o dano estético sofrido pela autora, mas não o dano moral.

Com efeito, a autora sofreu danos que atingem o seu direito à integridade física (dano estético), bem como atingem o seu direito à integridade psíquica (dano à integridade moral).

Há ressaltar que o dano estético possui fundamento jurídico distinto daquele que visa a ressarcir o dano moral, principalmente porque o nosso ordenamento jurídico, a exemplo da Constituição Federal de 1988, faz distinção entre o direito à integridade física e o direito à integridade moral - bens que integram o

rol dos direitos personalíssimos. Desta forma, são acumuláveis as indenizações por danos morais e estéticos quando puderem ser avaliados isoladamente, ainda que derivados do mesmo fato. Nesse sentido é a Súmula n. 387 do STJ.

> CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. QUEIMADURA SOFRIDA PELA AUTORA LOGO APÓS O PARTO, NAS DEPENDÊNCIAS DO HOSPITAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. COMPROVADO NEXO CAUSAL ENTRE A ATUAÇÃO DA RÉ E O DANO SOFRIDO PELA AUTORA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. Embora a prova pericial não possa ter concluído que a queimadura que vitimou a autora foi devido ao emprego de substância química ou a ação do calor, o fato é que teve origem no curto período em que esteve entregue aos cuidados de profissionais ligados à ré. 2. A possibilidade de atenuação da lesão com cirurgia reparadora, para substituir a cicatriz por outra de melhor aspecto, não afasta a obrigação de reparar o dano moral. Cabe a reparação de ambos os danos, que se assentam em diferentes fundamentos, com sua cumulabilidade hoje pacificamente aceita. 3. Ao proceder ao arbitramento do quantum indenizatório, no dano moral, deve o juiz agir com parcimônia, sempre observando os parâmetros da condição pessoal da vítima, a capacidade econômica do ofensor, a natureza e extensão do dano, à luz da gravidade da ofensa. (TJDF, AC n. 20000810008322, AC n. 172209, Primeira Turma Cível; Relª Desª Ana Maria Duarte Amarante, julgado em 16.12.2002, DJU 7.5.2003, p. 40)

Assim, como bem asseverado pelo juízo *a quo* na sentença recorrida, *"Muito embora a parte requerida tenha submetido a requerente, após algum tempo, a nova intervenção cirúrgica, com a finalidade de corrigir, ou ao menos amenizar o sofrimento por ela experimentado, tal fato, por si só, não afasta a responsabilidade de reparar os danos morais por ela experimentados"* (f. 231), entendimento que deve ser mantido incólume, com o afastamento das razões recursais fundadas na realização da referida cirurgia reparadora e a liberação da autora do hospital, pois a essa altura a autora já sofria os danos alegados na exordial.

Por pertinente, oportuna a transcrição da sentença hostilizada quanto ao reconhecimento do dever de indenizar da recorrente, cujos fundamentos também adoto como razões de decidir, *in verbis*:

> Por óbvio que a responsabilidade de verificar as medidas necessárias a garantir a saúde e, até mesmo, a segurança dos pacientes é da pessoa jurídica demandada, já que não é concebível que os funcionários responsáveis não tenham verificado a regularidade de algo tão importância quanto a iluminação de um centro cirúrgico.
>
> E, considerando que restou incontroverso o dano causado à paciente (queimadura nos seios), a conduta praticada pela parte demandada (inobservância quanto à ausência de filtro de luz no centro cirúrgico) e o nexo de causalidade entre a conduta culposa e o dano, verificam-se presentes os requisitos autorizadores da responsabilidade civil, quais sejam, o nexo de causalidade entre o dano e a conduta praticada pelos prepostos da parte requerida.
>
> E nem se diga ser inexistente o dever de indenizar em razão de tratar-se de obrigação de meio e não de resultado, porquanto houve um defeito no serviço, consistente na inobservância do dever de cuidado necessário estranho ao procedimento médico.
>
> Em outros termos, no presente caso não se questiona a conduta médica no que diz respeito ao sucesso da cirurgia em si, mas, sim, a ausência de cuidado necessário com os equipamentos utilizados, equipamentos estes que causaram o dano à paciente, ora requerente.
>
> Ainda que não restasse incontroversa a ausência de cuidado necessário quanto aos equipamentos a serem utilizados durante a cirurgia, é certo que doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar que hospitais, clínicas e casas de saúde são prestadoras de serviço e, portanto, de acordo com a legislação consumerista, respondem objetivamente por eventuais danos causados aos pacientes.

Nesse sentido, a lição de Sergio Cavalieri Filho:

[...] Sustentava-se que a instituição hospitalar, além da obrigação de curar, de dar tratamento médico ao paciente, assumia com ele uma obrigação de hospedagem da qual lhe resultava uma presunção de responsabilidade que a tornava responsável por tudo aquilo que viesse a ocorrer ao paciente. Tenho para mim que essa fundamentação perdeu a sua razão de ser em face do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes.

E, ainda, o julgado proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

[...] Os hospitais, clínicas e casas de saúde devem garantir o fornecimento de um serviço sem defeito. Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviço, enquadrando-se no art. 14 do CDC, portanto, respondem objetivamente pelos danos causados aos pacientes. Ocorrendo, pois, um acidente de consumo causado por médico, o fornecedor deve responder de forma solidária pelo simples fato de ter lançado no mercado um serviço defeituoso.[...]. (TJDF, AC n. 20030110308045, Segunda Turma Cível, Relª Desª Nilsoni de Freitas, DJU de 11.9.2007, p. 125)

Em outras palavras, pelos elementos carreados aos autos, não há como afastar a responsabilidade pelo danos causados à paciente, ora requerente, por parte da requerida.

De outro vértice, não se pode olvidar que as medidas com a finalidade de amenizar o sofrimento da paciente deveriam ter sido tomadas de pronto pela demandada, o que não restou devidamente demonstrado nos autos, já que a única testemunha a afirmar tal fato é funcionária da ré, ouvida, portanto, como informante do juízo.

Não fora o bastante, conforme afirmado pela parte autora e não impugnado expressamente pela demandada, aquela recebeu autorização dos médicos para que voltasse para sua cidade, mesmo tendo sofrido as queimaduras que lhe causaram sofrimento físico e moral.

Não é difícil imaginar a dor sofrida por uma pessoa que busca a intervenção cirúrgica com a finalidade de solucionar uma lesão na coluna causada pelo tamanho avantajado das mamas e deixa a sala de cirurgia com uma queimadura nos seios.

Não bastasse a dor decorrente do processo natural de recuperação após uma cirurgia, teve a autora que lidar com a imagem de suas mamas lesionadas, conforme se verifica nas fotografias por ela colacionadas aos autos.

Muito embora a parte requerida tenha submetido a requerente, após algum tempo, a nova intervenção cirúrgica, com a finalidade de corrigir, ou ao menos amenizar o sofrimento por ela experimentado, tal fato, por si só, não afasta a responsabilidade de reparar os danos morais por ela experimentados.

Note-se que o dever de indenizar decorre do incontroverso nexo de causalidade entre a conduta da requerida e do dano sofrido pela paciente, ora autora.

Isso porque, como afirmado pela demandada, a queimadura se deu pela ausência do foco de luz no centro cirúrgico e pela prolongada exposição a esse tipo de iluminação.

Não se trata, pois, de risco inerente ao procedimento a que a paciente foi submetida e, sim, de inobservância aos deveres mínimos de cautela, qual seja, obrigação de manter o centro cirúrgico em condições para realização de cirurgias.

> Some-se a isso, ainda, o fato de não ter a requerida conseguido comprovar, satisfatoriamente, que tomou os cuidados necessários no sentido de minimizar a dor e o sofrimento da paciente, já que restou incontroversa a autorização para que esta retornasse à sua cidade, mesmo tendo sofrido, repita-se, queimadura tão grave.
>
> Competia-lhe, é certo, dada a relação de consumo havida entre as partes, demonstrar o atendimento a todas as cautelas necessárias a fim de evitar a lesão (artigo 6º, inciso VIII, do CDC). Todavia, como afirmado, deste ônus não se desincumbiu, razão pela qual a condenação no pagamento de indenização pelos transtornos decorrentes do incidente é medida que se impõe.
>
> Sem dúvida, o dissabor, o aborrecimento, neste caso, são inerentes ao infortúnio, prescindindo de dilação probatória para sua comprovação, porquanto a dor causada pela queimadura em um dos seios da autora não pode ser medida.

Superada a questão do dever de a requerida indenizar a autora, passo ao exame do pedido sucessivo de redução do valor arbitrado a título de indenização por danos morais, assim como de incidência de juros moratórios a partir da citação, e não do evento danoso.

No que diz respeito ao *quantum* indenizatório, é cediço que inexiste um parâmetro legal para quantificar o valor de uma indenização por dano moral. A fixação da reparação é uma tarefa atribuída ao julgador, que deve se basear nas particularidades do caso concreto, atendendo a alguns parâmetros, quais sejam: a posição social do autor, o grau de culpabilidade do réu, as consequências do ato danoso e caráter sancionador, pois a compensação da vítima deve ter um sentido punitivo ao lesante.

A reparação do dano moral tem finalidade educativa, como forma de incentivar o respeito aos direitos da vítima e evitar que o ofensor reincida no mesmo erro por considerar a sanção civil leve demais, sanção essa que também visa a restabelecer o equilíbrio nas relações privadas, realizando-se, assim, a função inibidora da teoria da responsabilidade.

Na esteira desse raciocínio, noto que a importância fixada em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) atende ao princípio da razoabilidade, dentro da realidade e das peculiaridades do caso concreto. Com isso, propicia-se uma sanção que não constitui locupletamento ilícito e atende satisfatoriamente aos interesses das partes, compensando o sofrimento e o constrangimento da requerente e representando sanção à requerida, que agirá de maneira mais cautelosa quando no trato com seus pacientes.

Por fim, no que diz respeito ao termo inicial dos juros de mora, tenho que a sentença recorrida merece reforma, diante do entendimento já pacificado no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, no sentido de que, em se tratando de indenização por erro médico, os juros moratórios incidem a contar da citação, senão vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO - JUROS DE MORA - TERMO INICIAL - CITAÇÃO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. (AgRg. nos ED no Ag 1186066/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 16.12.2010, DJ de 3.2.2011)
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. JUROS MORATÓRIOS. OMISSÃO. INCIDÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO. 1. No que respeita à indenização devida à vítima, não cuidou o aresto embargado de se manifestar acerca dos juros de mora, daí porque, tratando-se de erro médico, deve ser estabelecida sua incidência a partir da citação, à taxa de 0,5% ao mês até 10.01.2003 e, a contar daí, na forma prevista no art. 406 do Código Civil vigente. (ED no REsp n. 1065747/PR, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em: 14.9.2010, DJ de 22.9.2010)

> Os juros de mora, em indenização por erro médico, incidem a partir da citação. (REsp n. 1001671/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 23.3.2010, DJ de 26.4.2010)

Por tais razões, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento apenas para determinar que os juros de mora incidam a partir da citação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran e Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 6 de julho de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.031539-7 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO - TRIBUTÁRIO – INCIDÊNCIA DE ISSQN – CONTRATO DE FRANQUIA DE CORREIOS – HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA – LEI COMPLEMENTAR N. 116/2003 – RECURSO PROVIDO.

A Lei Complementar n. 116/03 aumentou as hipóteses de incidência do ISS, trazendo em seu item 26.01 como fato gerador os "*serviços de coleta, remessa ou entrega, de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas*".

Além disto, tornou-se comum a prestação de serviços diversos pelas agências dos correios e respectivas franquias, expressamente previstos na lista da LC 116/2003, quando houve expressa previsão do fato gerador, legitimando a exigência do tributo pela municipalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 21 de setembro de 2011.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Município de Campo Grande interpõe recurso de Apelação Cível – Lei Especial – em face da sentença que, nos autos do Mandado de Segurança Coletivo impetrado pela Associação das Agências de Correio Franqueadas de Campo Grande – Mato Grosso Do Sul –, onde o juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido contido na inicial, concedendo a segurança, a fim de determinar que o ente público não efetue lançamento tributário e, consequentemente, a cobrança do ISSQN das agências franqueadas dos correios pelas atividades que prestam na qualidade de franqueadas.

Sustenta o recorrente, em apertada síntese, que a Lei Complementar Municipal n. 59/2003, publicada no Diário Oficial de Campo Grande, em versão corrigida em 24 de dezembro de 2003, houve decadência do prazo para a impetração da segurança.

Aduz que não se admite a impetração de mandado de segurança contra lei em tese, somente contra leis de efeitos concretos.

Argumenta que, com a entrada em vigor da Lei Complementar n. 116/2003, é perfeitamente possível a incidência do ISSQN sobre as franquias e os serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas, *courrier* e congêneres.

Por fim, requereu a reforma da sentença recorrida para reconhecer o direito do Município de Campo Grande de exigir o ISSQN sobre a franquia e serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas, *courrier* e congêneres.

Às f. 592-600 segue o parecer da D. Procuradoria-Geral de Justiça, onde opina pelo não provimento do recurso de apelação, mantendo-se a sentença por seus próprios termos.

Em contrarrazões ao recurso de apelação (f. 644-55), o recorrido pugna pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO (EM 14.9.2011)

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Município de Campo Grande interpõe recurso de Apelação Cível – Lei Especial – em face da sentença que, nos autos do Mandado de Segurança Coletivo impetrado pela Associação das Agências de Correio Franqueadas de Campo Grande – Mato Grosso do Sul –, onde o juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido contido na inicial, concedendo a segurança, a fim de determinar que o ente público não efetue lançamento tributário e, consequentemente, a cobrança do ISSQN das agências franqueadas dos correios pelas atividades que prestam na qualidade de franqueadas.

Como se infere, o Município de Campo Grande tem exigido das empresas franqueadas dos correios, em relação às suas atividades postais, o recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

Como é cediço, o serviço postal compete à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), em regime de monopólio, por força do Decreto-Lei n. 509/69 e da Lei n. 6.538/78, sendo autorizada a terceirização mediante celebração dos chamados "contratos de franquia".

No caso, pretendem as empresas franqueadas, por intermédio de sua associação, obter a segurança no sentido de suspender a exigibilidade dos créditos tributários, em período posterior à Lei Complementar n. 116/03, cujo item 17.08 e 26.01 da Lista Anexa prevê:

> 17.08 – Franquia (*franchising*).
>
> 26.01 – Serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas; *courrier* e congêneres.

Os serviços de postagem, envio e entrega de correspondência não encontravam previsão na lista de serviços enumerada pela LC 56/87. Deste modo, enquanto vigorou aquela lei, era inoperante a tributação de ISS efetuada pelo município sobre aquelas atividades.

Contudo, o Município de Campo Grande, observando tais incidências encontradas na então novel Lei Complementar n. 116/03, reproduziu em sua Lei Complementar Municipal n. 59, em seu art. 2º, a lista anexa à Lei Complementar n. 116/03.

Portanto, verifica-se que a Lei Complementar n. 116/2003 bem como a Lei Complementar Municipal n. 59/2003 incluíram na lista de serviços sujeitos ao pagamento do ISSQN os serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas.

Assim, verifica-se que, embora o apelado tenha celebrado contrato de franquia com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos anteriormente à vigência da Lei Complementar n. 116 de 31 de julho de 2003, sua aplicabilidade teve como termo inicial o exercício seguinte ao de sua edição, ou seja, o ano de 2004.

Com o advento da Lei Complementar n. 116/03, a municipalidade, utilizando-se da prerrogativa que lhe é conferida, por meio da Lei Municipal n. 1.873/03, viabilizou a cobrança do ISSQN para as atividades descritas em seu art. 23, item 26.01, prevendo sua incidência aos "*serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas; courrier e congêneres*".

Em sendo a impetrante a representante das franqueadas da Empresa de Brasileira de Correios e Telégrafos, suas associadas passaram a exercer as atividades de prestação de serviços nas modalidades previstas no item 26.01 da lista anexa da Lei Complementar n. 116/03, bem como no item 26.01 do art. 23 da Lei Municipal n. 1873/03.

Havendo previsão legal para a incidência do imposto sobre os serviços prestados pelas associadas da apelada, é legítima sua cobrança pela municipalidade, uma vez que o ISSQN é imposto de natureza Municipal, a teor do que dispõe o art. 156, inciso III, da Constituição Federal.

Frise-se que o ISSQN tem como hipótese de incidência a prestação de serviços de qualquer natureza, sejam eles realizados por empresa ou profissional autônomo, tenham eles estabelecimento fixou ou não, desde que inclusos na listagem contida na Lei Complementar n. 116/03.

Assim, assiste razão à apelante, uma vez que a natureza do contrato e atividades exercidas pelas associadas da apelada encaixam-se perfeitamente na hipótese de incidência do ISSQN previsto no item 26.01 da Lei Complementar n. 116/03, que tem como fato gerador a prestação de serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas; *courrier* e congêneres.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISSQN. FRANQUIA DOS CORREIOS. SERVIÇOS POSTAIS E TELEMÁTICOS. INCIDÊNCIA APÓS EDIÇÃO DA LC N. 116/03. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-COMPROVADA.
>
> O entendimento desta Corte é no sentido que: A edição da LC n. 116/03, que entrou em vigor a partir de 1.1.2004, enunciou, no item 26.01 de sua lista anexa, como hipótese de incidência do ISS, os serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas. Destarte, a partir de então, ressoa indubitável a incidência da exação sobre os serviços postais e telemáticos realizados pelas agências franqueadas dos Correios (REsp n. 873.440/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 3.12.2007).
>
> É inviável a comprovação da divergência jurisprudencial a partir de decisão monocrática do relator; assim como quando tratar-se de julgado que verse sobre situação fática diversa, como no presente caso.
>
> A alegação genérica de ofensa a lei federal não se mostra suficiente, sendo necessária a especificação do dispositivo de lei que a parte insurgente considera malferido, sob pena de caracterizar deficiência na fundamentação. Incidência, na espécie, da Súmula n. 284/STF.
>
> Agravo regimental não-provido.
>
> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. LC N. 56/87. SERVIÇOS POSTAIS E TELEMÁTICOS. FRANQUIA DOS CORREIOS. NÃO INCIDÊNCIA.

> Não incide ISS sobre os serviços postais e telemáticos prestados por franquias dos Correios sob a égide da LC n. 56/87. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.
>
> A LC n.116/03, no item 26.01 de sua lista anexa, fixou como hipótese de incidência do ISS os "serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas".
>
> Somente a partir da LC n. 116/03 tornou-se possível a incidência do ISS sobre os serviços postais e telemáticos realizados pelas agências franqueadas dos Correios. Recurso especial provido.
>
> APELAÇÃO CÍVEL. ISS. FRANQUIA. CORREIOS. Os serviços de postagem, envio e entrega de correspondência não encontravam previsão na lista de serviços enumerada pela LC n. 56/87, sendo diversa a situação a partir da entrada em vigor da LC n. 116/2003, que prevê no item 17.8 os "Serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas; courrier e congêneres." (item 26). Além disto, tornou-se comum a prestação de serviços diversos pelas agências dos correios e respectivas franquias, expressamente previstos na lista da LC n. 116/2003. Dá-se provimento à apelação para declarar a inexigibilidade do tributo até a entrada em vigor da LC n. 116/2003, quando houve expressa previsão do fato gerador, legitimando a exigência do tributo pela municipalidade. (TJMG, AC n. 1.0701.01.005102-0/001, Uberaba, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Nilo Schalcher Ventura, julgado em 4.11.2004, DJMG de 3.12.2004)

Verifica-se, das razões explanadas acima, que antes da entrada em vigor da LC n. 116/2003 não há falar em incidência de ISSQN sobre as atividades do apelado, sendo diversa a situação a partir da entrada em vigor da LC n. 116/2003, que pôs fim à controvérsia ao prever expressamente o serviço, nos termos do entendimento e da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Aliás, importante consignar que, além dos serviços típicos, é comum hoje as agências dos Correios e franqueadas efetuarem o recebimento de carnês e contas diversas, serviços estes que igualmente encontram previsão na lista de serviços da LC n. 116/2003, conforme se lê no item 15.10: *"Serviços relacionados a cobranças, recebimentos ou pagamentos em geral, de títulos quaisquer, de contas ou carnês, de câmbio, de tributos e por conta de terceiros, inclusive os efetuados por meio eletrônico, automático ou por máquinas de atendimento; fornecimento de posição de cobrança, recebimento ou pagamento; emissão de carnês, fichas de compensação, impressos e documentos em geral."*

Portanto, com a entrada em vigor da LC n. 116/2003, que prevê no item 17.8 os "*serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas; courrier e congêneres*", bem como com a prestação de serviços diversos pelas franquias de correios, a cobrança do referido tributo mostra-se legítima.

Por tais razões, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar a sentença recorrida, reconhecendo o direito do Município de Campo Grande-MS de exigir o ISSQN sobre franquia e os serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas, *courrier* e congêneres. A liminar concedida às f. 572-5 fica assim revogada.

O Sr Des. Divoncir Schreiner Maran (Revisor)

De acordo com o voto do Relator.

Conclusão do julgamento adiada em face do pedido de vista formulado pelo vogal, Des. Sérgio Fernandes Martins, após o relator e revisor darem provimento ao recurso, contra o parecer.

VOTO (EM 21.9.2011)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Vogal)

Pedi vistas para melhor analisar a questão e concluí, assim como o i. relator, que o recurso merece provimento, pois, após a edição da Lei Complementar n. 116/2003, entendo como legítima a cobrança de ISSQN sobre os serviços prestados pelas empresas associadas da apelada.

Por oportuno, registro que o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça já decidiu ser constitucional a cobrança de ISSQN sobre serviços prestados por franquias. Veja-se:

> ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – AFASTADA – IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA – ISSQN – CONTRATO DE FRANQUIA – INCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE DO ITEM 17.8 DA LEI COMPLEMENTAR N. 116/2003 E DO ITEM 17.7 DA LEI COMPLEMENTAR N. 59/2003 DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE – INCIDENTE IMPROCEDENTE.
>
> Não se exige, para fins de reconhecimento de inconstitucionalidade incidental, pelo controle difuso, afronta direta à Constituição, bastando que a matéria envolva lei municipal, estadual ou federal em descompasso com a Constituição da República.
>
> Com a edição da LC n. 116/03, em vigor a partir de 1.1.2004, a atividade de franquia passou a ser expressamente prevista no item 17.08 da lista de serviços anexa, ficando, portanto, sujeita à tributação. Logo, não há inconstitucionalidade ou ilegalidade do item 17.7 da Lei Complementar n. 59/2003.[1]

Desse modo, acompanho o i. relator para dar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran e Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 21 de setembro de 2011.

***

1 Órgão Especial, ArgInc em AC n. 2008.012859-1/0001-00, Campo Grande, Rel. Designado Des. João Maria Lós, julgado em 9.6.2010.

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.024872-1 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO DE HIV POSITIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO – DANOS MORAIS DEVIDO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – MANUTENÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – RECURSO IMPROVIDO.

I) O diagnóstico errado da presença do vírus HIV no organismo de uma pessoa, por si só, mostra-se capaz de desestruturar a vida de toda uma família, notadamente a vida conjugal de um casal, quando a fidelidade é colocada à prova, razão pela qual é devida a reparação pelo prejuízo moral causado pela entidade responsável pela elaboração do exame.

II) Honorários advocatícios mantidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de setembro de 2011.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Município de Campo Grande interpõe recurso de Apelação Cível – Ordinário – às f. 199-208, insurgindo-se contra sentença de f. 193-5, proferida pelo douto Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registro Público da Comarca de Campo Grande-MS que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que lhe move Noemia Rodrigues Barbosa Machado.

A autora objetivava com a presente ação o ressarcimento de prejuízos materiais e morais sofridos em decorrência de falso resultado positivo do exame de HIV, realizado no Posto de Saúde da rede municipal, localizado no Bairro Nova Bahia, equivalentes a duzentos salários-mínimos.

O juízo de primeira instância julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pela autora, de sorte a condenar o réu ao pagamento de R$16.350,00 a título de danos morais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$1.500,00.

Irresignado, o requerido apelou do *decisum a quo.*

Em suas razões recursais, aventa que não foi comprovado nos autos o dano moral alegado pela autora e que, sendo assim, não haveria o dever de indenizá-la. Argui, ainda, que o valor arbitrado não afigura razoável, de sorte que, caso seja reconhecido o dever de indenizar, pretende que o *quantum* seja reduzido. Demais disso, pleiteia pela minoração dos honorários advocatícios.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Conforme relatado, cuida-se de Apelação Cível - Ordinário - interposta pelo Município de Campo Grande às f. 199-208, insurgindo-se contra sentença de f. 193-5, proferida pelo douto Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registro Público da Comarca de Campo Grande-MS que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que lhe move Noemia Rodrigues Barbosa Machado.

I) Dano Moral

Versa o feito sobre pedido de reparação por danos materiais e morais em razão de a autora ter sido diagnosticada como portadora de HIV, após exames realizados pelo Posto de Saúde do Município Réu, quando, em verdade, foi atestado por um laboratório particular a ausência de detecção do referido vírus.

Com efeito, não há dúvidas de que o diagnóstico errado da presença do vírus HIV no organismo de uma pessoa, por si só, mostra-se capaz de desestruturar a vida de toda uma família.

A toda evidência, o simples fato de haver ressalva quanto à necessidade de realização de novos exames não elide a responsabilidade do réu e, consequentemente, o dever de indenizar, pois é certo que o diagnóstico equivocado, ainda que por certo lapso, causou danos irreparáveis à vida do recorrido, que teve de conviver com a angústia e o temor sobre o estado de saúde.

Aliás, neste sentido tem se manifestado a Colenda Corte Superior:

> LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS. RESPONSABILIDADE. EXAME RELATIVO À PRESENÇA DE HIV. PRECEDENTE.
>
> 1. Está assentado na jurisprudência da Corte que é responsável o laboratório 'que fornece laudo positivo de HIV, repetido e confirmado, ainda que com a ressalva de que poderia ser necessário exame complementar. Essa informação é importante e reduz a responsabilização do laboratório, mas não a exclui totalmente, visto que houve defeito no fornecimento do serviço, com exame repetido e confirmado, causa de sofrimento a que a paciente não estava obrigada. Além disso, o laboratório assumiu a obrigação de realizar exame com resultado veraz, o que não aconteceu, pois os realizados depois em outros laboratórios foram todos negativos.' (REsp n. 401.592/DF, Rel. Min, Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 2.9.2002).
>
> 2. Não cabe a revisão do dano moral quando o valor fixado não é absurdo, despropositado, fora dos padrões de razoabilidade [...]. (REsp n. 258.011/SP, Terceira Turma, Rel. desig. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 9.11.2004, DJ de 5.9.2005, p. 396).
>
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MUNICÍPIO. DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO DE HIV POSITIVO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO

POR DANOS MORAIS JULGADO PROCEDENTE. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO.

1. Não houve omissão, tampouco contradição no acórdão impugnado. O Tribunal de Justiça considerou que o aviso prévio quanto à possibilidade de resultado falso e a existência de obrigação legal do HEMORIO em comunicar os órgãos municipais acerca de eventual diagnóstico positivo no exame da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida nem descaracterizam o ato ilícito nem afastam o dever de indenizar, pois a comunicação deveria ser precedida de novos exames, para fins de confirmação do resultado.

2. Cabia ao agravante impugnar o mérito da lide – inclusive mediante recurso extraordinário, em razão da adoção de fundamento constitucional (CF/88, art. 5º, X) –, e não simplesmente suscitar nulidade inexistente.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 909.627/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 13.1.2007).

Nesta mesma esteira, este Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CARÊNCIA DE AÇÃO – PRELIMINAR REJEITADA – EXAME DE SANGUE COM RESULTADO "FALSO POSITIVO" A RESPEITO DA PRESENÇA DO VÍRUS HIV – DESMAZELO DO PODER PÚBLICO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. A existência ou não de nexo de causalidade entre a ofensa moral alegada pela autora e a conduta do Estado constitui matéria de mérito da ação, e não de preliminar de carência de ação.

2. Mesmo que a divulgação da notícia de que talvez fosse portadora do vírus HIV tenha sido feita pela autora, o que seria natural numa pessoa afligida pela dúvida, não resta dúvida de que a causa principal da dor moral foi o descaso do Poder Público para com o ser humano que se lhe apresentava como possivelmente infectada, mormente tendo em vista ser ela louvável doadora de sangue há mais de cinco anos – e que, apesar da conduta negligente do Estado, continuou a se fazer presente para doar de seu precioso conteúdo vital.

3. É razoável a condenação do Estado a pagar o equivalente a 100 (cem) salários mínimos à pessoa a quem, por desmazelo, causou intensa aflição moral. (TJMS, AC n. 2005.002101-6, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Josué de Oliveira, julgado em 17.4.2007).

Deste modo, entendo que a responsabilidade pelo dano moral causado ao recorrente, em razão do equivocado resultado apresentado para a presença do vírus HIV, deve ser mantida.

No que tange ao *quantum* indenizatório, de fato, tem-se firmado na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o valor arbitrado não pode ser extremamente elevado a ponto de promover o enriquecimento sem causa, tampouco desprezível, que não sirva para minimizar a dor resultante do dano causado.

A propósito, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte entendimento:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE CHEQUE. DANO MORAL. VALOR. REDUÇÃO. Configurado o dano moral resultante da indevida devolução de cheque por insuficiência de fundos, devida indenização por

> danos morais, a qual, todavia, deve ser feita em valor razoável, para evitar enriquecimento sem causa. (STJ, Ag n. 446122/AM (2002/0041620-3), Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 5.12.2002, DJU de 24.3.2003, p. 233).
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAL E MATERIAL. CUMULABILIDADE. POSSIBILIDADE. SÚMULA/STJ, ENUNCIADO N. 37. DANO MORAL ACOLHIDO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. BALIZAMENTO. RECURSO PROVIDO. I – Nos termos do enunciado n. 37 da Sumula desta Corte,"são cumuláveis as indenizações por dano material e moral, oriundos do mesmo fato". II – O arbitramento do dano moral pode ser fixado nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso, com o objetivo de evitar inconvenientes e retardamento na solução jurisdicional. III – Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento a realidade da vida e as peculiaridades de cada caso. (STJ, REsp n. 135202/97, SP – RIP: 39429, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 19.5.1998, DJU de 3.8.1998, p. 244).

Aliás, outra não é a orientação extraída do escólio de Rui Stoco, em obra específica sobre a responsabilidade civil no Direito brasileiro. Veja-se:

> a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;
>
> b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;
>
> c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;
>
> d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;
>
> e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;
>
> f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;
>
> g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;
>
> h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente (*in* **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2001. p. 1.030).

Portanto, é de se concluir que, na quantificação do dano moral, deve o magistrado valer-se de critérios de razoabilidade, ou seja, deve-se considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Nesse passo, considerando a realidade dos fatos e as peculiaridades do caso concreto e, ainda, em observância ao grau de culpa, a lesividade do ato e a gravidade da ofensa, assim como a condição econômica de ambas as partes, tenho como justa a manutenção do *quantum* no patamar de R$ R$ 16.350,00 (dezesseis mil, trezentos e cinquenta reais), ora fixados pelo julgador monocrático a título de reparação dos danos morais.

A meu juízo, essa quantia atende satisfatoriamente ao critério da proporcionalidade que deve nortear o arbitramento do dano moral, além de ser perfeitamente possível de ser reparado pelo réu, compensando, inclusive, condignamente os tormentos sofridos pelo autor, em razão dos dissabores causados pelo evento danoso.

Sobre o tema, colha-se o recente precedente da Colenda Corte Superior:

> [...] O valor dos danos morais não deve ser fixado de forma ínfima, mas em patamar que compense adequadamente o lesado, proporcionando-lhe bem da vida que apazigúe as dores que lhe foram impingidas. Recurso Especial parcialmente provido. (STJ, REsp n. 932.334, Proc. 2007/0047387-9, RS, Terceira Turma, Relª Minª Fátima Nancy Andrighi, julgado em 18.11.2008, DJ de 4.8.2009).

II) Honorários advocatícios.

Quanto aos honorários advocatícios, vê-se que o Município entende que estes foram excessivos, de sorte que pretende a sua redução. Os honorários advocatícios foram fixados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), em conformidade com o disposto no § 4.º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Em que pesem os argumentos do Município, os honorários devem ser mantidos, visto que foram fixados em conformidade com o § 4.º do artigo 20, que, por sua vez, remete à análise das alíneas do §3.º do mesmo artigo.

Assim, ao analisar o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço realizado pelos profissionais e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelos advogados e o tempo exigido para seu serviço, verifica-se que os honorários não foram aviltantes e tampouco excessivos.

Portanto, mantenho os honorários advocatícios de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) fixados pelo d. magistrado. Sendo assim, imperiosa se mostra a manutenção da sentença de primeiro grau.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pelo Município de Campo Grande e lhe nego provimento, mantendo intacta a sentença exarada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Sérgio Fernandes Martins e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 28 de setembro de 2011.

***

Segunda Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2010.006391-7 - Capital
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – COMPENSAÇÃO DE DÉBITO PROVENIENTE DE IPVA COM CRÉDITO ORIUNDO DE PRECATÓRIO – POSSIBILIDADE – ART. 214 DA LEI ESTADUAL N. 1.810/97 – PRERROGATIVA DO SECRETÁRIO ESTADUAL DE FINANÇAS, ORÇAMENTO E PLANEJAMENTO CONCEDER O BENEFÍCIO – DISCRICIONARIEDADE INADMISSÍVEL – EXTRAPOLAMENTO DO CONTIDO NO ART. 170 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – DIREITO À COMPENSAÇÃO – DECORRÊNCIA DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – TESE PERFEITAMENTE ADMISSÍVEL, AINDA QUE INEXISTISSE LEI ESTADUAL REGENDO A MATÉRIA.

A discricionariedade conferida pelo art. 214 da Lei n. 1.810/97 do Estado de Mato Grosso do Sul ao Secretário Estadual de Finanças, Orçamento e Planejamento, de autorizar a compensação de créditos tributários, extrapola o contido no art. 170 do Código Tributário Nacional, visto que cabe ao legislador estadual tão somente fixar os critérios à luz dos quais se há de reconhecer o direito vindicado.

Ainda que inexistisse lei estadual regendo a matéria, o direito à compensação decorre diretamente da Constituição Federal independentemente da existência de lei infraconstitucional concessiva do ente credor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, conceder a segurança.

Campo Grande, 16 de junho de 2011.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Waldir Rabacow impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul em face da negativa de compensação de débito de IPVA com crédito em precatório.

Suscita em apertada síntese o seguinte: "*que é proprietário de vários veículos automotores e que sobre os mesmos pesa incidência de Imposto de Veículo Automotor – IPVA; que é credor do Estado através de crédito constante em precatório n. 2008.012121-2 e que a autoridade coatora de recusa a efetivar a compensação entre referidos créditos. Bate às portas do judiciário pleiteando a compensação dos créditos*".

Foi concedia a liminar de f. 77-9 e determinada a compensação.

O Estado prestou informações às f. 85-99 e suscitou preliminar de impossibilidade de determinar a compensação de crédito tributário em sede de liminar, por expressa disposição da Súmula n. 212 do STJ. E ainda destacou a impossibilidade jurídica de obrigar o Estado a compensar precatório alimentar com multa, taxas e licenciamento.

No mérito, narra que a pretensão do impetrante encontra óbice no princípio da reserva legal e nos artigos 24, I, e 170, ambos da CF, e destaca que a jurisprudência é pacífica no sentido de que é exigida lei específica autorizando a compensação.

Pede a revogação da denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem por ausência de direito líquido e certo do impetrante.

VOTO (EM 9.5.2011)

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Waldir Rabacow impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul em face da negativa de compensação de débito de IPVA com crédito em precatório.

Suscita em apertada síntese o seguinte: "*que é proprietário de vários veículos automotores e que sobre os mesmos pesa incidência de Imposto de Veículo Automotor – IPVA; que é credor do Estado através de crédito constante em precatório n. 2008.012121-2 e que a autoridade coatora de recusa a efetivar a compensação entre referidos créditos. Bate às portas do judiciário pleiteando a compensação dos créditos*".

Foi concedida a liminar de f. 77-9 e determinada a compensação.

O Estado prestou informações às f. 85-99 e suscitou preliminar de impossibilidade de determinar a compensação de crédito tributário em sede de liminar, por expressa disposição da Súmula n. 212 do STJ. E ainda destacou a impossibilidade jurídica de obrigar o Estado a compensar precatório alimentar com multa, taxas e licenciamento.

No mérito, narra que a pretensão do impetrante encontra óbice no princípio da reserva legal e nos artigos 24, I, e 170, ambos da CF, e destaca que a jurisprudência é pacífica no sentido de que é exigida lei específica autorizando a compensação.

No julgamento do Agravo Regimental n. 2010.006391-7/0001-00, interposto pelo Estado contra a decisão liminar proferida no presente mandado de segurança, dei provimento ao recurso para cassar a decisão liminar:

A fundamentação e a pretensão trazida no referido agravo regimental de f. 4 consiste, em apertada síntese no seguinte:

> **I –** inexistência da fumaça do bom direito pela existência da Súmula n. 212 do STJ que veda a compensação de crédito tributário por medida liminar, bem como, do art. 7º, § 2º da Lei n. 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança) vedar expressamente a concessão de liminar para compensação de créditos tributários, bem como, que a compensação do crédito em precatório por "taxas", "multas" e "licenciamentos" é impossível juridicamente, uma vez que são cobradas e arrecadas por força do art. 22, III e VI da Lei n. 9.503/97 por outra pessoa jurídica de direito público, consistente na Autarquia (DETRAN)

Pois bem, analisando a pretensão do Estado tenho que lhe assiste razão.

Isto porque, há impossibilidade jurídica do pedido em relação à concessão de liminar para compensação de crédito tributário.

Este impedimento legal se encontra no § 2º do art. 7º da Lei n. 12016/09 que assim dispõe:

§ 2º- Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Entendimento este já pacificado mediante a Súmula n. 212 do STJ:

Se há Lei (§ 2º do art. 7º da Lei n. 12016/09) que de forma expressa e taxativa veda a concessão de liminar para a compensação de crédito tributário, então, estamos diante da impossibilidade jurídica do pedido, o que impede a concessão de liminar nesta hipótese.

Veja-se a respeito da impossibilidade jurídica do pedido.

No dizer de **Arruda Alvim**:

Por possibilidade jurídica do pedido, portanto, enquanto condição da ação, entende-se que ninguém pode intentar uma ação sem que peça providência que esteja, em tese, prevista, ou a que a ela óbice não haja, no ordenamento jurídico material (*in* **Manual de direito processual civil**. Parte Geral. 11. ed. Revista, aplicada e atualizada. São Paulo: RT, 2008. p. 417. v. 1)

Igualmente por **Nelton do Santos**:

Segundo Liebman, a possibilidade consiste na admissibilidade em abstrato do provimento pedido, isto é, no fato de incluir-se este entre aqueles que a autoridade pode emitir, não sendo expressamente proibido. De fato, às vezes determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído a priori pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto (MARCATO, Antônio Carlos de (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 808).

Eis por parte do STJ a respeito da impossibilidade jurídica do pedido:

A possibilidade jurídica do pedido, como uma das condições da ação, vale-se do princípio da liberdade jurídica, segundo o qual é lícito pleitear onde não há vedação. Em observância ao princípio da liberdade jurídica, o parâmetro judicial tem como regra a inafastabilidade da tutela jurisdicional (REsp n. 706.373/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13.9.2005, DJ de 26.9.2005, p. 234).

Assim sendo, não há como conceder a liminar diante da vedação expressa de lei por estarmos diante da impossibilidade jurídica do pedido.

Posto isto, dou provimento ao recurso para cassar a liminar.

Logo, está superada a discussão acerca da impossibilidade de concessão de liminar para fins de compensação de crédito tributário.

De outro norte, vislumbro o direito líquido e certo do impetrante.

A matéria não é nova e no julgamento da Apelação Cível n. 2008.024726-2, dentre outros julgados, já manifestei entendimento de que é possível a compensação.

O instituto da compensação, como cediço, consiste em extinguir obrigações entre pessoas que, ao mesmo tempo, são credoras e devedoras, umas das outras, relativamente a dívidas líquidas e vencidas.

No âmbito do Direito tributário, dispõe a Lei Federal n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), que a compensação é modalidade de extinção do crédito tributário, é, portanto, uma forma indireta de pagamento.

O art. 170 do referido Diploma Legal, tratando especificamente do tema, preconiza que:

> Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.
>
> Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.

Por sua vez, no plano estadual, reza o art. 274 da Lei n. 1.810/97 que "*o Secretário de Estado de Finanças, Orçamento e Planejamento pode, mediante despacho fundamentado, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Estadual*".

Fazendo uma análise entre os dispositivos anteriormente transcritos, tenho para mim que a legislação estadual extrapolou o comando federal ao delegar ao Secretário de Finanças, Orçamento e Planejamento o direito de autorizar a compensação, pois, assim agindo, abriu-se indevido espaço para a discricionariedade do Poder Executivo em matéria tributária, o que é vedado.

Sobre o tema, lecionam Paulo de Barros Carvalho e Hugo de Brito Machado, respectivamente:

> A lei que autoriza a compensação pode estipular condições e garantias, ou instituir os limites para que a autoridade administrativa o faça. Quer isso significar que, num ou noutro caso, a atividade é vinculada, não sobrando ao agente público qualquer campo de discricionariedade, antagônico ao estilo de reserva legal estrita que preside toda normalização dos momentos importantes da existência das relações jurídicas tributárias. (*in* **Curso de direito tributário**, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 460).
>
> [...] é inadmissível que se deixe a critério da autoridade admitir, ou não, a compensação, sem que a lei fixe os critérios à luz dos quais se há de reconhecer o direito à compensação. Isso seria atribuir à autoridade administrativa um poder discricionário, o que é intolerável em face do conceito de tributo, expressamente consagrado pelo art. 3º do Código Tributário Nacional. (**Curso de direito tributário**. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2006. p. 223-4).

Com efeito, incumbe à Lei Estadual tão somente fixar os critérios para o reconhecimento da compensação, cabendo à Administração Pública apenas deliberar pela concessão ou negativa do direito em face do preenchimento ou não dos requisitos para tanto.

Não se pode deixar de olvidar que pode a lei, certamente, impor restrições de ordem formal destinadas a assegurar a lisura do pedido de compensação, não sendo válida, no entanto, a restrição voltada para o propósito de tão somente amesquinhar o direito em si.

Dessa forma, a expressão "pode" estar contida no art. 274 da lei que *"dispõe sobre os tributos de competência do Estado e dá outras providências"* não deve ser entendida como mera de liberalidade do Administrador, mas sim como um dever seu.

Por outro lado, ainda que ausente lei estadual regendo a matéria, o que, a meu ver, não é a hipótese vertente, gostaria de acrescer que o direito à compensação decorre diretamente da Constituição Federal independentemente da existência de lei infraconstitucional concessiva do ente credor.

Quer isso dizer que o art. 170 do Código Tributário Nacional apenas determinar que o ente credor normatize a forma de efetivação desse direito, sem prejuízo do direito a ele, caso o ente credor se mantenha omisso na edição da lei respectiva.

Aliás, sobre o assunto, trago à tona novamente os ensinamentos de Hugo de Britto Machado, *in verbis*:

> [...]
>
> Na verdade, o direito do contribuinte à compensação tem inegável fundamento na Constituição. Isto quer dizer que nenhuma norma inferior pode, validamente, negar esse direito, seja diretamente, seja por via oblíqua, tornando impraticável o seu exercício. Assim, a questão de saber se o direito à compensação tem, ou não, fundamento constitucional, é em outras palavras a questão de saber se valem as normas jurídicas inferiores que de algum modo inviabilizam a compensação.
>
> O direito de compensar é decorrência natural da garantia dos direitos de crédito, que consubstanciam parcelas do direito de propriedade, combinada com outros preceitos constitucionais. Seria absurdo pretender que alguém, sendo credor e, também, devedor da mesma pessoa, pudesse exigir daquela o pagamento de seu crédito, sem que estivesse também obrigado a pagar o seu débito. A compensação é, na verdade, um efeito inexorável das obrigações jurídicas, e desse contexto não se pode excluir a Fazenda Pública.
>
> [...]. (*in* **Curso de Direito Tributário.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 214)

Nesta linha de raciocínio, inúmeros são os precedentes do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, dentre os quais destaco o seguinte:

> DIREITO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO: O DIREITO PREVISTO NO ART. 170 DO CTN É CONSTITUCIONAL, CABENDO À FAZENDA PÚBLICA REGRAR A FORMA DE SUA EFETIVAÇÃO. PEDIDO DE QUITAÇÃO DE IPVA MEDIANTE COMPENSAÇÃO COM PRECATÓRIO EM QUE O PRÓPRIO ESTADO FIGURA COMO DEVEDOR: POSSIBILIDADE. 1. É da Constituição Federal, e não de lei infraconstitucional, que decorre o direito, assentado no art. 156, II, do Código Tributário Nacional, de o sujeito passivo (devedor) extinguir, por compensação (encontro de contas), seus débitos tributários, utilizando, para tanto, créditos seus, líquidos e certos, de qualquer natureza, junto à Fazenda Pública, cabendo a esta última, nos termos do art. 170 do mesmo Código, regrar a forma de sua efetivação, de tal forma que, não o fazendo, será então suficiente, para a quitação recíproca dos débitos, simples provocação nesse sentido, administrativa ou judicial, do devedor interessado. 2. No caso, pretende a autora quitar, mediante uso de precatório seu, em que figura como devedor o próprio ESTADO, o IPVA

> sobre veículos de sua propriedade, referidos na inicial. 3. Direito que se reconhece, inclusive à vista de inúmeros precedentes deste Tribunal de Justiça, nesse sentido. DECISÃO: Recurso desprovido. Unânime. (AC n. 70025253857, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Roque Joaquim Volkweiss, julgado em 10.12.2008).

Portanto, inegável é a ilegalidade do ato perpetrado pela autoridade coatora consistente na negativa pura e simples de indeferir o direito à compensação dos valores referentes ao IPVA com o crédito representado pelo precatório.

Em face do exposto, concedo a segurança.

Conclusão de julgamento adiada em face do pedido de vista da 1ª Vogal, Desª. Tânia, após o relator conceder a segurança. Os demais aguardam. Ausente, por férias, o Des. Oswaldo.

VOTO

A Sr ª. Des ª. Tânia Garcia de Freitas Borges (1ª Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão posta em apreciação.

Acompanho o relator, pois tenho que a ordem deve ser concedida. A matéria em apreciação está jungida ao regime de precatórios.

Pois bem. Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 62, de 9 de dezembro de 2009, alterou-se o regime dos precatórios, modificando a redação do artigo 100 da CF/88 e inserindo o art. 97 do ADCT. Dentre essas modificações, tem-se a constitucionalização da compensação do precatório com eventuais débitos fiscais, *in verbis*:

> Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.
>
> [...]
>
> § 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

Assim, vê-se que a compensação tem previsão constitucional, e, considerando ainda não ter sido realizada nos autos do Precatório n. 2008.012121-2, o impetrante faz jus ao benefício.

Com efeito, entendo que restou demonstrada a ilegalidade do ato praticado pela autoridade impetrada, com violação a direito líquido e certo do impetrante compensar seus débitos fiscais com o precatório em questão.

Por tais razões, acompanhando o i. Relator, voto pela concessão da segurança.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (2º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (3º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (4º Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Joenildo de Sousa Chaves, Tânia Garcia de Freitas Borges, Dorival Renato Pavan, Marco André Nogueira Hanson e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 16 de junho de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.006845-3 - Mundo Novo
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO – ARROLAMENTO – AUSÊNCIA DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITO (ESFERA FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL) – PARTILHA – IMPOSSIBILIDADE – ARTIGO 1026 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A apresentação da certidão negativa de débito é condição essencial para que a partilha, no âmbito do inventário, seja realizada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso para anular a sentença.

Campo Grande, 13 de julho de 2011.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença que homologou, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, a partilha de f. 44-8, apresentada nos autos do inventário de bem deixado pelo falecimento de Minervina Maria da Silva.

Afirma que, ao contrário do disposto na sentença homologatória, o presente feito não se encontra regular, uma vez que a parte interessada tão somente acostou a certidão negativa de âmbito do Governo federal, que já se encontrava com o prazo expirado. Assim, se faz necessária a juntada das certidões negativas de tributos de âmbito federal, estadual e municipal, para fins de comprovação de regularidade fiscal/tributária do falecido, conforme determina o artigo 1026 do CPC.

Entende que somente serão partilhados os bens entre os herdeiros na hipótese de demonstração de não haver dívidas em nome do falecido nos Fiscos Federal, Estadual e Municipal.

Coleciona jurisprudência acerca da matéria.

Prequestiona a matéria suscitada.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 213-6.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença que homologou, para que produza seus efeitos jurídicos e legais, a partilha de f. 44-8, apresentada nos autos do inventário de bem deixado pelo falecimento de Minervina Maria da Silva, apela a este Tribunal.

Tenho que assiste razão ao apelante.

É sabido que o inventário é o processo judicial, de jurisdição contenciosa, destinado a apurar o acervo hereditário e verificar as dívidas deixadas pelo *de cujus*, bem como também quais as contraídas pelo espólio para, após o pagamento do passivo, estabelecer a divisão dos bens deixados entre os herdeiros.

Consiste, assim, no procedimento destinado a saldar as dívidas do autor da herança e fazer entrega dos bens herdados aos seus titulares, fazendo-os ingressar efetivamente no patrimônio individual dos herdeiros. Esse processo de transferência pode dar-se através de inventário solene ou de arrolamento, sendo este a forma simplificada, como ocorre no caso em tela.

Sua principal característica é a de ser bem mais ágil e simplificado, marcado pela redução de solenidades, mas é imprescindível que esteja devidamente comprovada a quitação dos tributos. Isto é, que não exista pendência fiscal alguma, não somente em relação aos bens alvo do inventário, mas em relação ao *de cujus*. É que o patrimônio deste responde por todas as suas dívidas, e o saldo, se houver, é que deve ser partilhado entre os herdeiros.

Assim, deve ser apurado, de forma pormenorizada todo o ativo e, também, todo o passivo, principalmente em relação à Fazenda Pública, seja Municipal, seja Estadual, seja Federal, e é esta, aliás, a razão pela qual é imprescindível a exibição de certidões negativas, para somente, então, julgar a partilha.

É o que o artigo 1.026 da Lei Processual Civil dispõe que:

> Art. 1.026. Pago o imposto de transmissão a título de morte, e junta aos autos certidão ou informação negativa de dívida para com a Fazenda Pública, o juiz julgará por sentença a partilha.

Sendo assim, a certidão negativa é indispensável para confirmar que o *de cujus* viveu de acordo com as regras sociais, cumprindo obrigações de cidadania que, distribuídas com equidade e isonomia, proporcionaram fruição de vantagens sociais que são próprias da existência e do convívio coletivo.

Sobre o assunto, enfatiza Hamilton de Moraes e Barros que:

> Como condição do julgamento da partilha, está o pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*. Providenciará o seu pagamento o inventariante, se bem que deva correr à conta do herdeiro. Não é só o imposto de transmissão por causa da morte que deve ser pago. Todos os outros, sejam eles devidos pelo *de cujus*, sejam debitados ao espólio. É esse o sentido da exigência da certidão negativa de impostos ou de informação negativa de dívida à Fazenda Pública. Assim e por isso, além do imposto de transmissão *causa mortis*, a cargo do sucessor, deverão estar pagos os impostos territorial e predial a que estão sujeitos os imóveis; o imposto de renda, o de circulação de mercadoria, ou outro, conforme a atividade do inventariado. (*in* **Comentários ao CPC**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 189. v. 9).

Nesse sentido:

> PROCESSO CIVIL. INVENTÁRIO. PARTILHA. AUSÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PARTILHA QUE ABRANGERÁ SOMENTE UM IMÓVEL QUE ASSUMIRIA A CONDIÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. IRRELEVÂNCIA. - A apresentação da certidão negativa de débito é condição essencial para que a partilha, no âmbito do inventário, seja realizada, sendo irrelevante que o único imóvel possa ser qualificado como bem de família. (TJMG, Ag n. 1.0024.06.197722-9/002, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, julgado em 3.11.2009.)

Portanto, a certidão negativa de débito, nas esferas Federal, Estadual e Municipal, é condição necessária para que a partilha possa ser realizada.

Por tais razões, conheço do recurso interposto e dou-lhe provimento para tornar insubsistente a sentença, em razão da falta das certidões negativas de débito, necessárias para o deslinde da questão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA ANULAR A SENTENÇA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 13 de julho de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.014700-3 - Pedro Gomes
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – POSSE – NEGATIVA – CANDIDATO CONDENADO CRIMINALMENTE POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO – VEDAÇÃO EDITALÍCIA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA – SENTENÇA RETIFICADA.

O candidato aprovado em concurso público condenado criminalmente por sentença transitada em julgado não tem direito líquido e certo à posse, mormente quando o edital do certame contém vedação expressa neste sentido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso e, em sede de reexame, retificar a sentença, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 6 de setembro de 2011.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

O Ministério Público Estadual, não se conformando com a sentença proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por Orlando Machado Gomes contra ato ilegal imputado à Coordenadora de Recursos Humanos da Prefeitura Municipal de Pedro Gomes, interpõe o presente recurso, no qual sustenta que: nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade subsiste no fato de se exigir, para posse em cargo público, de inexistência de condenação criminal transitada em julgado; não se trata de estigmatizar *ad eternum* o cidadão condenado, mas sim de garantir que o serviço público seja prestado de forma eficiente, por pessoas dotadas de aptidão moral para tanto; inexiste também direito líquido e certo, porque, na data da impetração o impetrante, estava com seus direitos políticos suspensos por ter sido condenado criminalmente.

Pugna, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso para, reformando a sentença, denegar a segurança pleiteada.

Contrarrazões do impetrante às f. 255-71, sendo que o Município, intimado para tanto, deixou de apresentá-las (f. 294).

Em parecer colacionado às f. 302-8, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

Há reexame necessário.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Versam os autos sobre mandado de segurança impetrado por Orlando Machado Gomes contra ato ilegal imputado à Coordenadora de Recursos Humanos da Prefeitura Municipal de Pedro Gomes, cujo dispositivo da sentença encontra-se redigido nos seguintes termos:

> Assim, ante essas considerações, concedo definitivamente a segurança para o fim de, considerando ilegal, desarrazoada e desproporcional a exigência de negatividade dos antecedentes imposta no Edital n. 001/2005, para o cargo de topógrafo, afastar tal requisito como condição para o impetrante Orlando Machado Ramos tomar posse no cargo de topógrafo, para o qual foi aprovado. Por conseqüência, decreto a extinção do presente feito com resolução de mérito, na forma do artigo 269, I e II do CPC. Sem custas e honorários porque incabíveis na espécie (Súmula n. 512 do STF). Sentença sujeita a reexame necessário. (f. 208-9).

Feitas estas considerações, aprecio em conjunto o recurso voluntário aviado pelo Ministério Público Estadual e o reexame necessário.

Reside a controvérsia trazida a lume em saber se tem o candidato aprovado em concurso público direito líquido e certo à posse quando há em seu desfavor sentença criminal transitada em julgado.

In casu, consta do Edital de Abertura de Concurso Público (f. 15-20) que uma das condições para posse do candidato aprovado é não possuir antecedentes criminais, conforme item 8.9:

> 8.9 – Não será efetivada a posse de candidato aprovado que tenha sido condenado por sentença transitada em julgado ou exonerado a bem do serviço público de qualquer órgão dos três níveis de governo e respectivos poderes.

Como cediço, é por intermédio do edital do concurso que se tornam explícitas as regras que nortearão todo o certame, obrigando não só os candidatos como a própria Administração, que não pode olvidar a observância dos parâmetros firmados, desde, entretanto, que estes atendam aos requisitos estabelecidos em lei.

Sobre o tema, a jurisprudência predominante tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que no ordenamento jurídico pátrio prevalece o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal que o tenha condenado, nos termos do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Na espécie, a situação é diversa, pois, quando da posse, o impetrante cumpria pena pelo crime de receptação no qual foi condenado por sentença transitada em julgado.

Dessa forma, não me afigura ilegal, tampouco inconstitucional, a norma editalícia que exige do candidato aprovado a apresentação de bons antecedentes, dentre os quais a inexistência de sentença criminal transitada em julgado.

Neste sentido:

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. BOA CONDUTA. CANDIDATO CONDENADO POR SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. 1. NÃO HA MALTRATO A DIREITO LIQUIDO E CERTO A NEGATIVA DE POSSE NO SERVIÇO PUBLICO A CANDIDATO CONDENADO POR CRIME

> CONTRA O PATRIMONIO POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO, SE A LEGISLAÇÃO DE REGENCIA EXIGE O REQUISITO 'BOA CONDUTA'. 2. POUCO IMPORTA QUE A PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE IMPOSTA TENHA SIDO CUMPRIDA HA MAIS DE 10 (DEZ) ANOS, SE O INTERESSADO NÃO PROMOVEU A COMPETENTE REABILITAÇÃO. 3. MS IMPROVIDO. (STJ, MS n. 6.734/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 11.12.1997, DJ de 2.2.1998, p. 132).
>
> MANDADO DE SEGURANÇA - RECURSO CONHECIDO - CONCURSO PÚBLICO DE SOLDADO DA PMMG - IDONEIDADE MORAL - CERTIDÃO CRIMINAL POSITIVA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO - LEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO - RECURSO DESPROVIDO. [...]. Deve ser denegada a segurança no caso da ausência da demonstração pelo impetrante do cumprimento dos requisitos para a matrícula no Concurso Público para Provimento do Cargo de Soldado de 1ª Classe da Polícia Militar de Minas Gerais, tendo sido emitida Certidão Criminal Positiva pela Justiça Estadual, incompatível com a exigida idoneidade moral, não restando comprovado o seu direito líquido e certo, bem como a ilegalidade do ato impugnado. (TJMG, AC n. 1.0313.07.215311-4/001, Relª. Desª. Tereza Cristina da Cunha Peixoto, DJ de 6.5.2008).

Em face do exposto, com o parecer ministerial, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para, reformando a sentença, denegar a segurança. Em sede de reexame necessário, retifico em todos os seus termos a decisão de f. 204-9.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO E, EM SEDE DE REEXAME, RETIFICARAM A SENTENÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 6 de setembro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.031296-8 - Dourados
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO HOSPITAL – ERRO MÉDICO – ERRO DE DIAGNÓSTICO – PACIENTE ACOMETIDO DE ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL – NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO – DIAGNÓSTICO TARDIO – SEQUELAS NEUROLÓGICAS E FÍSICAS – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO – PREQUESTIONAMENTO.

Age com culpa o médico que, de forma negligente, libera a paciente do atendimento em pronto-socorro, sem dispensar-lhe a atenção devida, após ter a paciente se queixado de dores de cabeça intensas e formigamento do lado direito do corpo, sem ao menos determinar a realização de exames complementares, cuja exigência poderia ter evitado ou mesmo minimizado as sequelas produzidas pelo acidente vascular cerebral (AVC) que a acometia por ocasião do atendimento. O dano moral emerge da conduta lesionadora, prescindindo de prova.

A especificação dos dispositivos legais que embasam a decisão judicial não é requisito essencial da sentença ou do acórdão, pois, ainda que não expressamente mencionados, restam implicitamente prequestionados se as matérias foram satisfatoriamente apreciadas e julgadas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o vogal, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de julho de 2011.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Associação Beneficente Douradense - Hospital Evangélico Dr. e Sra. Goldsby King e Ilço de Aguiar, inconformados com a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados que, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais decorrentes de erro médico movida por Rosana de Souza Marques, julgou parcialmente procedente o pedido e, em consequência, condenou-os solidariamente ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por danos morais, que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M e acrescido de juros de mora de 1% ao mês após a publicação da sentença no DJMS, condenando-os, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação, corrigido, interpõem recurso de apelação, objetivando sua reforma.

Devolvem à apreciação desta Corte de Justiça as seguintes teses: (a) não restou comprovado que ocorreu erro médico passível de gerar indenização; (b) o médico requerido agiu de acordo com os sintomas externados pela paciente, no momento da consulta, inexistindo sintoma que indicasse uma patologia mais grave, inclusive o Acidente Vascular Cerebral – AVC; (c) da análise das provas colhidas nos autos, verifica-se a existência de contradição entre os fatos narrados pela apelada e a realidade dos fatos; (d) em nenhum momento o médico subestimou a situação clínica da paciente, no sentido de realizar uma consulta de curtíssima duração e superficial; (e) da análise do conjunto fático-probatório, em especial o laudo pericial, não é possível concluir que o médico requerido tenha agido de forma culposa ou que os danos advieram da adoção de procedimento médico equivocado (f) todo o atendimento ofertado à paciente foi de acordo com os preceitos do Código de Ética Médica, inclusive com os que prescrevem a autonomia profissional médica. Para efeito de prequestionamento, referem violação expressa dos seguintes dispositivos: Art. 5º, LV, da Constituição Federal; arts. 131, 332 e 333, I, do CPC; art. 159, 186, 927, 944, parágrafo único, e 951 do Código Civil; e art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Pedem provimento ao recurso para reformar a sentença recorrida, a fim de julgar improcedente o pedido formulado na inicial.

Em suas contrarrazões, a apelada pugnou pelo improvimento do apelo (f. 388-90).

VOTO

Des. Josué de Oliveira (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Associação Beneficente Douradense - Hospital Evangélico Dr. e Sra. Goldsby King e Ilço de Aguiar, contra a sentença de f. 342-55, proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados que, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais decorrentes de erro médico movida por Rosana de Souza Marques, julgou parcialmente procedente o pedido e, em consequência, condenou-os solidariamente ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por danos morais, que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M e acrescido de juros de mora de 1% ao mês após a publicação da sentença no DJMS, condenando-os, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação devidamente corrigido.

Passo a analisar, em conjunto, as teses sustentadas pelos apelantes para a reforma da sentença guerreada.

Com efeito, a autora, ora apelada, ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais, por suposto erro médico, objetivando o recebimento de 1.000 (mil) salários-mínimos a título de danos morais, o equivalente a R$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais), mais o pagamento de uma pensão mensal vitalícia correspondente a 2 (dois) salários-mínimos, porque, segundo a inicial, ao ser atendida em 8.12.2005, nas dependências do hospital requerido, o médico que lhe prestou os primeiros socorros cometeu um erro de diagnóstico, por negligência, imperícia e imprudência na prestação do serviço médico-hospitalar, ao não detectar a evolução de um quadro de AVC – Acidente Vascular Cerebral –, o que lhe causou o agravamento de sua saúde, pois fora atendida e liberada em seguida, mesmo relatando fortes dores de cabeça e formigamento do lado direito, sem a realização de qualquer exame laboratorial mais aprofundado, limitando-se a diagnosticar um processo viral, cujo tratamento indicado foi a hidratação da paciente com soro Ringer lactado 500 ml mais Dipirona 2ml.

Passados cinco dias do primeiro atendimento, como os sintomas iniciais somente pioravam, em 13.12.2005, procurou nova consulta no Hospital Universitário de Dourados, tendo sido atendida pelo médico Marcel Rozin Pierobon, o qual diagnosticou, de imediato, o acidente vascular cerebral agudo, determinando sua internação.

O laudo pericial de f. 242-3, assinado pelo médico Luiz Alexandre Bela Farage (CRM-MS 1561), concluiu que *"no momento do atendimento da autora pelo Dr. Ilço de Aguiar não seria possível suspeitar de um AVC, e o AVC relatado no laudo de Ressonância Nuclear Magnética teve início após a data do referido atendimento."*

Sobreveio a sentença de procedência parcial do pedido inicial, a qual contrariou o laudo pericial, sob o argumento de que este não possui respaldo no conjunto probatório carreado aos autos, concluindo que, *in verbis:*

> a) o atendimento da autora foi muito superficial, sem maiores questionamentos e de curta duração; b) o diagnóstico foi muito genérico; c) não foi solicitado pelo réu nenhum tipo de exame prévio da autora antes de prescrever dois tipos de medicamentos sem a realização de nenhum exame e sem a realização de uma investigação mais acurada; d) havia possibilidade da autora ter sofrido o AVC no dia da consulta com o réu e ter minimizado as seqüelas deixadas pelo AVC. (f. 346).

Esses os fatos da causa.

Compulsando detidamente os autos e analisando a prova produzida, nota-se que o recurso desmerece provimento.

Em matéria de responsabilidade civil, sabe-se que, para que haja a responsabilização e a consequente obrigação de indenizar, é necessária a existência de um dano e que este tenha sido provocado por uma conduta dolosa ou culposa do ofensor, bem como que estes dois elementos estejam unidos por um liame subjetivo denominado de nexo de causalidade (arts. 186 e 927 do Código Civil).

Na espécie, o dano experimentado pela paciente, ora apelada, consiste no agravamento de um quadro de AVC – acidente vascular cerebral – a que fora acometida, cujas sequelas poderiam ter sido evitadas não fosse o erro de diagnóstico, pelo desinteresse e apatia demonstrado pelo médico por ocasião do primeiro atendimento prestado em 8.12.2005, nas dependências do nosocômio apelante.

Valemo-nos do escólio de Miguel Kfouri Neto para conceituar o erro de diagnóstico:

> Para COSTALES, o primeiro ato de análise diagnóstica – que é um dos momentos mais importantes da atividade médica – consiste na argüição do paciente. O médico, para poder estabelecer qual a terapia adequada, deve perscrutar a natureza da enfermidade e sua gravidade. Por isso, para a obtenção de uma certeza diagnóstica, fazem-se necessárias providências preliminares, reunidas em dois grupos: (a) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifeste a doença – e sua interpretação adequada; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (exames de laboratório, radiografias, eletrocardiogramas etc.); (b) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também comparando-os com os diversos quadros patológicos conhecidos pela ciência médica. **Diagnóstico consiste**, pois, **uma vez efetuadas todas as avaliações**, na **emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente.**
>
> Do ponto de vista técnico, **o diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado**. O diagnóstico, entretanto, não é uma operação matemática. Às vezes, para se chegar ao diagnóstico correto, torna-se necessária uma agudeza de observação de que nem todo médico é dotado. (KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p, 87) (destaquei).

Nesse particular, destaca-se a relevância da primeira entrevista do médico com o paciente, uma vez que esse contato contribui muito para se identificar a causa de uma doença.

Portanto, o diagnóstico deve ser amplamente precedido de arguição, observação atenta do estado físico do paciente, exame clínico e sistemático, bem como da utilização de outros meios disponíveis como exames laboratoriais, radiografias, eletrocardiogramas, a fim de determinar com a maior precisão possível a moléstia que acomete o paciente.

No caso dos autos, o que se verifica é que o médico foi indolente, negligente, agiu com extrema passividade quando do primeiro atendimento à paciente, no dia 8.12.2005, já que não prestou a devida atenção ao seu estado clínico, porquanto esta relatava dores intensas de cabeça e dormência do lado direito do corpo, o que culminou na emissão de um juízo errôneo acerca do estado de saúde da apelada.

Para se chegar a essa conclusão, é da máxima importância o depoimento pessoal da autora, cujo relato transcreve-se:

> Fui vítima de um AVC em 0 de dezembro de 2005. As seqüelas foram dificuldade de falar, atrofiou a mão direita e a minha perna direita. Até ocorrer o AVC eu não tinha nenhuma dessas seqüelas. [...] **Eu fui ao médico no dia 8 de dezembro porque eu tinha desmaiado, não falava mais e sentia dormência do lado direito, tanto no braço quanto na perna. Minha cabeça também estava doendo**. Na madrugada de 08 de dezembro eu dormi muito bem. Quando Dr. Ilço me atendeu, a minha prima falou para ele que eu não tinha voz e estava com o lado direito dormente. A consulta se realizou na parte da tarde. Minha prima se chama Iracema da Silva Assunção. Nessa data meu marido estava viajando para São Paulo. A minha prima que me acompanhou até o Hospital Evangélico. Eu fui atendida rapidamente, mas só que o tempo que eu fiquei lá dentro, eu fiquei horas. **Não foi feito nenhum exame em mim**. Ele fez o exame clínico, logo que eu entrei na sala, mas não fez exame na minha cabeça como eletroencefalograma e nem tomografia computadorizada. Ele só me examinou, dizendo que eu estava nervosa e não disse mais nada. Ele me mandou embora. [...] **Eu não falava mais, não sentia as minhas pernas mais e não sentia o meu braço mais e também estava com muita dor de cabeça.** Eu não falava 'coisa com coisa'. Eu não chegava a falar só resmungava, só ficava chorando. **O médico me deu um remédio para dor de cabeça, Dipirona, e outro remédio que eu não me lembro o nome para dor**. (f. 281-2 - destaquei).

Nota-se que, por diversas vezes, a apelada refere dor de cabeça como uma das alterações físicas por que passava naquele momento. Convém lembrar que, na literatura médica, o AVC isquêmico é provocado pelo bloqueio do fluxo de sangue no cérebro devido a um coágulo, o que provoca intensa dor de cabeça, semelhante a uma enxaqueca (f. 174-5).

Todavia, o apelante não deu a devida importância às queixas da paciente. Confira-se um trecho de seu depoimento em juízo:

> **Na média, no atendimento noturno de doze horas, ininterruptas, um médico atende 60 a 70 pessoas**. Eu me lembro desse fato que eu a atendi e mediquei mediante os sintomas que ela apresentava. A pressão estava normal para jovem, procurei o estado que ela se referia que eram dores e não havia evidências nenhuma de complicações. **Mediquei de acordo com os procedimentos de rotina.** Não me lembro se uma parente da autora falou comigo. Na minha memória não havia dados que pudessem indicar que ela houvesse sofrido AVC. Ela não estava com diminuição de movimentos, não havia sinais, pelo menos. Se houvesse, eu encaminharia imediatamente para um médico habilitado. **Eu faço clínica médica, mas faço também pediatria, que é a minha especialidade de maior fluxo. Não tenho especialização em neurologia** e tem poucos na cidade. O prontuário que está nos

> autos indica o que eu fiz. A primeira coisa que fiz foi medir a pressão, que estava normal para a idade, a segunda coisa, auscuta cardíaca e respiratória e pelo prontuário estava normal, não tinha nada alterado. **Ela estava com dor e foi medicada a dor. Eu não suspeitei que ela tivesse sofrido um AVC porque não tinha dados**. (f. 283 - destaquei).

Aliás, não poderia suspeitar de alguma coisa um médico cuja especialidade é a pediatria, preocupado que estava em atender a fila de pacientes que se avolumavam na frente de seu consultório.

Por fim, bastante esclarecedor também o depoimento do médico que atendeu a paciente pela segunda vez, no Hospital Universitário de Dourados, Dr. Marcel Rozin Pierobon:

> O primeiro contato que eu tive com a Rosana foi no Hospital Universitário. **Pelo atendimento clínico, pelo exame neurológico e o histórico eu conclui que ela tinha tido um derrame**. A fase de palavra no momento que eu a atendi estava prejudicada, ela só respondia 'sim', 'não' e 'é'. Ela não estava acompanhada no momento. Também havia déficit neurológico e emiparesia à direita, que seria a ausência de movimentos. Naquele momento, eu não poderia precisar quando ela teve o derrame. [...] **Se não me engano a primeira tomografia dela, já veio na fase subaguda, que seria depois das 8 horas até 5 dias, dependendo do critério utilizado pelo radiologista.** O neurologista tem entre 3 horas e quatro horas e meia para tentar intervir, e tentar evitar a seqüela. Como a tomografia dela estava na fase subaguda, e não tinha mais como intervir. [...] **No dia em que a vi, o diagnóstico principal era de AVC. A gente que trabalha com isso, por sermos especialistas, poderíamos detectar se o AVC está ocorrendo, apesar de necessitar de exames complementares naqueles momentos**. [...] De acordo com a clínica, é possível fazer o diagnóstico de qual região do cérebro está sendo afetada. Os exemplos são: perda da fala, perda de movimentos, perda visual e perda súbita de memória. Um médico clínico geral pode identificar o derrame, ainda mais se a pessoa estiver sem os movimentos, sem enxergar e sem falar. [...] **Eu não acredito que uma pessoa emiplégica seja liberada de qualquer hospital. Haveria então erro médico se uma pessoa procurasse o hospital com a emiplegia, falta de movimento, e o médico não internasse e desse alta naquele momento.** [...] Segundo as informações colhidas da própria paciente, que tinha uma dificuldade de comunicação, eu fui tentando conversar com ela e a informação que saiu foi que o AVC havia ocorrido há 30 dias, conforme o prontuário médico. A gente coloca o tratamento indicado na AIH de acordo com a tabela disponibilizada pelo SUS, que é de AVC agudo, e a gente tentaria identificar pela história, pelo tempo e pelo laudo tomográfico e o da Rosana estava em fase subaguda, conforme consta no laudo da tomografia. Na fase aguda, o prazo é de 8 horas e **na fase subaguda já sairia dessas 8 horas, que poderia ir até 22 dias,** para se transformar na fase tardia. **Se houvesse no primeiro atendimento a suspeita de AVC, a utilização do RTPA ('Alterplase') até 4 horas e meia no máximo, seria possível tentar minimizar o déficit**." (f. 298-9 - destaquei).

Nenhuma contradição, pois, se verifica da declaração dos fatos feita pela apelada, autora da ação, com aquilo que o médico especialista em neurologia aventou ter ocorrido. Ao chegar ao hospital para o primeiro atendimento, a paciente estava em plena evolução do acidente vascular cerebral isquêmico (AVCI), conforme os exames complementares confirmaram, uma vez que a tomografia computadorizada demonstrou que a doença tinha se originado há mais de cinco dias.

É notório que há algum tempo, neste Estado, vivemos um grande caos na saúde pública. Os meios de comunicação, de modo geral, vêm denunciando a cada ano um aumento desmedido do número de pacientes que se avolumam nos pronto-socorros hospitalares, à espera de atendimento, de vaga nos centros cirúrgicos, alguns tendo de percorrer um, dois e até três hospitais para, finalmente, serem atendidos.

Este caso, em especial, revela o descaso para com aqueles que buscam o atendimento médico em um pronto-socorro da rede pública de saúde. Do depoimento da paciente, apelada, extrai-se que ela chegou

ao hospital relatando problemas de dor de cabeça intensa e formigamento no lado direito de seu corpo. Por óbvio, não se espera da paciente que determine, com precisão, onde está localizado o seu mal tampouco que retrate fielmente, de acordo com a terminologia médica, qual é a sua enfermidade. Fosse assim, ninguém precisaria recorrer a um profissional.

Para isso, o médico que atende nesses lugares precisa ter uma grande percepção e responsabilidade, a fim de não incidir em erro médico grosseiro, como no caso. A paciente, ao chegar ao hospital, foi imediatamente atendida por um clínico geral, cuja especialidade de maior fluxo (conforme por ele mesmo relatado) é a pediatria.

O inegável erro no diagnóstico deveu-se ao fato de não ter o médico apelante dado a atenção devida aos reclames da paciente tampouco se preocupou em determinar a realização de exames complementares, a fim de detectar com fidelidade a causa dos transtornos relatados pela paciente. A pessoa que a acompanhava na ocasião – uma prima – disse que a apelada *"não tinha voz e que estava com o lado direito dormente"*.

O que fez o médico apelante, naquela circunstância? Depois de a paciente ter aguardado por horas a fio pelo atendimento, procedeu a um exame rápido, aferindo-lhe a pressão e auscultando seus batimentos cardíacos e respiratórios para, enfim, indicar o tratamento com Ampicilina 500 e Dipirona, conforme receituário de f. 43.

Qual era o procedimento exigível e adequado a ser adotado pelo médico, diante do quadro apresentado pela paciente? Valemo-nos mais uma vez do ensino de Miguel Kfouri Neto:

> *Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz* examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais -, bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática. O médico, portanto, que não revela o cuidado exigível na conduta diagnosticada certamente incorrerá em responsabilidade civil. (ob. cit., p. 89 - destaquei).

Na espécie, incorre em responsabilidade civil tanto o médico que atendeu a paciente pela primeira vez, por sua conduta culposa ter dado causa ao diagnóstico tardio de acidente vascular cerebral – AVC – e, em consequência, resultado em diversas sequelas à apelada, bem como responde por culpa objetiva o hospital, uma vez que o referido profissional integra a sua equipe médica, a teor do art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse passo, o entendimento jurisprudencial assente nesta Corte de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO NOSOCÔMIO – ERRO DE DIAGNÓSTICO EM EXAME DE SANGUE – HCV – HEPATITE "C" – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> I - À luz da responsabilidade objetiva dos hospitais, insculpida no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, demonstrado pelo autor que o erro de diagnóstico realizado pelo setor de análises clínicas, que lhe apontou como portador de hepatite C, causou-lhe danos morais, impõem-se ao nosocômio a obrigação reparatória correspondente ao prejuízo suportado. [...]. (TJMS, AC n. 2011.007082-9, Quinta Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa da Silva, julgado em 31.3.2011).

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS – RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DECORRENTE DA ATIVIDADE MÉDICA – CONDUTAS INSUFICIENTES OU INADEQUADAS – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – PARADA CARDIORRESPIRATÓRIA – ESTADO VEGETATIVO DO PACIENTE – INVALIDEZ TOTAL E PERMANENTE – RECURSOS IMPROVIDOS.

A responsabilidade civil das entidades hospitalares é objetiva, não exigindo da paciente, que à evidência necessitava de internação hospitalar, a comprovação da culpa do nosocômio, mas tão-somente a prova do nexo de causalidade entre a insuficiente conduta de seus prepostos e os danos causados à paciente. (TJMS, EI em AC n. 2009.022592-2/0002-00, Terceira Seção Cível, Campo Grande, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 21.3.2011).

Diante do quadro relatado com alguma dificuldade pela paciente, de dores generalizadas pelo corpo, formigamento no lado direito e dor de cabeça intensa, a conduta exigível e adequada seria o de valer-se de exames complementares visando a excluir qualquer outra patologia, que não fosse um simples ***"processo viral"*** (vide contestação de f. 60).

Aliás, em seu depoimento, ele próprio confirma que não suspeitou de AVC – Acidente Vascular Cerebral –, primeiro, porque não é um especialista em neurologia; segundo, **porque não tinha dados** suficientes**.** Ou seja, o médico apelante, confessadamente, deixou de recorrer a outros meios de investigação a seu alcance, a fim de erradicar o mal que acometia a paciente por ocasião do primeiro atendimento, permitindo, com sua conduta, que sobreviessem as sequelas do acidente vascular cerebral – AVC.

E nisso reside a culpa do apelante. Por não ter recorrido aos meios a seu alcance para investigar o mal que acometia a paciente, o médico apelante acabou por permitir que lhe adviessem os danos em seu físico, tais como, dificuldades de articular a linguagem, atrofiamento da mão e da perna esquerda, dentre outros. Vale dizer, o diagnóstico precoce e adequado de estar a paciente sofrendo um acidente vascular cerebral (AVC) poderia ter evitado todas essas sequelas.

Observa-se a diferença de percepção entre o médico não especializado, premido pela necessidade de atender inúmeros pacientes em tempo recorde (60 a 70 pacientes em 12 horas), e aquele que é especialista no assunto, o médico Marcel Rozin Pierobon (CRM-MS 4706). Bastou olhar a paciente para diagnosticar o AVC em estágio subagudo. E mais: a despeito disso, não descurou de solicitar todos os exames complementares para confirmar e dar um diagnóstico preciso, que não colocasse em risco a vida da paciente, ou, ao menos, que minimizasse os danos.

Para tanto, valeu-se o referido profissional da tomografia computadorizada do crânio e da ressonância magnética, consoante indicação no laudo médico de f. 14-5, datado de 13.12.2005.

Se, no primeiro atendimento feito pelo apelante, houvesse um diagnóstico correto do estado de saúde da paciente, as sequelas decorrentes do AVC poderiam ter sido minimizadas ou até mesmo evitadas. E não é o que ocorreu, pois, de acordo com o atestado médico de f. 48, a paciente atualmente é portadora de incapacidade laborativa de ordem permanente, em virtude das sequelas oriundas do acidente vascular cerebral isquêmico – CID I 69.3 (Código Internacional de Doenças) –, diagnosticado somente depois da segunda consulta levada a efeito no Hospital Universitário de Dourados.

Acerca do erro de diagnóstico, oportuna também a lição de STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 541:

> Nenhuma responsabilidade se poderá imputar ao médico se em razão de diagnóstico errôneo e equivocado dano algum provir. Não há separação sem dano. Se da ação ou omissão nenhum resultado lesivo advém, o fato é irrelevante no mundo jurídico.
>
> Se, porém, em razão desse equívoco o paciente sofrer dano, ou porque não fazendo o correto tratamento e deixando de atacar o verdadeiro mal teve sua situação agravada, ou se, em razão do diagnóstico, submeteu-se a tratamento inócuo ou maléfico, haverá, então, de se perquirir se nas circunstâncias poder-se-ia dele exigir opinião correta e precisa.
>
> Para tanto caberá indagar-se se à luz da ciência e do avanço médico-tecnológico **poderia o profissional obter essa certeza, tendo em vista apoio em exames de laboratório, ultra-sonografia, ressonância magnética, tomografia computadorizada e tantos outros exames postos à disposição.**
>
> **Se a resposta for afirmativa, estará caracterizada a sua culpa, sob a modalidade de negligência, considerando que deveria ter submetido o seu cliente a esses exames e não fez**, concluindo por um diagnóstico sem que tivesse base científica para isso. (destaquei).

E é exatamente essa a situação retratada nos autos. Ao ser levada ao hospital, em 8.12.2005, a paciente estava sofrendo com a evolução de um quadro de acidente vascular cerebral isquêmico (AVCI), cujas graves sequelas poderiam ter sido evitadas, caso o médico apelante tivesse diagnosticado correta e precocemente a enfermidade. Para tanto, deveria ter se utilizado dos exames complementares, a fim de afastar quaisquer dúvidas, mas não o fez, razão pela qual escorreita a sentença de f. 342-55 que, ao julgar parcialmente procedente o pedido de indenização por dano moral, destacou:

> [...] De acordo com os **elementos objetivos e subjetivos** comprovados nos autos como: a dor, o trauma psíquico, a perda de auto-estima, a tristeza, a vergonha, a seqüela de caráter permanente sofrida pela parte autora em razão do AVC tardiamente diagnosticado que é de fácil e objetiva compreensão e independem de prova e a conduta negligente e imprudente da parte ré; e os **objetivos** como a condição econômico-financeira das partes e o padrão de vida destas, chega-se a conclusão que a importância de **R$ 15.000,00 (quinze mil reais)** será suficiente para se fazer justiça ao caso em apreço e surtir os efeitos pedagógicos pretendidos. (f. 355).

Assim, manifesto o erro médico cometido pelo apelante, consistente na formulação errônea de um diagnóstico, por negligência, conduta essa que culminou na verificação tardia de um acidente vascular cerebral – AVC –, cuja evolução causou à apelada diversas complicações de ordem neurológicas e físicas. Os danos morais decorrem da atitude negligente do médico, os quais devem ser indenizados pelos apelantes.

A respeito, semelhante o entendimento de outros Tribunais do País:

> CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO HOSPITAL. ERRO MÉDICO. IMPERÍCIA, IMPRUDÊNCIA E NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO, TRATAMENTO MÉDICO E DIAGNÓSTICO DE PACIENTE DIANTE DE MOLÉSTIA DE GRAVIDADE E EVOLUÇÃO POTENCIAL E LESIVA. FEBRE AMARELA SINALIZADA PELOS SINTOMAS APURADOS. FALECIMENTO. CULPA IN ELIGENDO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS SUPORTADOS. CABIMENTO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO QUANTUM. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. MAJORAÇÃO QUE SE IMPÕE. 1. **Age com culpa o médico que, de forma imprudente, imperita e negligente, sem zelo e atenção, libera paciente sem que o mesmo viesse, ao menos, ser internado no pronto socorro, diante de diagnóstico provável de febre amarela, descurando-se da gravidade potencial e lesiva da evolução da doença**. 2. Sendo objetiva a responsabilidade da instituição hospitalar privada que presta serviços de saúde, por força de dispositivo constitucional, e não se

> apurando a ocorrência de excludente da culpa que redundou na morte de menor nas dependências do nosocômio, patenteada em prova pericial que constata erro médico no atendimento àquele dispensado, impõe se a procedência do pleito indenizatório. 3. O dano moral emerge da conduta lesionadora, prescindindo de prova. Culpa caracterizada. Obrigação de indenizar. Condenação em danos morais. [...] Assim, deve o Magistrado, na busca pelo valor justo e ideal a título de compensação pelos danos sofridos, considerar, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade e extensão do dano, bem como a idéia de sancionamento do ofensor como forma de obstar a reiteração de casos futuros. Recurso conhecido e provido. (TJDF, Rec n 2000.01.1.046142-0, AC n. 418.084, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Alfeu Machado, DJ de 23.4.2010, p. 110) (destaquei).
>
> ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO DE DIAGNÓSTICO DE EXAME MÉDICO. DANO MORAL. COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL. INDENIZAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. 1. O dano moral decorrente do erro de diagnóstico de doença como a AIDS é considerado in re ipsa, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato. Constatada a existência do fato danoso, bem como a conduta da Administração, no caso, a do hospital universitário, resta analisar o nexo causal entre ambos. 2. Demonstrado o nexo causal entre o fato lesivo imputável ao hospital vinculado à UFSM, exsurge para a autarquia o dever de indenizar o particular, mediante compensação pecuniária compatível com a dor moral. 3. Indenização por danos morais mantida em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), segundo a situação econômica do ofensor e em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade à ofensa, bem como em razão da dupla função de compensar o dano sofrido e punir o réu. [...] 6. Mantida a condenação da ré ao pagamento da verba honorária, tal como fixado na sentença. (TRFRS Quarta Região, AC n. 2004.71.02.006571-0, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Fernando Quadros da Silva, julgado em 22.6.2010; DJ de 15.7.2010, p. 361).

Registro, por último, que, encontrado nos fundamentos antes declinados os motivos de convencimento necessários para solucionar o conflito, torna-se desnecessário fazer expressa referência aos dispositivos legais mencionados pelos recorrentes, a título de prequestionamento, os quais não restaram ofendidos.

Por todo o exposto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento, mantendo-se incólume a sentença vergastada.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Revisor)

De acordo com o relator.

Conclusão de julgamento adiada em face do pedido de vista do vogal (Des. Ruy Celso), após o relator e o revisor negarem provimento ao recurso.

VOTO

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

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão e após detido exame dos autos ouso divergir dos votos já proferidos.

Diante das novas tendências mundiais com relação à responsabilidade civil, vivemos um mundo diferente daquilo que foi escrito no nosso Código Civil, elaborado por mais de vinte anos para ser editado em 2002. Hoje vivemos numa sociedade de risco e os critérios da responsabilidade civil modificaram.

Na atualidade, se um médico atendendo um paciente segue o protocolo e age para curar as mazelas reclamadas por ele, não há imputar-lhe a responsabilidade por erro de diagnóstico se não houver indícios de que deveria ter procedido de forma diversa.

O erro médico somente poderá converter-se em ato ilícito se, em razão de seu comportamento culposo, agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

Segundo o escólio de Cheila Aparecida Oliveira e Amir Roberto El Dine[1] *"o termo 'erro médico' designa falha do médico no exercício da profissão, resultando em mau resultado ou resultados adversos, decorrentes da ação ou da omissão do médico por inobservância de conduta técnica"*.

Ocorre que nos presentes autos não vislumbro provas contundentes da existência de erro de diagnóstico na consulta realizada pelo médico Ilço de Aguiar quando atendeu a recorrida em 8.12.2005.

Segundo a lição de Vicente Greco Filho, *"o juiz conhece o direito, mas não pode deter todos os demais ramos do conhecimento técnico. E ainda que tivesse formação para isso, não deveria prescindir da prova pericial que tem também a finalidade de documentar nos autos o conhecimento especializado, inclusive para exame em grau de recurso"*. (*in* **Direito Processual Civil Brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 223. v. 2), ressaltando-se, por óbvio, que a prova pericial não deve ser apreciada isoladamente do conjunto probatório constante dos autos.

No presente caso, ocorreu a prova pericial e ela se coaduna com as demais provas produzidas, no sentido de que não ocorreu erro médico.

A autora afirma que teria naquele dia apresentado dores de cabeça e formigamento do lado direito, ainda que lúcida (f. 3) e que foi ao médico porque tinha desmaiado e não falava mais e sentia dormência do lado direito, tanto no braço quanto na perna, tendo a prima Iracema a acompanhado até o Hospital Evangélico (f. 281).

Entretanto, não há nos autos provas que corroborem suas alegações.

Conforme se observa do prontuário médico (f. 13), naquele dia a paciente teria apresentado dores generalizadas.

O próprio médico em seu depoimento afirma que *"na minha memória, não havia dados que pudessem indicar que ela houvesse sofrido AVC. Ela não estava com diminuição de movimentos, não havia sinais, pelo menos. Se houvesse, eu encaminharia imediatamente para um médico habilitado"* (f. 283).

Vejamos, ainda, o que afirmou o médico que atendeu a paciente pela segunda vez, tendo diagnosticado o AVC:

> Se não me engano a primeira tomografia dela, já veio na fase subaguda, que seria depois das 8 horas até 5 dias, dependendo do critério utilizado pelo radiologista. [...] De acordo com a clínica, é possível fazer o diagnóstico de qual região do cérebro está sendo afetada. Os exemplos são: perda da fala, perda de movimentos, perda visual e perda súbita de memória. Um médico clínico geral pode identificar o derrame, ainda mais se a pessoa estiver sem os movimentos, sem enxergar e sem falar [...] Eu não acredito que uma pessoa emiplégica seja liberada de qualquer hospital [...].

Ademais, segundo consta no próprio depoimento da autora esta não apresentava quadro clínico anterior que pudesse a levar à suspeita da ocorrência do AVC, pois afirma que *"nunca tive problema de pressão alta, minha pressão sempre foi baixa. Até o dia anterior ao AVC, eu gozada de perfeita saúde"* (f. 281), e ainda que, em sua inicial, no dia do atendimento encontrava-se lúcida (f. 3), de forma que não

1 OLIVEIRA, Cheila Aparecida; DINE, Amir Roberto El apud STOCO, Rui. **A responsabilidade civil por erro médico no Brasil**: Um olhar para o repensar da natureza da relação médico-paciente. Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 626.

demonstrou a possibilidade de o requerido ter conhecimento de dados que pudessem levar ao diagnóstico feito somente em momento posterior.

Portanto, entendo conforme o laudo pericial (f. 242-3), que, da análise dos documentos contidos nos autos, não seria possível se suspeitar de um AVC no momento do atendimento da autora pelo médico Ilço de Aguiar.

Com base em exame de ressonância nuclear magnética (f. 44) realizado na data de 19.12.2005, o perito concluiu que o AVC constatado no exame teve início após a data do referido atendimento, pois *"refere alterações no cérebro, compatíveis com AVCI iniciado no período de 3 a 5 (no máximo 7 dias) antes da realização da mesma. Como a data da realização da RNM é de 11 dias após o procedimento médico realizado pelo Dr. Ilço de Aguiar, torna-se fácil afirmar que o AVC em questão não havia se iniciado na data do atendimento"*, o perito ainda conclui: *"em consulta feita por mim a um Imaginologista (médico especialista em exames de diagnóstico por imagem), ele foi categórico em afirmar que no AVCI de pouco tempo de evolução a RNM consegue definir com precisão a data da ocorrência do evento"*. (f. 242-3)

Observa-se que o diagnóstico inicial de Acidente Vascular Cerebral ocorreu em 13.12.2005 (f. 14), ou seja, 5 dias após o atendimento durante o qual a autora alega ter ocorrido o erro médico. É, portanto, plenamente crível, diante do que constata o laudo pericial, não ter havido erro de procedimento na consulta realizada em 8.12.2005, visto não existir prova nos autos de que naquela data a paciente apresentava os mesmos sintomas de quando diagnosticado posteriormente o AVC.

Rui Stoco (*ob. cit.* p. 638) leciona que *"o erro no diagnóstico, como regra, não gera responsabilidade, salvo se tomado sem atenção e precauções, conforme o estado da ciência, apresentando-se como erro manifesto ou grosseiro."*

Logo, entendendo que os autos não apresentam elementos de prova aptos a ensejar conclusão diversa daquela contida no laudo pericial, ou seja, de que não é possível imputar ao médico requerido um ato ilícito por erro de diagnóstico, pois não se pode afirmar que o Acidente Vascular Cerebral que acometeu a apelada já teria ocorrido na data do atendimento por ele prestado, tenho que o pedido de indenização deva ser julgado improcedente, pois ausente a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta tida como culposa e os danos advindos do AVC que a autora sofreu.

Diante do exposto, ouso divergir do e. relator para dar provimento ao recurso e julgar improcedentes os pedidos da inicial, invertendo-se os ônus sucumbenciais, sobrestada sua exigibilidade à autora nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, VENCIDO O VOGAL, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, Dorival Renato Pavan e Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 19 de julho de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.001033-5 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ERRO JUDICIÁRIO – INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE PRISÃO ILEGAL – MANDADO DE PRISÃO ANTERIORMENTE REVOGADO E NÃO RECOLHIDO – DANOS MATERIAIS E MORAIS CARACTERIZADOS – MÁCULA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – DANO MATERIAL MANTIDO – REDUÇÃO DOS LUCROS CESSANTES – TEMPO DE PRISÃO DE APENAS UM DIA – DANOS MORAIS – REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO – CONSIDERAÇÃO À ESPECIFICIDADE DO CASO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REDUZIDOS – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Diante da falha da máquina judiciária, causadora da prisão ilegal do autor da ação e dos danos por ele experimentados, sobressai o dever de indenizar do ente estatal, por ato de seus agentes públicos, na forma do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, cuja responsabilidade civil é objetiva.

2. A Defensoria Pública Estadual tem a atribuição constitucional de prestar orientação jurídica e de defender somente aqueles comprovadamente hipossuficientes e que não possuem condições de contratar advogado particular (CF, art. 134 e art. 5º, LXXIV).

3. Se, pela conduta omissiva dos agentes públicos do Estado, o autor da ação foi obrigado a contratar advogado para promover a sua defesa em virtude da prisão ilegal a que foi submetido, coerente se afigura atribuir ao demandado a responsabilidade pela reparação do dano material causado ao ofendido.

4. Deve-se reduzir o valor dos lucros cessantes para 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, visto que o demandante permaneceu preso injustamente por apenas um dia, bem como que não houve comprovação acerca de sua renda mensal.

5. O arbitramento do dano moral, considerando sua carga de subjetividade, deve ser estabelecido em quantia que sirva de reparação pela dor sofrida, bem como pela reprimenda ao ato praticado, desde que não constitua fonte de enriquecimento ilícito por parte do ofendido. Dano moral reduzido, visto que o tempo de duração da prisão ilegal não ultrapassou 24 (vinte e quatro) horas.

6. Os honorários de sucumbência, na hipótese de condenação da Fazenda Pública, devem ser fixados pelo julgador de maneira equitativa, com supedâneo no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de agosto de 2011.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença de **procedência** dos pedidos formulados na inicial da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais[1] promovida por Sérgio Ney Rezende Ribeiro, que o condenou a reparar: (I) os **danos materiais** de R$ 3.000,00 (três mil reais); (II) os **lucros cessantes** do valor correspondente a 2/30 (dois trinta avos) do salário-mínimo da época do fato, corrigidos pelo INPC desde 25.9.2008, com juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação até 29.6.2009, quando passam a ser aplicados à poupança; (III) os **danos morais** no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), corrigidos pelo INPC a partir da publicação da sentença, com juros de mora aplicados à poupança, a contar da citação em eventual execução; (IV) a pagar **honorários advocatícios**, estes arbitrados em R$ 4.000,00 (quatro mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, interpõe **recurso de apelação**, objetivando sua reforma.

Sustenta, em síntese, que: (a) o incidente ocorreu por culpa exclusiva do autor, que inicialmente se envolveu em um acidente automobilístico, bem como pelo fato de não ter se acautelado no processo de execução de alimentos, pois era conhecedor de sua obrigação desde que assumiu o acordo de guarda, pensão alimentícia e direito de visitas; (b) os policiais militares que efetuaram a prisão estavam no estrito cumprimento de dever legal; (c) deve ser afastado o dano material de R$ 3.000,00, pois à Defensoria Pública compete prestar assistência judiciária gratuita, nos casos em que o cidadão não tem condições de contratar advogado particular; (d) o apelado não produziu nenhuma prova de sua renda mensal e ficou apenas um dia detido, de modo que é injustificável o arbitramento de lucros cessantes relativos a dois dias sem trabalhar; (e) não houve a prática de ato ilícito, tampouco sua demonstração, o que afasta o dever de indenizar a si atribuído; (f) as consequências advindas do evento danoso não foram grandes o suficiente para justificar a indenização em R$ 30.000,00, devendo ser excluída a condenação, senão reduzido esse montante; (g) os honorários advocatícios devem ser fixados com equidade, sem implicar em meio que gere locupletamento ilícito, como no caso.

Contrarrazões pelo improvimento do apelo, pugnando pela manutenção da sentença recorrida (f. 259-62).

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença de f. 227-35, que julgou **procedentes** os pedidos formulados na Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais, promovida por Sérgio Ney Rezende Ribeiro, que o condenou a reparar: (a) os **danos materiais**

1 Autos n. 0363137-89.2008.8.12.0001 da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande.

de R$ 3.000,00 (três mil reais); (b) os **lucros cessantes** do valor correspondente a 2/30 (dois trinta avos) do salário-mínimo da época do fato, corrigidos pelo INPC desde 25.9.2008, com juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação até 29.6.2009, quando passam a ser aplicados à poupança; (c) os **danos morais** no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), corrigidos pelo INPC a partir da publicação da sentença, com juros de mora aplicados à poupança, a contar da citação em eventual execução; (d) a pagar **honorários advocatícios**, estes arbitrados em R$ 4.000,00 (quatro mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC.

1. **Síntese fática**:

Narram os autos que, às 20 horas do dia 25.9.2008, após ter o seu veículo de trabalho (táxi) envolvido em uma colisão com uma motocicleta *sundown*, o autor solicitou no CIOPS, através do telefone 190, a presença da viatura de polícia de trânsito para a lavratura do boletim de ocorrência. Todavia, ao chegarem ao local, os policiais militares lhe deram voz de prisão, sob o argumento de que havia um decreto de prisão contra a sua pessoa, desde 24.9.2004 (f. 47-8).

Ao chegar ao DEPAC, o autor foi informado pelo delegado plantonista de que havia um mandado de prisão por dívida de natureza alimentícia, expedida pelo Juízo da 3ª Vara de Família desta Capital (Autos n. 001.03.002435-9).

Surpreso com o ocorrido, pois vinha mantendo regularmente em dia o pagamento da pensão alimentícia de seu filho, o autor, por meio de seu advogado, constatou apenas no dia seguinte que o mandado de prisão em aberto se referia a um processo extinto por litispendência.

Na sentença de extinção, datada de 25.1.2005, o magistrado singular reconheceu a litispendência, extinguiu o feito sem julgamento de mérito, na forma do art. 267, V, do CPC, e determinou o imediato recolhimento do mandado de prisão em aberto.

Entretanto, em virtude de erro judiciário, a serventia da 3ª. Vara de Família, em vez de dar cumprimento à ordem emanada do julgador, remeteu os autos ao arquivo geral, sem determinar o recolhimento do referido mandado de prisão, dando ensejo à prisão ilegal do autor, depois de decorridos 42 (quarenta e dois) meses da extinção do feito.

Preso ilegalmente, o autor permaneceu em pé numa cela de 3mx3m, durante 24 horas, sem dormir, ocasionando inchaço nos membros inferiores, além de suportar o constrangimento moral de estar preso por erro da serventia.

Além do mais, ainda segundo os autos, os familiares do autor tiveram de contratar um advogado particular pelo valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), uma vez que, em contato com a Defensoria Pública Estadual, tiveram a informação de que o autor poderia ficar detido por mais uma semana até que aguardasse o desarquivamento do feito e agendamento com o defensor público, diante da sobrecarga de trabalho.

Somados todos esses fatos, o autor pleiteou a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de uma indenização por danos materiais de R$ 3.000,00, mais a quantia de R$ 50.000,00 a título de danos morais, além da reparação pelos lucros cessantes, por ter ficado dois dias sem trabalhar, alegando que o dano se efetivou por negligência da serventia judicial.

Esses os fatos da causa.

2. **Mérito Recursal**:

Passo ao exame de mérito recursal, analisando todas as questões devolvidas a este Tribunal.

(a) **Da existência do dano**

Segundo o recorrente, o incidente ocorreu por culpa exclusiva do autor, que inicialmente se envolveu em um acidente automobilístico, bem como pelo fato de não ter se acautelado no processo de execução de alimentos, pois era conhecedor de sua obrigação desde que assumiu o acordo de guarda, pensão alimentícia e direito de visitas.

Todavia, não lhe assiste razão.

O fato apontado pelo autor da ação como ensejador do dano moral foi a prisão supostamente ilegal deflagrada pela polícia militar, no atendimento de um pedido de socorro por acidente de trânsito, ocorrido no dia 25.9.2008.

Consoante o Boletim n. 272/2008, datado de 25.9.2008, às 20:15 horas, ao ser acionada para atender a um acidente de trânsito na Av. Afonso Pena, defronte ao n. 1925, a guarnição composta pelos policiais militares Charles Moisés Gonçalves Cespedes e Elaine Cristina da Silva Andrade fez os levantamentos no local e checou os documentos dos veículos envolvidos no sinistro e dos condutores, através do sistema SIGO, ocasião em que observou que havia um **mandado de prisão em aberto** contra o autor da ação, ora apelado, expedido pelo Juízo da 3ª. Vara de Família desta Capital, alusiva a um débito de natureza alimentar (f. 154).

Diante disso, os referidos policiais militares deram voz de prisão para o autor, encaminhando-o para o órgão do DEPAC, liberando, a seguir, o veículo Fiat/Siena, cor branca, placas HRO-7277, de Campo Grande, utilizado em serviço de Táxi, para o seu proprietário, Sr. Ramão Ferreira de Lima (CPF n. 070.528.121-34).

Segundo a informação prestada pelo Delegado de Polícia, Rodrigo Vasconcelos Braga, *"A Polícia Militar conduziu até o Plantão desta Unidade Policial, na data de 25.9.2008 (data em que este signatário estava de plantão nesta DEPAC), no período noturno, o Nacional Sérgio Ney Rezende Ribeiro, visto que conforme BO PM de n. 644801 (em anexo), o mesmo, após envolver-se em sinistro de trânsito, teve sua qualificação verificada,* ***constando em seu desfavor, um Mandado de Prisão em aberto no Sistema SIGO****, expedido pela 3ª Vara de Família de Campo Grande, referente aos autos de processo de n. 001.03.002435-9, alusivo a alimentos."* (f. 153 - destaquei).

Depois de passar uma noite inteira na cadeia do 4º Distrito Policial (Moreninhas), o autor contratou um advogado particular, por meio do qual informou ao Juízo da 3ª. Vara de Família desta Capital que o mandado de prisão estava revogado, tendo este proferido a seguinte decisão, *in verbis*:

> Autos 001.03.002435-9
>
> [...]
>
> Vistos.
>
> Junte-se aos autos a petição e os documentos hoje apresentados pelo executado, registro n. 103914 05.
>
> As alegações nela formuladas pelo executado procedem.
>
> De fato o presente feito foi extinto, sem julgamento do mérito. **A decisão, proferida em 25.1.2005, revogou a ordem de prisão e determinou o recolhimento do mandado e/ou expedição de alvará de soltura, no caso de o executado encontrar-se recolhido.**

> Assim, defiro o pedido e determino a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.
>
> Após as providências, retornem os autos ao arquivo.
>
> Dil. legais.
>
> CG. 26.8.2008 (f. 143 - destaquei).

Logo, indubitável que a prisão efetuada pelos policiais militares é flagrantemente ilegal, na medida em que estava fundamentada em um mandado de prisão revogado há quase dois anos.

Sendo assim, a pretensão do apelante de atribuir a culpa pela prisão ilegal ao autor da ação é manifestamente infundada e não decorre de nenhum ato seu, mas sim do **erro judiciário cometido pela serventia da 3ª Vara de Família da Capital**, ao arquivar o feito judicial sem cumprir a determinação expressa de imediato recolhimento dos mandados de prisão contra o apelado, tão logo fora extinto o processo, sem julgamento de mérito, em razão da litispendência verificada (f. 60-1 e 138-9).

Assevera, ainda, o apelante, que os policiais militares que efetuaram a prisão estavam no estrito cumprimento de dever legal.

Essa alegação é despicienda, considerando que o que está em julgamento não é a conduta dos policiais militares, mesmo porque o próprio autor da ação afirmou veementemente que as condutas desses agentes foram corretas (f. 173-5), mas o erro judiciário, a ilegalidade da prisão provocada pela negligência incontestável da serventia da 3ª Vara de Família da Comarca da Capital, por não recolher o mandado de prisão expedido contra o autor e revogado posteriormente pelo mesmo juízo, ante a verificação de litispendência.

De se registrar que os danos dessa natureza atingem a dignidade da pessoa humana, a sua honra, o bom nome, a imagem e sua liberdade, visto que o cidadão de bem não admite permanecer um minuto sequer enclausurado, se não der causa para tanto, razão pela qual o autor da ação faz jus ao ressarcimento dos danos morais sofridos em virtude da sua prisão indevida.

Nessas hipóteses, diante da falha da máquina judiciária, causadora da prisão ilegal do autor da ação e dos danos por ele experimentados, sobressai o dever de indenizar do Estado de Mato Grosso do Sul, ora apelante, por ato de seus agentes públicos, na forma do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, cuja responsabilidade civil é objetiva.

E o nexo de causalidade é patente, porquanto os danos experimentados pelo autor da ação, em decorrência da prisão ilegal, manifestamente se deve à omissão cartorária em cumprir a determinação de recolhimento do mandado de prisão revogado. Por outras palavras, o erro judiciário culminou na prisão ilegal do autor da ação, dando causa aos danos cuja reparação ora se postula.

Estabelecidas essas premissas, passa-se a analisar a razoabilidade do *quantum* arbitrado pelo julgador singular, a título de danos materiais, lucros cessantes, danos morais e honorários advocatícios.

(b) **Do dano material**:

Aduz o apelante que deve ser afastado o dano material de R$ 3.000,00, pois à Defensoria Pública compete prestar assistência judiciária gratuita, nos casos em que o cidadão não tem condições de contratar advogado particular.

Não lhe assiste razão.

Sobressai nítida dos autos que a prisão ilegal do autor da ação obrigou a sua família, em desespero, a contratar advogado particular para postular em juízo a sua soltura, conforme petição de f. 67.

Ao se deparar com uma prisão inusitada, qualquer cidadão comum, mormente se não deu causa a isso, entra em estado de pânico e move mundos e fundos na tentativa de alcançar a liberdade que lhe foi cerceada, ilegalmente, diga-se de passagem.

Como também justificado pelo magistrado singular, o autor não tinha nenhuma obrigação de procurar a Defensoria Pública Estadual para promover a sua defesa, porque, como ressabido, esse órgão tem a atribuição constitucional de prestar orientação jurídica e de defender somente aqueles comprovadamente hipossuficientes e que não possuem condições de contratar advogado particular (CF, art. 134 e art. 5º, LXXIV).

E de acordo com o depoimento da ex-esposa do autor da ação, prestada em juízo às f. 201-2, o advogado particular, contratado especialmente para essa finalidade, cobrou o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) pelo serviço.

Mais uma vez presente o nexo causal: se, pela conduta omissiva dos agentes públicos do Estado, o autor da ação foi obrigado a contratar advogado para promover a sua defesa em virtude da prisão ilegal a que foi submetido, coerente se afigura atribuir ao apelante a responsabilidade pela reparação do dano material causado ao apelado.

(c) **Dos lucros cessantes**:

Sustenta mais o recorrente, que o apelado não produziu nenhuma prova de sua renda mensal e que ficou apenas um dia detido, de modo que é injustificável o arbitramento de lucros cessantes relativos a dois dias sem trabalhar.

Nesse ponto, entendo que prospera a irresignação.

O próprio autor da ação, cuja profissão é taxista, em sua inicial, argumentou que permaneceu por 24 horas, sem dormir, em uma cela de 3mx33m (f. 3).

Se considerarmos que a prisão ilegal ocorreu por volta das 20 horas e 15 minutos do dia 25.9.2008 (f. 154), e que o autor foi posto em liberdade no dia seguinte, 26.9.2008, às 16 horas (f. 149), nem sequer permaneceu preso por vinte e quatro horas como referido na inicial.

Assim, deve-se reduzir o valor dos lucros cessantes para 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo da época, visto que o apelado permaneceu preso injustamente por apenas um dia, bem como que não houve comprovação acerca de sua renda mensal, mantendo-se como parâmetro o salário-mínimo vigente à época dos fatos.

(d) **Do *quantum* dos danos morais**:

Sobre os danos morais, o apelante sustenta que as consequências advindas do evento danoso não foram grandes o suficiente para justificar a indenização em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), devendo ser excluída a condenação, senão reduzido esse montante.

Com efeito, nenhuma dúvida há acerca da existência do dano moral, pois restou evidente dos autos que o ente estatal afrontou o princípio da dignidade da pessoa humana, contido no art. 1º, inciso III, da Carta

Magna, na medida em que privou, arbitrariamente, um cidadão de bem de sua liberdade, sob a alegação da existência de um mandado de prisão em aberto.

De outro tanto, os transtornos em que se viu envolvido indevidamente são mais do que evidentes, ante a falha dos agentes públicos no recolhimento do mandado de prisão revogado.

Sabe-se que o arbitramento do dano moral, considerando sua carga de subjetividade, deve ser estabelecido em quantia que sirva de reparação pela dor sofrida, bem como pela reprimenda ao ato praticado, desde que não constitua fonte de enriquecimento ilícito por parte do ofendido.

Nesse passo, tomando-se por base os parâmetros fixados em demandas semelhantes no Superior Tribunal de Justiça, e em consideração à peculiaridade do presente caso, entendo que o *quantum* de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) arbitrados pelo julgador singular é exorbitante, devendo ser reduzido para R$ 15.000,00 (quinze mil reais), tendo em vista que o tempo de duração da prisão ilegal não ultrapassou as 24 (vinte e quatro) horas.

Nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS EXORBITANTES. REDUÇÃO. ART. 535 DO CPC. NÃO VIOLAÇÃO. ART. 133 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. ART. 538 DO CPC. AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTELATÓRIO. SÚMULA N. 98/STJ.
>
> 1. [...]
>
> 2. [...]
>
> 3. O Tribunal a quo entendeu presente o erro judiciário, apto a gerar a responsabilidade indenizatória, porque substancial, inescusável e culposo, decorrente de prisão indevida do autor, como depositário infiel, fixados em 200 salários mínimos a compensação por danos morais.
>
> 4. **O tempo de duração da prisão indevida é fator influente ao cálculo da compensação por danos morais. Considerado que pelo tempo de cárcere, aproximadamente sete horas, a fixação do dano moral em 200 salários mínimos é exorbitante, devendo ser reduzida para a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), que melhor se ajusta aos parâmetros adotados por esta Corte.**
>
> 5. [...]
>
> Recurso especial parcialmente provido. (REsp n. 1209341/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 21.10.2010, DJ de 9.11.2010).

Assim, merece provimento, em mais esse ponto, o recurso do apelante, a fim de reduzir a verba indenizatória dos danos morais para R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

(e) **Dos honorários Advocatícios**:

Por fim, pretende o recorrente a redução dos honorários advocatícios fixados pelo juiz da causa em R$ 4.000,00 (quatro mil reais), aduzindo que a verba honorária deve ser fixada com equidade, sem implicar meio que gere locupletamento ilícito, como no caso.

Entendo que os honorários devem ser minorados.

Sabe-se que existem situações em que o legislador processual considera inadequados os critérios do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil para o arbitramento dos honorários advocatícios, os quais devem ser fixados com suporte em um juízo de equidade.

Nessa ordem de idéias, ante a ausência de uma base objetiva, ao fixar os honorários advocatícios, o julgador singular não está obrigado a atender aos limites de 10% e 20% sobre o valor da condenação, nem sobre o valor da causa, que tampouco está indicado na lei como parâmetro.

Analisando-se os requisitos para fixação dos honorários, verifico que o Código de Processo Civil estabelece claramente em seu art. 20, § 4º, que "*Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou* ***for vencida a Fazenda Pública****, e nas execuções embargadas ou não os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo anterior."* (destaquei).

Este dispositivo estabelece forma específica de remuneração do profissional que atende aos interesses da parte envolvida na relação processual, levando em consideração "*dados concretos, indicados expressamente na lei, a serem considerados pelo julgador na fixação do percentual: (a) grau de zelo profissional, (b) lugar da prestação do serviço, (c) natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo necessário à prestação do serviço"*. (MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). **Código de Processo Civil Interpretado.** São Paulo: Atlas, 2004. p. 106).

O autor destes comentários, Prof. José Roberto dos Santos Bedaque, salienta que:

> Ao estabelecer o valor dos honorários, deve o juiz avaliar a atuação do patrono na defesa dos interesses da parte vencedora. Quanto mais o empenho do advogado tiver nexo com o resultado do processo, maior será a verba honorária. Também é relevante o lugar em que a atividade se desenvolve, pois muitas vezes essa circunstância exige maior esforço do profissional. Outro elemento fundamental à determinação do percentual adequado é a maior ou menor complexidade das questões materiais e processuais controvertidas, o que está diretamente relacionado com o esforço e o tempo exigidos do advogado, para realização do serviço. (ob. cit., p. 107).

A princípio, observa-se que a ação indenizatória movida pelo apelado não se mostra complexa e, mensurados os atos processuais praticados, não implicou maiores dificuldades para a elaboração do trabalho técnico desenvolvido pelo seu advogado, a ponto de justificar a fixação da quantia de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de honorários advocatícios.

Fiando-me nesses subsídios e examinadas as circunstâncias referidas no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, estimo que a verba honorária deva ser fixada em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Portanto, considerando o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço (todo ele desenvolvido nesta Capital), a natureza e a importância da causa, entendo que o valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), a título de honorários advocatícios, remunera adequadamente os esforços despendidos pelo advogado da parte, merecendo reforma também a sentença, em mais esse aspecto.

Dispositivo:

Forte nessas considerações, conheço do recurso e **dou-lhe parcial provimento**, a fim de reformar a sentença guerreada, no sentido de reduzir os lucros cessantes a 1/30 avos do salário-mínimo vigente à época dos fatos, bem como para reduzir o valor da indenização por danos morais para o montante de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), além de reduzir os honorários advocatícios para R$ 2.000,00 (dois mil reais), mantendo, no mais, a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, Paschoal Carmello Leandro e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 30 de agosto de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.002956-1 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – LESÃO CORPORAL PERPETRADA POR EX-NAMORADO – DANOS ESTÉTICO E MORAL CARACTERIZADOS – CICATRIZES PROVOCADAS POR INSTRUMENTO PÉRFURO-CORTANTE – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DO REQUERIDO – DESPROVIMENTO.

Mantém-se o valor fixado a título de indenização por danos estéticos e morais se o magistrado respeitou os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considerou a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização.

RECURSO DA AUTORA DA AÇÃO – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA – APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N. 54 E 43 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA – PROVIDO PARCIALMENTE.

1. O termo inicial dos juros de mora, nos casos de responsabilidade extracontratual, conta-se a partir da data do evento danoso (Súmula n. 54/STJ).

2. A correção monetária incidente sobre as verbas da condenação conta-se a partir do efetivo prejuízo (Súmula n. 43/STJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Márcio Roberto de Souza Kadowaki e dar parcial provimento ao de Viviane Salazar Conde, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 30 de agosto de 2011.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Viviane Salazar Conde**,** inconformada com a sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais[1] que promove em desfavor de Márcio Roberto de Souza Kadowaki, que julgou **procedentes** os pedidos formulados na inicial, condenando o requerido ao pagamento de: (a) **R$ 20.000,00** (vinte mil reais), a título de **dano estético**, acrescido de juros de mora de 12% ao ano, a partir da citação

1 Autos n. 0049940-14.2006.8.12.0001 da 3ª. Vara Cível da Comarca de Campo Grande.

até o pagamento, e atualização monetária pelo IGP-M, a partir da sentença; (b) **R$ 50.000,00** (cinquenta mil reais), a título de **dano moral,** acrescido de juros de mora de 12% ao ano, a partir da citação até o pagamento, e atualização monetária pelo IGP-M, igualmente a partir da sentença; (c) custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC), interpõe **recurso de apelação**, objetivando a sua reforma.

Devolve à apreciação desta Corte de Justiça as seguintes teses: (I) o termo inicial para o cômputo dos juros de mora de 12% ao ano deve ser a partir da data do evento danoso, consoante a Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça; (II) o termo inicial para a incidência da atualização monetária pelo IGP-M/FGV também deve ser a data do evento danoso, em 30.3.2006.

O requerido Márcio Roberto de Souza Kadowaki também recorre contra a sentença de f. 120-9, pleiteando a redução do *quantum* indenizatório a um patamar condizente com a realidade econômica do apelante e da apelada (f. 137-41).

A autora da ação apresentou suas contrarrazões, pugnando pelo desprovimento do recurso da parte contrária (f. 146-50).

Apesar de regularmente intimado, o requerido não apresentou suas contrarrazões (certidão de f. 155).

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostos, respectivamente, por Viviane Salazar Conde e Márcio Roberto de Souza Kadowaki contra a sentença de f. 120-9, proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais promovida por Viviane Salazar Conde em desfavor de Márcio Roberto de Souza Kadowaki, que julgou **procedentes** os pedidos iniciais, condenando este último ao pagamento de:

(a) **R$ 20.000,00** (vinte mil reais), a título de **dano estético**, acrescido de juros de mora de 12% ao ano, a partir da citação até o pagamento, e atualização monetária pelo IGP-M, a partir da sentença;

(b) **R$ 50.000,00** (cinquenta mil reais), a título de **dano moral**, acrescido de juros de mora de 12% ao ano, a partir da citação até o pagamento, e atualização monetária pelo IGP-M, igualmente a partir da sentença;

c) custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC).

1. **Síntese fática**:

Extrai-se dos autos que a autora ajuizou ação de indenização por danos morais, pleiteando a reparação de danos estéticos e morais sofridos em razão de tentativa de homicídio, perpetrada por seu ex-companheiro, com emprego de arma branca (faca de cozinha), inconformado com o fim do relacionamento.

Consoante a prova produzida nos autos, no dia 31.3.2006, o requerido procurou a autora da ação e, sob ameaças, obrigou-a a subir na sua moto e a levou até a sua residência; lá chegando, trancou a porta da casa e ficou tentando reatar o namoro, mas como esta não cedeu às ameaças e recusou-se a reatar o relacionamento, após horas de intensa discussão, o requerido, ao perceber que não conseguiria mudar a decisão dela, pegou a faca e começou a desferir-lhe diversos golpes pelo corpo, atingindo-a com seis facadas, sendo uma na região mamária, uma na região epigástrica, uma na região umbilical, uma na região pubiana e mais duas nos flancos, causando-lhe diversas cicatrizes, comprovadas pelos Laudos de Exame de Corpo de Delito n. 128.052/06 e 128.052, anexados ao Processo Criminal n. 001.06.012770-9.

A autora pediu uma indenização por danos estéticos para cobertura de despesas no tratamento, cirurgia, internação, medicamentos e pelos dias em que ficaria impossibilitada de trabalhar, além de indenização por danos morais em razão da diminuição de sua autoestima, na medida em que as cicatrizes ficaram expostas, causando preconceitos e comentários de todos aqueles que a vêm, além da dor e frustração em seu íntimo.

A autoria do crime foi confessada pelo requerido, conforme termo de interrogatório de f. 26-8, na qual disse que *"As facadas foram desferidas no momento de descontrole. Não tinha a intenção de tirar-lhe a vida. Assim que caiu em si, parou de golpeá-la."* (f. 27).

Citado, o requerido apresentou contestação, alegando em sua defesa que: prestou socorro médico e hospitalar; tentou acordo amigável, mas foi ameaçado pela requerente; a tese utilizada no processo-crime foi desqualificada de tentativa de homicídio para lesão corporal de natureza leve; o dano estético não existiu, pois a lesão não é visível e as cicatrizes são mínimas; o pedido de dano moral é improcedente, em razão da impossibilidade de cumulação de danos morais com danos materiais; a autora está litigando de má-fé, por omissão dos fatos da forma como verdadeiramente ocorreram. Pediu a improcedência dos pedidos inaugural (f. 77-80).

O Juiz da causa prolatou a sentença de f. 120-9, de procedência dos pedidos formulados na inicial, considerando que:

> Caracterizados o dano estético e o dano moral decorrente daquele e o nexo de causalidade, entendo que a fixação do valor da indenização do dano estético, para dar cumprimento aos art. 186 e art. 927, do Código Civil, deve ser suficiente para indenizar o ofendido, bem como servir de desestímulo à prática de atos semelhantes. Por outro lado, segundo princípio da reparação pelo equivalente em dinheiro, a indenização deve ser, tanto quanto possível, proporcional ao interesse ofendido. Assim, levando-se em consideração tais fatos, bem como a capacidade financeira da ofendida e do ofensor, já que a indenização não pode constituir em enriquecimento indevido, entendo que a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) à titulo de dano estético atende, satisfatoriamente, aos interesses da requerente, que pretende custear nova cirurgia plástica, para minimizar os danos estéticos causados pelas cicatrizes, bem como à titulo de dano moral o importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), compensando-lhe o constrangimento e representando sanção ao requerido. (trecho da sentença - f. 127-8).

É contra essa sentença que se voltam tanto a autora da ação, como o requerido, em pedidos distintos.

Pela ordem de prejudicialidade, passo ao julgamento do recurso interposto pelo requerido e, depois, o da autora da ação.

2. Do recurso interposto por **Márcio Roberto de Souza Kadowaki.**

Sustenta o ora apelante que o *quantum* indenizatório deve ser reduzido para um patamar condizente com a realidade econômica do apelante e da apelada (f. 137-41).

Sem razão, no entanto.

Os tribunais pátrios firmaram o entendimento de que, nos casos de indenização por danos morais, o arbitramento deve ser feito com moderação, e em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em conta a condição social e a capacidade econômica do ofensor e do ofendido, para que não haja um enriquecimento sem causa deste último.

Além disso, a reparação do dano moral, nesses casos, tem finalidade educativa, como forma de incentivar o respeito aos direitos da vítima e evitar que o ofensor reincida no mesmo erro por considerar

a sanção civil leve demais, sanção essa que também visa a restabelecer o equilíbrio nas relações privadas, realizando-se, assim, a função inibidora da teoria da responsabilidade.

Por outro lado, é incontroversa a possibilidade de cumulação entre os danos morais e estéticos na medida em que, como no caso, são produzidos destacadamente. Neste sentido, o ensinamento pacificado no Superior Tribunal de Justiça:

> Direito civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Acórdão. Omissão. Inexistência. Disparo de espingarda. Danos estéticos e danos morais produzidos em separado. Condenação. Cumulação. Possibilidade.
>
> - Analisado pelo voto condutor do acórdão o ponto mencionado pelo recorrente, deve-se afastar a omissão alegada.
>
> - Se do fato exsurge, cumuladamente, danos morais e danos estéticos, deve ser reconhecida, na condenação, a cumulação pleiteada. Precedentes.
>
> - Recurso especial a que se dá provimento. (REsp n. 254445/PR, REsp n. 2000/0033386-7, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 8.5.2003, DJ de 23.6.2003, p. 351, RDDP, v. 6, p. 206).

In casu, deve-se observar que tanto o dano estético quanto o dano moral foram devidamente caracterizados na causa: o **dano estético**, pelas várias lesões permanentes, resultando em cicatrizes por todo o corpo, decorrentes de seis facadas que o apelante desferiu contra a apelada (cf. laudo de exame de corpo de delito de f. 23-5); já o **dano moral**, por sua vez, decorre da dor experimentada, do desespero vivido no momento da agressão, no sofrimento resultante da internação, da cirurgia e da longa fase de recuperação, além da insegurança e diminuição da sua estima.

Por tudo isso, revela-se razoável e proporcional aos danos experimentados pela apelada, a fixação da indenização pelo dano estético em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), destinados ao pagamento de despesas com cirurgia plástica corretiva e a indenização pelo dano moral, em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), considerando-se a declaração do próprio apelante de que é profissional autônomo (f. 26), e a condição social da vítima, de profissão recepcionista (f. 35), bem como do caráter pedagógico do dano moral, visando a evitar a repetição de atos que ofendam a integridade física da vítima, como no caso, além de adequado para se evitar o enriquecimento ilícito.

Ante essas peculiaridades, hei por bem manter o *quantum* indenizatório de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de dano estético e de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de dano moral, a ser arcado pelo requerido, como forma de reparação dos danos causados à autora da ação.

3. Do recurso interposto por **Viviane Salazar Conde.**

Alega a recorrente que o termo inicial para a contagem dos juros moratórios e para a incidência da atualização monetária deve ser a data do evento danoso, em 30.3.2006.

Observa-se dos autos que, para a composição do dano estético e do dano moral, a sentença dispôs que os juros moratórios de 12% ao ano são devidos a partir da citação até o pagamento, e que a atualização monetária deveria ser pelo IGP-M, a partir da sentença (f. 128).

Nesse ponto, entendo que assiste, em parte, razão à recorrente.

É que apenas os juros de mora, nos casos de responsabilidade extracontratual (aquiliana), como é o presente, são devidos a partir da data do evento danoso.

Tal tese é baseada nos enunciados das Súmulas n. 54 e n. 43 do Superior Tribunal de Justiça:

> Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.
>
> Súmula 43: Incide correção monetária sobre a dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.

Tem-se, assim, que, sobre a verba destinada a compor os danos estéticos e morais, a atualização monetária é contada da data em que foi fixada na sentença, exatamente conforme estabelecido pelo julgador singular, porém os juros de mora retroagem à data do evento danoso (data do fato delituoso – 31.3.2006 – f. 12-4 do Boletim de Ocorrência).

4. Da sucumbência.

Por fim, com relação aos encargos da sucumbência, não merecem modificações, visto que a condenação foi mantida, bem assim porque a magistrada fez uso sensato das diretrizes traçadas pelo § 3º do art. 20 do CPC para fixar os honorários de sucumbência.

5. Dispositivo.

À luz de tais considerações, conheço de ambos os recursos, porém **nego provimento** ao apelo deduzido por Márcio Roberto de Souza Kadowaki e **dou provimento parcial** ao recurso de Viviane Salazar Conde, apenas no tocante ao termo inicial da contagem dos juros de mora, mantendo, no mais, inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE MÁRCIO ROBERTO DE SOUZA KADOWAKI E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO DE VIVIANE SALAZAR CONDE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, Paschoal Carmello Leandro e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 30 de agosto de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.018587-6 - Dourados
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – FRAUDE À EXECUÇÃO – NÃO CARACTERIZADA – PENHORA SEM REGISTRO – NÃO COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ – EXECUTADA ERA SOLVENTE À ÉPOCA DA ALIENAÇÃO DO IMÓVEL – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de julho de 2011.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Paquetá Empreendimentos Imobiliários Ltda. ingressou com Embargos de Terceiro contra Christovam Camacho Arnal Filho visando à desconstituição da penhora efetivada em bens imóveis de sua propriedade, nos autos da Ação de Execução de Sentença movida pelo apelado contra Mirdi Nechi.

Superados os trâmites processuais, adveio sentença onde o juízo singular julgou improcedentes os embargos de terceiro, para manter a decisão de f. 793-5 que declarou a ineficácia das vendas dos imóveis matriculados sob o n. 13.956 e n. 13.957, ambos do RGI da cidade de Dourados-MS, por entender que, no caso, houve fraude à execução; bem como condenou a embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, corrigidos desde a propositura da presente ação.

Inconformada com a sentença, a embargante Paquetá Empreendimentos Imobiliários Ltda. interpôs recurso de apelação, sob o fundamento de que adquiriu os imóveis há mais de 14 anos (maio de 1996) e que, na época, estes se encontravam livres e desembaraçados, o que demonstra a sua boa-fé.

Aduz ainda que a declaração de ineficácia das vendas dos referidos bens somente ocorreu em julho de 2009 e, segundo a Súmula 375 do STJ, a fraude à execução só pode ser reconhecida se houver registro de penhora quando da alienação do bem adquirido e comprovação da má-fé do terceiro adquirente, requisitos estes que não restaram demonstrados no caso em tela.

Alega também que a insolvência da alienante não pode ser presumida, mas sim provada, sendo o ônus para tal do credor-exequente, ora apelado. E, como não houve impugnação específica destes fatos, restou incontroverso nos autos que, à época da venda dos imóveis, a executada Mirdi Nechi era solvente,

consoante preceitua os artigos 302 e 334, inciso IV, ambos do CPC. Assevera que, mesmo que assim não fosse, a executada, ao tempo da alienação dos dois imóveis, possuía outros bens em seu patrimônio que garantiam a execução, o que, definitivamente, afasta a possibilidade de existência de fraude à execução.

Ressalta a desídia do credor, visto que o feito foi suspenso por diversas vezes.

Por fim, afirma que os referidos imóveis são impenhoráveis, visto que, antes de sua alienação, constituíam imóveis residenciais da executada Mirdi Nechi.

Prequestiona diversas matérias.

Pugna, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que sejam julgados procedentes os embargos de terceiro opostos pela apelante.

Contrarrazões aforadas às f. 993-1001.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Paquetá Empreendimentos Imobiliários Ltda. interpôs recurso de apelação contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Cidade de Dourados que, nos autos de embargos de terceiro, julgou improcedente o pleito de desconstituição da penhora realizada sobre os bens imóveis, matriculados sob o n. 13.956 e n. 13.957 no CRI da cidade de Dourados-MS, no processo de Execução n. 002.94.020149-0 que Christovam Camacho Arnal Filho move contra Mirdi Nechi.

Pois bem.

Ab initio, cumpre esclarecer que os embargos de terceiro é ação adequada a ser manejada por aquele que sofre turbação ou esbulho em sua posse decorrente de ato de apreensão judicial, na esteira do art. 1.046 do Código de Processo Civil "*Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos"*. Significa dizer que constituem requisitos desta ação a prova da posse e da qualidade de terceiro.

Na situação vertente, não há dúvida da qualidade de terceiro da apelante que pretende se livrar da penhora lançada sobre os imóveis, matriculados sob o n. 13.956 e n. 13.957 no CRI da cidade de Dourados-MS, por ela adquiridos em maio de 1996 (f. 733-6).

Dito isso, mister uma breve digressão acerca da penhora e da caracterização da fraude à execução.

No que diz respeito à penhora de imóveis, esta é regulada, principalmente, pelo artigo 659 do CPC, sendo que referido ato constritivo tem-se por realizado com a documentação da constrição, independentemente de depósito, como rege o art. 664, CPC, e ensina Luiz Guilherme Marinoni:

> Art. 664. Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia.
>
> Parágrafo único. Havendo mais de uma penhora, lavrar-se-á para cada qual um auto.

> Penhora e Depósito. Não se confundem. Considera-se realizada a penhora com a documentação da constrição. A finalidade da penhora é afetar o bem à atividade executiva. O depósito consiste em ato complementar à penhora. Tem por função conservar o bem penhorado. Daí a razão pela qual a recusa do executado em assinar o auto ou termo de penhora na condição de depositário não invalida a penhora [...]. São atos distintos, ainda quando realizados concomitantemente. (in Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 661)

Conclui-se, assim, que, mesmo realizada a penhora, a presunção de conhecimento de terceiros somente se dá com o registro, de modo que não poderia mesmo ser diferente, pois só com a publicidade dos atos registrais é que se presume o conhecimento de terceiros acerca da constrição.

Quanto à fraude à execução, mister para a sua caracterização que tenha ocorrido a já aventada averbação da penhora no registro do imóvel, pois do contrário será necessária a comprovação de má-fé do adquirente. Nesse sentido, inclusive, Súmula do Superior Tribunal de Justiça: "*SÚMULA N. 375: O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.*"

No caso em tela, a despeito do ajuizamento da ação de conhecimento e da citação terem ocorrido em 22 de janeiro e 14 de fevereiro de 1992, respectivamente, quando da alienação do imóvel realizada em maio de 1996, vê-se que não havia sido anotada na matrícula do imóvel qualquer restrição, de modo que somente com a demonstração de má-fé por parte daquela que recebeu os imóveis é que poderia ser entendida presente a fraude à execução, o que não ocorreu.

Com efeito. Não há nos autos qualquer demonstração de má-fé por parte da apelante, tampouco do seu conhecimento acerca da execução promovida pelo apelado, visto que, como já retromencionado, no momento da aquisição dos imóveis em discussão, não havia qualquer averbação do trâmite do feito de conhecimento intentado à época por Luiz Carlos Fernandes de Mattos Filho na matrícula do imóvel, o que acaba por caracterizar a boa-fé da apelante no caso em tela, é inadmissível, portanto, que seja ela prejudicada.

Ademais, ao contrário do que entendeu o magistrado *a quo*, pelo que se depreende dos autos, à época da venda dos imóveis pela executada, outros bens existiam em seu patrimônio para satisfação de sua dívida, de modo que a insolvência necessária para a demonstração da fraude, de fato, não se revela no caso em análise (f. 526-9 e f. 772-86).

Nesse sentido também é o entendimento desta Corte de Justiça. Confira-se a título de exemplo:

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO – AFASTADA – FRAUDE À EXECUÇÃO – INOCORRÊNCIA – IMÓVEL ADQUIRIDO DE BOA-FÉ – AUSÊNCIA DE REGISTRO DA PENHORA – DESCONHECIMENTO DA INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MATIDOS – RECURSO IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> Tendo em vista a ausência do registro da penhora do bem na data de sua alienação, bem como desconhecimento da insolvência do alienante, não há falar em fraude à execução, já que se presume ter o terceiro adquirido o imóvel de boa-fé, não podendo ser prejudicado.
>
> [...] (TJMS, AC n. 2008.035090-9, Caarapó, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro)

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – ALIENAÇÃO DE IMÓVEL PENHORADO – DECLARAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO – PROCESSO ABANDONADO HÁ VÁRIOS ANOS – NEGLIGÊNCIA DO EXEQUENTE – AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO DA PENHORA NO REGISTRO IMOBILIÁRIO – NÃO COMPROVAÇÃO DA CIÊNCIA DA CONSTRIÇÃO – PRESUNÇÃO DA BOA-FÉ DO ADQUIRENTE – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> Para caracterização da fraude à execução, não estando a penhora registrada no cartório de registro de imóvel, cabe ao credor provar a ausência de boa-fé do terceiro adquirente, ou seja, que ele tinha conhecimento da constrição sobre o imóvel adquirido. (TJMS, AC n. 2008.025890-4, Campo Grande, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini)

Desta forma, se a penhora dos bens somente veio a ocorrer no ano de 2009, ou seja, mais de 13 anos após o contrato firmado entre a apelante e a executada, e se o apelado não logrou êxito em demonstrar a má-fé da recorrente na aquisição dos dois imóveis, mister se faz que os embargos sejam julgados procedentes, para que a penhora levada a efeito seja desconstituída, máxime pela inexistência de fraude à execução.

Do prequestionamento

Por fim, quanto ao prequestionamento realizado pela recorrente, tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca do dispositivo legal invocado.

Nesse sentido, o posicionamento deste Sodalício, *in verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO BANCÁRIO - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – [...] - PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO - DESNECESSIDADE - RECURSO IMPROVIDO. (TJMS, AC n. 2009.006947-2, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 2.4.2009).

Dessa maneira, desprovejo o pedido de manifestação expressa de cada um dos dispositivos veiculados.

Dos ônus sucumbenciais

Por fim, o exequente embargado, sucumbente, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados nos exatos termos da sentença singela.

Conclusão

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar procedentes os embargos de terceiro e determinar a desconstituição da penhora realizada sobre os bens matriculados sob o n. 13.956 e o n. 13.957 no CRI da cidade de Dourados-MS. Em consequência, condeno o exequente embargado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, esses arbitrados nos exatos termos da sentença *a quo*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 14 de julho de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.023161-6 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PLANO DE SAÚDE – CARÊNCIA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA URGÊNCIA E DEMONSTRAÇÃO DA CIÊNCIA DO CONTRATO FIRMADO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – IMPOSSIBILIDADE – NÃO COMPROVAÇÃO DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES OU DA HIPOSSUFICIÊNCIA DA AUTORA – PEDIDO DE CONDENAÇÃO DA APELADA AO PAGAMENTO DE VERBA INDENIZATÓRIA – DANO MORAL – NÃO CARACTERIZADO – DANO MATERIAL – INDEVIDO – INVERSÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de agosto de 2011.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Adair Espíndola Martins interpôs o presente Recurso de Apelação contra decisão proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível de Campo Grande que julgou improcedente a Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais c/c pedido de Tutela Antecipada ajuizada contra a Unimed Campo Grande MS – Cooperativa de Trabalho Médico.

Afirmando ser titular de um plano de saúde contratado com a ora apelada, a recorrente buscou, com a ação principal, sob argumento de que houve apenas uma migração de plano particular para empresarial, anular a cláusula contratual que tratava das carências, e receber indenização por danos morais e materiais, devidos pela angústia e vergonha que passou quando teve negada a realização de um exame, necessitando, ainda, pedir dinheiro emprestado para tal feito.

Em suas razões recursais, aduz que há de ser invertido o ônus probatório, tendo em vista a imposição do contrato por parte da apelada, sem maiores informações quanto às carências do plano e, sendo a recorrente parte hipossuficiente, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, devem ser as cláusulas contratuais interpretadas de maneira mais favorável a ela.

Quanto ao dano moral, afirma que sofreu profunda humilhação, afetando sua moral subjetiva, uma vez que pagou por mais de 10 anos o plano de saúde e acreditava estar com sua saúde garantida, deve,

portanto, ser indenizada. No tocante ao dano material, busca a recorrente receber o valor de R$ 135,00 pago pelo exame negado em decorrência da carência do plano, acrescido de juros legais e correção monetária.

Ao final, pede, ainda, a condenação da apelada a custas e honorários na forma da lei.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Adair Espíndola Martins interpôs o presente Recurso de Apelação contra decisão proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível de Campo Grande que julgou improcedente a Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais c/c pedido de Tutela Antecipada ajuizada contra a Unimed Campo Grande MS – Cooperativa de Trabalho Médico.

Em suas razões recursais, aduz que há de ser invertido o ônus probatório, tendo em vista a imposição do contrato por parte da apelada, sem maiores informações quanto às carências do plano e, sendo a recorrente, parte hipossuficiente, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, devem ser as cláusulas contratuais interpretadas de maneira mais favorável a ela.

Da inversão do ônus da prova

Prefacialmente, insta salientar que, não obstante ser nítido o amparo à apelante da Lei Consumerista, penso não ser adequada e necessária a inversão do *onus probandi.*

Segundo o inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, o benefício da inversão do ônus da prova será concedido quando, a critério do juiz, houver verossimilhança das alegações do requerente ou for ele hipossuficiente, o que não se pode vislumbrar no caso em questão.

A verossimilhança, no caso, é a coerência, ou a aparência da verdade da alegação de abusividade no contrato, como ensina o Prof. Humberto Theodoro Júnior: *"Quanto à verossimilhança da alegação, refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte."* (*in* **Curso de Direito Processual Civil**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 572. v. 2)

No que tange à hipossuficiência, é sabido que esta não deve ser entendida somente pela desproporção financeira, mas sim pela desproporção na capacidade de realização da prova a comprovar a veracidade de suas insurgências.

No caso dos autos, verifica-se que a apelante resumiu-se a fazer afirmações genéricas e vagas de que a apelada não teria cumprido com o dever de informação, incluindo cláusulas abusivas no contrato, todavia não demonstrou qualquer indício de veracidade capaz de ensejar a procedência de sua pretensão.

Ressalta-se que, em que pese realmente se exista a possibilidade de inversão do ônus da prova nas relações de consumo, a medida não é automática, como bem já manifestou entendimento o Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL - [...] - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - CRITÉRIO DO JUIZ - MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - SÚMULA N. 7-STJ - RECURSO NÃO CONHECIDO. 1 - Em primeiro plano, resta consolidado, nesta Corte, através da Súmula n. 297, que CDC é aplicável às instituições financeiras. 2 - Por outro lado, em se tratando de produção de provas, a inversão, em caso de relação de consumo, não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor

> ou de sua hipossuficiência, conforme estabelece o art. 6, VIII, do referido diploma legal. Configurados tais requisitos, rever tal apreciação é inviável em face da Súmula n. 07. 3 - Recurso não conhecido. (STJ, REsp. n. 707451/SP, 2004/0170737-0, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 14.11.2006)

Desta forma, deixo de realizar a inversão do ônus probatório.

Da indenização por danos morais

Quanto ao dano moral, afirma que sofreu profunda humilhação, afetando sua moral subjetiva, uma vez que pagou por mais de 10 anos o plano de saúde e acreditava estar com sua saúde garantida, deve, portanto, ser indenizada.

Pois bem. Pela simples análise do caderno processual, verifica-se que não houve qualquer ato ilícito praticado pela recorrida que pudesse caracterizar algum dano que ensejasse reparação, isso porque a própria recorrente trouxe na peça inicial, o Termo de Adesão do plano de saúde, onde consta a informação de que recebeu a cópia integral dos termos e condições do contrato. O fato de o documento de f. 17 não conter a assinatura da apelante é irrelevante, uma vez que estava em sua posse.

Nas palavras de Rui Stoco:

> O chamado dano moral corresponde à ofensa causada à pessoa a 'parte subjecti', ou seja, atingindo bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os atributos da personalidade. (*in* **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 128)

No caso em tela, não ficou demonstrado qualquer dano moral causado pela recorrida, que apenas cumpriu o contrato firmado entre as partes.

Do dano material

No tocante ao dano material, busca a recorrente receber o valor de R$ 135,00, pago pelo exame negado em decorrência da carência do plano, acrescido de juros legais e correção monetária.

Peço *venia* para transcrever parte da fundamentação da sentença quando tratou do dano material, *in verbis:*

> [...] Ademais, o período de carência estabelecido no contrato (cláusula 10) não se encontra eivado de ilegalidade visto que está dentro do período previsto na legislação que regulamenta os planos e seguros privados de saúde (Lei n. 9.656/98, art. 12, V), qual seja, prazo máximo de 180 dias. E, por sua vez, também não restou apontado, nem demonstrado pela autora que o exame era de urgência, necessário a procedimento com risco de morte ou mesmo de valor elevado a se mostrar inviável à parte (R$ 135,00, f. 18). Assim, não se mostra abusiva a cláusula contratual que estabelece período de carência, a partir da data de inclusão ao plano empresarial, por se tratar de plano diverso ao anteriormente contratado.
>
> Dessa feita, repise-se, restou incontroverso nos autos que houve adesão ao plano empresarial firmado entre a Requerida e o SICREDI Campo Grande – MS com consentimento expresso da demandante, bem como a existência de novo período de carência em decorrência desta alteração, não configurando, portanto, ato ilícito a negativa

de autorização por parte da empresa-demandada, motivo pelo qual não há que se falar em ressarcimento material do exame custeado pelo autor, por a limitação em comento, como dito, está prevista no contrato a qual a autora aderiu e não se caracteriza abusiva.

Nesta linha de raciocínio, encontramos respaldo no entendimento desta E. Quinta Turma Cível, senão vejamos:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – DENUNCIAÇÃO DA LIDE – ARTIGO 70, III, DO CPC – POSSIBILIDADE – PLANO DE SAÚDE – PERÍODO DE CARÊNCIA – TRATAMENTO DE URGÊNCIA – ILEGALIDADE – ARTS. 12, V, "C", e 35-C, DA LEI FEDERAL N. 9656/98 – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. A oposição de embargos à ação monitória acarreta, automaticamente, a conversão do procedimento especial em ordinário, sendo possível, então, a denunciação da lide àquele que estiver, por força da lei ou do contrato, obrigado a recompor o prejuízo sofrido por aquele que perder a demanda.
>
> **É devida a cobrança das despesas médicas e hospitalares efetuadas pelo paciente, quando o plano de saúde conveniado se nega a autorizar procedimento de internação diante de situação de urgência ou emergência, sob a justificativa de que o paciente encontrava-se em período de carência. A negativa de autorização de internação, tratando-se de caso de urgência, constitui afronta ao que prescreve a Lei Federal n. 9.656/1998 (arts. 12, V, "c", e 35-C).** (TJMS, AC n. 2011.002449-9, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 28.4.2011 - destaquei)

Diante de tais considerações, não entendo merecer reembolso a recorrente, ante a não comprovação de emergência do exame realizado e, ainda, ante a ciência das condições do plano que estava adquirindo.

Da sucumbência

Ante a improcedência dos pedidos realizados pela recorrente, a manutenção da sucumbência, nos termos da sentença, é medida que se impõe.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso, todavia nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 24 de agosto de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.025895-9 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – É POSSÍVEL A ANÁLISE DE MATÉRIAS REFERENTES À NULIDADE DA EXECUÇÃO EM EMBARGOS DE TERCEIRO – STJ – EXAME DE EVENTUAL NULIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO – IMPOSSIBILIDADE – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 8 de setembro de 2011.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Maria Aparecida dos Reis Del Pino Espólio e outros interpuseram recurso de apelação contra decisão proferida pelo juízo da 8ª Vara Cível que, nos autos de embargos de terceiro, não conheceu do pleito de extinção da ação de execução movida pelo apelado em face de Elídio José Del Pino, por considerá-los ilegítimos para formularem tal pedido.

Alegam os recorrentes que, em razão da execução ter ocasionado a constrição em seus patrimônios, possuem legitimidade para arguirem matérias que atacam o título que sustenta a referida ação.

Afirmam que a nota promissória executada pelo apelado, com vencimento na data de 20.12.2000, foi preenchida de forma abusiva, visto que em 19.4.2000 o recorrido e Jamil Name realizaram um contrato de cessão de crédito, no qual aquele cedeu todos os créditos a este de todas as notas promissórias emitidas por Elídio, não havendo mais o que ser cobrado.

Sustentam que o apelado não impugnou, na contestação, todos os fatos alegados na inicial, e que, consequentemente, estes devem ser reputados como verdadeiros.

Pugnam ainda pela majoração dos honorários advocatícios arbitrados em primeiro grau.

Postulam, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja extinta a ação de execução que deu origem aos embargos de terceiro, bem como que seja revista a verba honorária fixada.

Às f. 230-3, houve julgamento do presente recurso por esta Egrégia 5ª Turma Cível, no qual restou afastado, por unanimidade, o pleito de extinção da ação executória e acolhido o pedido de majoração dos honorários de advogado.

As partes, ora apelantes, interpuseram Recurso Especial às f. 241-51, tendo o Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 1.187.551/MS, sob relatoria do Ministro Massami Uyeda, proferido voto no sentido de dar provimento ao respectivo recurso, a fim de *"reconhecer a possibilidade de análise das matérias referentes à nulidade da execução nos embargos de terceiro, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, superada essa preliminar, prossiga no julgamento do feito como entender de direito.*"

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Maria Aparecida dos Reis Del Pino Espólio e outros contra decisão proferida pelo juízo da 8ª Vara Cível que, nos autos de embargos de terceiro, não conheceu do pleito de extinção da ação de execução movida pelo apelado em face de Elídio José Del Pino, por considerá-los ilegítimos para formularem tal pedido.

Da extinção da execução

Em razões recursais, os apelantes ponderaram ser legítimos para postularem a extinção da execução e, em seguida, justificaram referido pedido no fato de que o título que embasa o pleito executório teria sido abusivamente preenchido, é, portanto, nulo.

Não obstante esta Egrégia 5ª Turma ter-se manifestado no sentido de manter o entendimento externado em primeiro grau (f. 230-3) quanto à ilegitimidade dos recorrentes para pugnarem a extinção da ação de execução, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Resp n. 1.187.551/MS, reformou o julgado, com o objetivo de acolher a pretensão dos apelantes, reconhecendo a possibilidade de, em embargos de terceiro, se discutirem questões concernentes à nulidade da ação de execução.

Assim, com a questão retromencionada devidamente resolvida e decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, o próximo passo seria o exame do pedido de extinção da ação de execução.

Todavia, ao compulsar o caderno probatório, verifiquei que os apelantes pugnaram, na instância singular, pela declaração da extinção da ação de execução ajuizada pelo apelado em desfavor de Elídio, sob a alegação de que, em contestação, aquele não havia impugnado, especificadamente, o argumento de abusividade no preenchimento do título executivo exposto na inicial. E ainda, subsidiariamente, postularam pela produção de diversas provas (f. 179-80). Questões estas que não foram analisadas pela autoridade judiciária de primeiro grau.

Diante de tais fatos, em não tendo sido ainda as matérias decididas em primeiro grau, impõe-se o retorno dos autos à instância singela para seu regular processamento, mormente porque o julgamento de questões, em sede recursal, ainda não analisadas pelo magistrado *a quo* é vedado pelo nosso sistema processual, por caracterizar supressão de instância.

Deve, portanto, o petitório ser decidido primeiramente pelo próprio juízo recorrido.

Dos honorários advocatícios

Em virtude de todas as razões acima despendidas, resta prejudicado o pleito de majoração da verba honorária postulado pelos recorrentes.

Conclusão

Ante todo o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, a fim de reconhecer a possibilidade de exame de questões concernentes à nulidade da execução nos embargos de terceiro e, consequentemente, determinar o retorno dos autos à instância de origem para seu regular processamento.

Conclusão de julgamento adiada em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni S. Pimentel), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (1º Vogal)

Peço vênia para divergir do entendimento esposado pelo eminente relator, pois neste caso, não havendo nulidade na sentença, inadequada a devolução do feito ao juízo *a quo* para nova decisão.

Trata-se de simples reforma para, nos termos da decisão do Superior Tribunal de Justiça (f. 252), afastar a ilegitimidade dos terceiros embargantes para arguir nulidade da execução declarada na sentença e passar à decisão do mérito desta questão, consoante expressamente autoriza o artigo 515 e parágrafos do Código de Processo Civil, uma vez que o processo se encontra maduro para julgamento.

Convém observar que, em primeira instância, houve julgamento antecipado após as partes terem manifestado pela desnecessidade ou desinteresse na produção de outras provas (f. 179-81), não tendo sido sequer alegado em apelação o cerceamento de defesa.

Ante o exposto, divergindo do ilustre relator, considerando que na hipótese a causa encontra-se madura para receber julgamento de mérito, voto pela apreciação diretamente nesta instância das questões afetas ao mérito devolvidas a esta Corte através do recurso de apelação, ainda que não decididas por inteiro na sentença.

O Sr. Des.Vladimir Abreu da Silva (2º Vogal)

De acordo com o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 1º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 8 de setembro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.015098-3 - Fátima do Sul
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS – NÃO RECONHECIMENTO – REQUISITOS NÃO COMPROVADOS – BENS ADQUIRIDOS EM SUB-ROGAÇÃO DE PATRIMÔNIO PARTICULAR – EXCLUSÃO DA COMUNHÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CAUSAS EM QUE NÃO HÁ CONDENAÇÃO – APRECIAÇÃO EQUITATIVA – § 4º DO ART. 20 DO CPC – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A declaração judicial de existência de união estável deve atender a alguns requisitos como vontade de constituição familiar e vida em comum por longo período. Na ausência de comprovação, impõe-se o não reconhecimento.

Os bens adquiridos pelo cônjuge durante o casamento, com valores exclusivamente pertencentes a ele em sub-rogação de particulares, não são inclusos na comunhão, portanto não partilháveis. Nas causas em que não há condenação, o magistrado deve arbitrar os honorários consoante apreciação equitativa, atendidas as circunstâncias previstas no § 4º e alíneas a, b e c do § 3º do art. 20 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de setembro de 2011.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Acilon Cavalcante de Souza, Odilon Cavalcante de Souza e Assis Cavalcante de Souza interpõem Apelação Cível (f. 633-8) contra sentença de f. 597-606, integrada pelos embargos declaratórios de f. 615-6 que, na ação declaratória de sociedade de fato c/c partilha de bens movida em face do Espólio de Maria Conceição de Souza, Dinah Jacques de Assis, Tereza Jacques Caetano, Antonio Felício Jacques, Alcides Felício Jacques, julgou improcedentes os pedidos e os condenou ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 20% do valor dado à causa (R$ 75.000,00), corrigidos desde a distribuição e juros moratórios a partir da citação.

Sustentam a existência de união estável entre o seu pai, Raimundo Cavalcante de Souza, e Maria da Conceição de Souza, ambos falecidos, no período anterior ao casamento, por isso têm, na qualidade de herdeiros, direito à partilha do imóvel rural 37 da Gleba Ouro Verde, localizada em Vicentina-MS, por ter

sido adquirido com o esforço comum, embora registrado apenas no nome da mulher. Afirmam que a verba honorária não poderia ter sido fixada com base no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, uma vez que não houve condenação e requerem a redução do valor. Ao final, pleiteiam provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 645-56, nas quais se requerem, em preliminar, a apreciação do agravo retido e ausência de pressuposto processual. No mérito, alegam a existência de prescrição e, ao final, não sendo acolhidas as preliminares, pugnam pela manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 680-92 em que opina pelo provimento parcial do recurso, a fim de reduzir os honorários advocatícios ao patamar de 10% do valor da causa.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, Acilon Cavalcante de Souza, Odilon Cavalcante de Souza e Assis Cavalcante de Souza interpõem Apelação Cível (f. 633-8) contra sentença (f. 597-606), integrada pelos embargos declaratórios (f. 615-6) que, na ação declaratória de sociedade de fato c/c partilha de bens movida em face do Espólio de Maria Conceição de Souza, Dinah Jacques de Assis, Tereza Jacques Caetano, Antonio Felício Jacques, Alcides Felício Jacques, julgou improcedentes os pedidos e os condenou ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 20% do valor dado à causa (R$ 75.000,00), corrigidos desde a distribuição e juros moratórios a partir da citação.

Sustentam a existência de união estável entre o seu pai, Raimundo Cavalcante de Souza, e Maria da Conceição de Souza, ambos falecidos, no período anterior ao casamento, por isso têm, na qualidade de herdeiros, direito à partilha do imóvel rural 37 da Gleba Ouro Verde, localizada em Vicentina-MS, por ter sido adquirido com o esforço comum, embora registrado apenas no nome da mulher. Afirmam que a verba honorária não poderia ter sido fixada com base no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, uma vez que não houve condenação e requerem a redução do valor. Ao final, pleiteiam provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 645-56, nas quais requerem, em preliminar, a apreciação do agravo retido, ausência de pressuposto processual e prescrição. No mérito, não sendo acolhidas as preliminares, pugnam pela manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 680-92 em que opina pelo provimento parcial do recurso, a fim de reduzir os honorários advocatícios ao patamar de 10% do valor da causa.

Preliminares arguidas em contrarrazões.

Dos agravos retidos

Os apelados interpuseram agravos retidos (f. 342-8 e 478-84) com o mesmo argumento, insurgindo-se contra a ordem de citação de todos os herdeiros, sob o argumento de que somente esses e não o espólio é que deveriam figurar no polo passivo da demanda.

Em que pese a irresignação, trata-se de litisconsórcio, sendo que os herdeiros e o espólio foram citados, apresentaram contestação, defenderam a herança e, ao final, o feito foi julgado improcedente, não havendo razão para anular o processo e se propor uma nova ação, agora somente contra os herdeiros.

Diante do resultado da demanda, não mais se vislumbra interesse no julgamento, razão pela qual voto por se negar provimento aos agravos.

Da ausência de pressuposto processual – pedido de manutenção da posse e prescrição

Tais matérias foram apreciadas e rejeitadas pelo magistrado de primeiro grau na sentença objurgada, situação que exigia dos recorrentes, caso não tenham se conformado com o resultado, aviarem os recursos cabíveis.

Destarte, voto por se afastar as preliminares.

Apelação de Acilon, Odilon e Assis Cavalcante de Souza

Da união estável e partilha de imóvel

Estes recorrentes pretendem obter a declaração de união estável entre o seu pai e a senhora Maria da Conceição a partir do ano de 1970, antes do casamento e, por consequência, o reconhecimento da meação do imóvel rural de Matrícula n. 10.261 por ter sido adquirido em virtude do esforço comum.

Razão não lhes assiste, isso porque inexiste prova da união estável entre Raimundo e Maria da Conceição antes do casamento, que ocorreu em 8.6.1974 (f. 14).

Inquirida, Dinah Jacques respondeu "*Que nega que Maria da Conceição de Souza, irmã da depoente, tenha vivido em união estável com Raimundo Cavalcante de Souza antes de se casarem*". (f. 148)

Pedro Costa Serafim também afirmou "*Que não sabe se Maria e Raimundo viveram juntos antes de se casarem*". (f. 149)

Portanto, as testemunhas foram unânimes em dizer que eles não mantiveram relacionamento anterior ao casamento.

De outro lado, os elementos constantes dos autos estão a indicar que o bem foi adquirido com valores exclusivamente pertencentes a Maria da Conceição e decorrentes da herança recebida em razão do falecimento do seu primeiro marido (f. 80-6).

Além disso, o casamento foi contraído sob o regime de separação de bens (f. 14) e as duas escrituras celebradas por eles permitem concluir que o casal mantinha uma efetiva separação entre os patrimônios.

Com efeito, por meio da escritura de f. 88-9, celebrada em 21.8.1985 (que ratifica uma anterior, de 30.4.1985), o casal estabeleceu:

> [...] tôdas as importâncias depositadas na conta poupança n. 04647-2, do Banco Itaú S/A e, compra de títulos de renda fixa n. 000446904-14, também do Banco Itaú S/A., ambas agências desta cidade e, ainda da conta n. 20.005-0 de aplicação a prazo fixo da agência do Banco Brasileiro de Descontos S/A., agência desta cidade, já existentes e que por ventura venham a ser depositadas futuramente, são exclusivamente pertencentes a Srª. Maria Conceição de Souza, muito embora as mesmas estejam em conjunto, tendo em vista que as referidas importâncias ali depositadas são oriundas de bens vendidos de exclusiva propriedade da Sra. Maria Conceição de Souza, que a mesma trouxe para o segundo casamento; (*sic*)

Conforme ressaltou o magistrado de primeiro grau:

> Embora não haja informação nos autos sobre o valor existente nas referidas contas, estou convencido de que Maria da Conceição de Souza utilizou o valor da venda de seus imóveis para comprar o imóvel objeto da discussão nos presentes autos, ocorrendo subrogação.

> Digo isso porque o imóvel foi adquirido em 1986 (f. 92), data posterior e próxima à declaração por escritura pública (f. 25-6). Há provas de que Maria da Conceição Souza tinha recebido considerável meação do primeiro casamento sendo então todos esses bens de sua exclusiva propriedade, já que o segundo casamento foi em separação total de bens. (f. 605) (*sic*)

Honorários advocatícios

Como cediço, nas causas em que não houver condenação, a verba honorária deve ser fixada consoante apreciação equitativa do juiz, conforme dispõe o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Dúvidas não restam sobre a importância da causa (R$ 75.000,00), bem como sobre o zelo dispensado pelos patronos no processo.

Todavia, cumpre salientar que sobre a matéria cinge-se à discussão a respeito de declaração de união estável, questão que não exige estudo aprofundado, por ser tema que não só este como os Tribunais deste País reiteradamente têm decidido.

Acresça-se que o feito foi ajuizado em 4.5.2005 (f. 2), entretanto o atraso não pode ser atribuído aos recorrentes, visto que ocasionado por recursos e mecanismos da própria justiça.

Em relação ao lugar de prestação do serviço, nota-se que o processo tramitou no domicílio dos recorridos.

Assim, levando-se em consideração o princípio da razoabilidade e as peculiaridades do caso, entende-se que os honorários advocatícios devem ser reduzidos para R$ 10.000,00.

Conclusão

Diante do exposto, em parcial consonância com o parecer da PGJ, voto por se dar parcial provimento ao apelo, a fim de reduzir o valor dos honorários advocatícios para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Paulo Alfeu Puccinelli e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 6 de setembro de 2011.

***

Terceira Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2011.019080-8 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO – CANDIDATO MENOR DE 18 ANOS APROVADO NO ENEM E EM VESTIBULAR – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM CONCEDIDA.

Tem direito líquido e certo à concessão do certificado de antecipação de conclusão do 3º ano do ensino médio, candidato aprovado no ENEM e no vestibular da Universidade Federal, ainda que não tenha 18 anos completos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e com o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de agosto de 2011.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Gabriel Librelotto Abdala impetra Mandado de Segurança contra ato da Srª. Secretária de Estado do Estado de Mato Grosso do Sul, por meio do qual pretende obstar o indeferimento de emissão de certificado de conclusão do ensino médio, em razão de não possuir 18 anos completos.

Alega que apresenta Q.I. elevado, destacando-se dos demais alunos de escolaridade similar, em especial por estudar no Colégio Alexander Fleming, instituição considerada de alto nível na exigência do ensino. Esse destaque restou comprovado quando prestou exame do ENEM, no qual obteve notas superiores à média exigida.

Com base na lei de regência e na Constituição Federal, pede a concessão de liminar, para que seja expedido referido certificado ou emitido declaração de proficiência para fins de matricular-se no Curso de Agronomia da Universidade Federal de Lavras-MG, já que foi aprovado em seu vestibular.

A liminar foi deferida (f. 46-7).

O Estado de Mato Grosso do Sul, requerendo seu ingresso na lide como litisconsorte, prestou informações, por meio das quais sustenta que os estudantes participantes do ENEM tinham ou deveriam ter conhecimento do edital que regulamentou o exame no qual expressamente dispôs que, para obter o certificado de conclusão do Ensino Médio, deveriam contar com 18 anos completos até a data da realização da primeira prova da segunda aplicação.

Afirma não haver ato ilegal, uma vez que, para o impetrante fazer jus à certificação, deveria comprovar a idade mínima exigida, concluindo que o direito líquido e certo não deriva de presunções ou especulações, mormente quando a lei é clara sobre a observância do requisito objetivo. Ao final, informa que o certificado foi expedido em 28.6.2011.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da segurança (f. 76-83).

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Como relatado, Gabriel Librelotto Abdala impetra Mandado de Segurança contra ato da Srª. Secretária de Estado do Estado de Mato Grosso do Sul, por meio do qual pretende obstar o indeferimento de emissão de certificado de conclusão do ensino médio, em razão de não possuir 18 anos completos.

Alega que apresenta Q.I. elevado, destacando-se dos demais alunos de escolaridade similar, em especial por estudar no Colégio Alexander Fleming, instituição considerada de alto nível na exigência do ensino. Esse destaque restou comprovado quando prestou exame do ENEM, no qual obteve notas superiores à média exigida.

Com base na lei de regência e na Constituição Federal, pede a concessão de liminar, para que seja expedido referido certificado ou emitido declaração de proficiência para fins de matricular-se no Curso de Agronomia da Universidade Federal de Lavras-MG, já que foi aprovado em seu vestibular.

A liminar foi deferida (f. 46-7).

O Estado de Mato Grosso do Sul, requerendo seu ingresso na lide como litisconsorte, prestou informações, por meio das quais sustenta que os estudantes participantes do ENEM tinham ou deveriam ter conhecimento do edital que regulamentou o exame no qual expressamente dispôs que, para obter o certificado de conclusão do Ensino Médio deveriam contar com 18 anos completos até a data da realização da primeira prova da segunda aplicação.

Afirma não haver ato ilegal, uma vez que, para o impetrante fazer jus à certificação, deveria comprovar a idade mínima exigida, concluindo que o direito líquido e certo não deriva de presunções ou especulações, mormente quando a lei é clara sobre a observância do requisito objetivo. Ao final, informa que o certificado foi expedido em 28.6.2011.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da segurança (f. 76-83).

Inicialmente, admite-se o ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul na qualidade de litisconsórcio.

Trata-se de mandado de segurança no qual se alega que a Srª. Secretária de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul manteve-se inerte quanto ao pedido de emissão de certificado de conclusão do Ensino Médio, tendo em vista ser o impetrante concluinte do Ensino Médio e não contar com 18 anos de idade completos.

A meu ver, a segurança deve ser concedida.

Isso porque o bem jurídico protegido é o direito de evoluir nos estudos de acordo com a sua capacidade intelectual, que deve ser privilegiada em detrimento de regra formal de imposição de idade mínima, quando efetivamente demonstradas perfeitas condições para ingresso na Universidade.

A Constituição Federal estabelece:

> Art. 205. A educação é direito de todos e dever do estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

> Art. 54- É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:
>
> [...]
>
> V - acesso aos níveis mais elevados de ensino, pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

A Lei n. 9.394/1996, que motivou o indeferimento ora atacado, assegura:

> Art. 4º- O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:
>
> [...]
>
> V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
>
> [...]
>
> Art. 5º- [...]
>
> § 5º- Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior.

No caso, o impetrante, hoje com 17 anos de idade (f. 20), submeteu-se às provas do ENEM, tendo obtido notas superiores à média exigida e foi aprovado no vestibular para o curso de Agronomia da Universidade Federal de Lavras-MG.

Conforme estabelece o inciso II do artigo 2º da Portaria n. 807/2010, do Ministério da Educação, **os resultados do ENEM possibilitam a certificação no nível de conclusão do ensino médio** pelo sistema estadual e federal de ensino.

Não se pode olvidar que o ensino médio não possui uma finalidade em si própria, ou seja, não se conclui esta etapa com o objetivo de obter condições para exercer atividades profissionais ou encerrar o ciclo de estudo, e, sim, como um passaporte para ingresso na Universidade.

Logo, se o aluno com 17 anos demonstra capacidade intelectual para frequentar o curso superior para o qual possui vocação, não deve ser obstado por exigências burocráticas como a questão da idade.

É de se observar que efetivamente ele foi aprovado no vestibular (f. 36-7) e obteve notas superiores à média quando da realização do ENEM (f. 32).

Consoante ressaltou a il. Procuradora de Justiça, "[...] *o impetrante possui direito líquido e certo de obter o Certificado de Conclusão do Ensino Médio, para o fim de matricular-se em curso superior, tendo em vista a demonstração de sua capacidade intelectual através da aprovação no ENEM e sua convocação para matrícula na Universidade Federal de Lavras, devendo ser concedida a segurança pleiteada na inicial."* (f. 83).

Outrossim, segundo, ainda, a Lei n. 9.394/96, a educação básica será organizada independentemente de escolarização anterior, mediante avaliação feita pela escola, que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato e permita sua inscrição na série ou etapa adequada, conforme regulamentação do respectivo sistema de ensino (art. 24, inciso II, *c*), permitindo-se concluir, *mutatis mutandis*, que pode cursar o ensino superior aquele que ainda não concluiu o ensino médio.

A propósito, este Tribunal assim tem decidido:

> MANDADO DE SEGURANÇA – EMISSÃO DE CERTIFICADO NO NÍVEL DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO OU DECLARAÇÃO DE PROFICIÊNCIA COM BASE NO EXAME NACIONAL DE ENSINO MÉDIO – ENEM A ALUNO QUE TENHA MENOS DE 18 ANOS – ACOLHIDO – ORDEM CONCEDIDA.
>
> Não importa em violação do princípio da legalidade estrita do art. 37 da CF/88 por afronta à Lei n. 9.394/96 (inciso II, art. 38) e Portaria n. 04/2010 (§ 2º do art. 4º) a concessão do certificado de antecipação de conclusão do 3º ano de aluno já aprovado no Curso de Direito da Universidade Federal, porque a exigência de idade se mostra desproporcional, uma vez que o cerne da razão de ser de tal antecipação é a capacidade intelectual e, não, a idade. Ademais, a idade, não pode ser por si só, obstáculo de aquisição de Direitos. Pode ser para o exercício de direito, mas não, para a aquisição deles. (MS n. 2010.008243-6, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 14.6.2010).
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCESSÃO DE LIMINAR – INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR – ACESSO NEGADO COM BASE EM CRITÉRIO CRONOLÓGIO – LIMITE DE IDADE – APROVAÇÃO NO ENEM – APTIDÃO INTELECTUAL COMPROVADO – *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* DEMONSTRADOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Presentes os requisitos para a concessão da liminar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, mantém-se a decisão concessiva da liminar. Recurso improvido. (AgRg em MS n. 2011.005219-9, Terceira Seção Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 16.5.2011).
>
> MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA – REPELIDAS – MÉRITO – EMISSÃO DE CERTIFICADO NO NÍVEL DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO OU DECLARAÇÃO DE PROFICIÊNCIA COM BASE NO EXAME NACIONAL DE ENSINO MÉDIO – ENEM A ALUNO QUE TENHA MENOS DE 18 ANOS – ACOLHIDO – ORDEM CONCEDIDA – DE ACORDO COM O PARECER MINISTERIAL.
>
> Não importa em violação do princípio da legalidade estrita do art. 37 da CF/88 por afronta à Lei n. 9.394/96 (inciso II, art. 38) e Portaria n. 04/2010 (§ 2º do art. 4º) a concessão do certificado de antecipação de conclusão do 3º ano de aluno já aprovado no Curso de Direito, porque a exigência de idade se mostra desproporcional, uma vez que o cerne da razão de ser de tal antecipação é a capacidade intelectual e, não, a idade.
>
> Hipótese onde a impetrante apresenta elevado desempenho acadêmico não existindo questionamento quanto à sua capacidade intelectual ou formação pessoal, limitando-se a negativa ao critério de idade biológica.
>
> Ordem concedida. De acordo com o parecer ministerial. (MS n. 2011.001495-5, Quarta Seção Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 23.5.2005).

Saliente-se que, apesar de a autoridade coatora alegar que o participante do exame deveria ter ciência de que só poderia obter a certificação do ensino médio se tivesse 18 anos, admitiu sua inscrição, cobrou por ela e permitiu que realizasse as provas sem possuir a idade mínima.

Destarte, possui ele direito líquido e certo de obter o documento que lhe permita cursar a Universidade.

Conclusão

Ante o exposto, em consonância com o parecer da PGJ, voto por se conceder a segurança, tornando definitiva a liminar inicialmente concedida.

Custas processuais deverão ser restituídas pelo Estado de Mato Grosso do Sul (f. 44), nos termos do artigo 24, § 1º, da Lei Estadual n. 3.779/2009[1]. Sem honorários, que incabíveis na espécie (Súmula n. 105 do STJ).

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (1º Vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Gabriel Librelotto Abdala contra ato do Secretário(a) de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul, objetivando a concessão da segurança para, confirmando a liminar anteriormente deferida, determinar que o impetrado conceda ao impetrante o certificado de conclusão de curso médio ou declaração de proficiência.

Peço vênia para prolatar voto divergente.

Em que pese o e. Relator ter concedido a liminar, tenho que a segurança merece ser denegada, pelos motivos que passo a expor.

Consta do *site* do Ministério da Educação:

> O Ministério da Educação apresentou uma proposta de reformulação do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) e sua utilização como forma de seleção unificada nos processos seletivos das universidades públicas federais.
>
> A proposta tem como principais objetivos democratizar as oportunidades de acesso às vagas federais de ensino superior, possibilitar a mobilidade acadêmica e induzir a reestruturação dos currículos do ensino médio.
>
> As universidades possuem autonomia e poderão optar entre quatro possibilidades de utilização do novo exame como processo seletivo:
>
> • Como fase única, com o sistema de seleção unificada, informatizado e on-line;• Como primeira fase;• Combinado com o vestibular da instituição;• Como fase única para as vagas remanescentes do vestibular.

Ademais, a Wikipédia – enciclopédia livre – conceitua o ENEM:

> O Exame Nacional do Ensino Médio (**Enem**) é uma prova criada em 1998 pelo Ministério da Educação do Brasil que é utilizada como ferramenta para avaliar a qualidade geral do ensino médio no país. Posteriormente, o exame começou a ser utilizado como exame de acesso ao ensino superior em universidades públicas brasileiras através do SISU (Sistema de Unificada). O Enem é o maior exame do Brasil, que conta com mais de 4,5 milhões de inscritos divididos em 1.698 cidades do país.

1 Dispõe sobre o Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências.
Art. 24. São isentos do recolhimento da taxa judiciária:
I – a União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias e fundações;
[...]
§ 1º A isenção prevista no inciso I deste artigo não dispensa o reembolso à parte vencedora das custas que efetivamente tiver suportado e nem se aplica ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

A prova também é feita por pessoas com interesse em ganhar pontos para o ProUni (Programa Universidade para Todos) e, a partir de 2009, além de servir como certificação de conclusão do ensino médio em cursos de Educação de Jovens e Adultos (EJA), antigo supletivo, substituindo o Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (Encceja).

Vê-se, portanto, que o ENEM trata-se de uma prova realizada pelo Ministério da Educação e que serve para avaliar o ensino médio no País, bem como para o aluno (do ensino médio) possa ter acesso ao ensino superior/wiki/Ensino_superior em universidades públicas brasileiras.

A propósito, estabelece o art. 1º da Portaria n. 438/1998, que instituiu o Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM:

> Artigo 1º - Instituir o Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, como procedimento de avaliação do desempenho do aluno, tendo por objetivos:
>
> I – conferir ao cidadão parâmetro para auto-avaliação, com vistas à continuidade de sua formação e à sua inserção no mercado de trabalho;
>
> II – criar referência nacional para os egressos de qualquer das modalidades do ensino médio;
>
> III – fornecer subsídios às diferentes modalidades de acesso à educação superior;
>
> IV – constituir-se em modalidade de acesso a cursos profissionalizantes pós-médio.
>
> Vale consignar que o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP – fornece as orientações básicas para certificação no nível de conclusão do ensino médio:
>
> 2 – Certificação.
>
> Cabe às Secretarias Estaduais de Educação e aos Institutos Federais de Ensino estabelecerem os critérios de certificação, tendo como base o Edital dos exames que indicam a nota mínima estabelecida para certificação em cada área do conhecimento e na redação e a idade mínima de 18 anos completos na data de realização da primeira prova do exame.
>
> Lembramos que podem ser utilizadas as notas obtidas pelos candidatos no Enem 2009 (ano que o exame passou a certificar) e no Encceja para o ensino médio em anos anteriores a 2009, quando a certificação era oferecida por tal exame.

A Portaria Normativa MEC n. 4/2010, que dispõe sobre a certificação no nível de conclusão do ensino médio ou declaração de proficiência com base no Exame Nacional de Ensino Médio – ENEM –, estabelece no art. 4º:

> PORTARIA NORMATIVA N. 4, DE 11 DE FEVEREIRO DE 2010- Dispõe sobre a certificação no nível de conclusão do ensino médio ou declaração de proficiência com base no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM. O MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO, no uso de suas atribuições, considerando o disposto na Portaria n. 438, de 28 de maio de 1998, e na Portaria n. 109, de 27 de maio de 2009, resolve: Art. 1º O interessado em obter certificação no nível de conclusão do ensino médio ou declaração de proficiência com base no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM deverá acessar o sítio eletrônico (http://sistemasenem2.inep.gov.br/Enem2009/), com seu número de inscrição e senha, e preencher o formulário eletrônico de solicitação de certificação, de acordo com as instruções pertinentes, até o dia 31 (trinta e um) de março de 2010. Art. 2º O interessado deverá observar os seguintes requisitos: **I - ter 18 (dezoito) anos completos até a data**

> **de realização da primeira prova do ENEM;** II - ter atingido o mínimo de 400 pontos em cada uma das áreas de conhecimento do ENEM; III - ter atingido o mínimo de 500 pontos na redação. Parágrafo único. Para a área de linguagens, códigos e suas tecnologias, o interessado deverá obter o mínimo de 400 pontos na prova objetiva e, adicionalmente, o mínimo de 500 pontos na prova de redação. Art. 3º O INEP disponibilizará às Secretarias de Educação dos Estados, Municípios e do Distrito Federal e aos Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia as notas e os dados cadastrais dos interessados, nos termos do art. 1º, por meio do sítio (http://sistemasenem. inep. gov. br/EnemSolicitacao/). Art. 4º Compete às Secretarias de Educação e aos Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia, definir os procedimentos para certificação no nível de conclusão do ensino médio com base nas notas do ENEM 2009. (destaquei)

Verifica-se que as notas atribuídas ao candidato que tenha realizado o ENEM servem de base para a certificação de conclusão do ensino médio. Contudo, a certificação, nestes casos, são para os alunos maiores de 18 (dezoito) anos e que ainda não tenham completado o ensino médio.

Vale destacar que o *site* "sobre ENEM" define qual é a função do ENEM:

> O ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) também pode substituir o supletivo no caso de alunos que não concluíram o Ensino Médio no passado ou alunos que repetiram séries e que desejam sua certificação para, quem sabe futuramente, tentarem ingressar no Ensino Superior ou para, simplesmente, concluir os estudos.
>
> Para obter o certificado de conclusão do ensino médio a partir do ENEM o candidato precisa ter 18 anos ou mais na data em que realizar o exame. A nota do Enem pode variar entre 60 e 180, no entanto o candidato que possua um conceito acima de 100 é considerado apto para receber o certificado, que deve ser emitido pelos estados. Se algum estado não quiser fornecer o certificado, o Ministério da Educação deverá emití-lo. O candidato ainda pode utilizar as notas do ENEM a partir de 2009 e do ENCCEJA (Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos).
>
> No portal INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira) você encontrará as orientações básicas para obter sua certificação do ensino médio bem como listas, divididas por Estado, com os nomes dos Institutos Federais e outra com os nomes das Secretarias Estaduais da Educação que estão autorizadas a fornecer a certificação a partir de critérios próprios.

Assim, não tendo o impetrante preenchido o requisito referente à idade, não há falar em ofensa ao seu direito líquido e certo.

Vale esclarecer, também, que não há falar em ofensa à Constituição Federal, no caso em apreço.

Estabelecem o art. 205 e o art. 208, inciso V e VI, da CF:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
>
> Art. 208**.** O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
>
> [...].
>
> V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
>
> VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando.

Vê-se, portanto, que é dever do Estado promover o livre acesso à educação, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. E, por conseguinte, para garantir o cumprimento de sua obrigação, compete ao Estado assegurar o livre acesso ao educando aos ensinos fundamental, médio e superior, até mesmo ofertando ensino noturno regular.

Contudo, há casos em que o aluno encontra-se impossibilitado de frequentar regularmente o ensino médio, por não possuir na localidade perto de sua residência uma escola que atenda a sua necessidade, ou por serem as aulas ministradas apenas nos períodos matutino e vespertino, no horário em que o aluno encontra-se trabalhando.

Nestas situações e para garantir do livre acesso à educação, admite-se a certificação no nível de conclusão do ensino médio ou declaração de proficiência com base nas notas obtidas no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM - aos alunos menores de 18 anos.

Considerando que o impetrante não se encontra nessa situação, não há falar em ofensa ao seu direito líquido e certo, razão pela qual deve ser denegada a segurança.

Pelo exposto e contra o parecer, denego a ordem, tornando-se, por conseguinte, sem efeito a liminar concedida.

O Sr. Des. Josué de Oliveira (2º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. João Maria Lós (3º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (4º Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Rubens Bergonzi Bossay, Josué de Oliveira, João Maria Lós e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 15 de agosto de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.019453-8 - Dourados
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – ÁREA DE ABRANGÊNCIA – GESTAÇÃO DE NOVE MESES – EXCEÇÃO NÃO CONFIGURADA – DANOS MORAIS INEXISTENTES – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – DESCABIMENTO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Descabido o reembolso das despesas médico-hospitalares quando demonstrado que a parturiente não estava em trânsito pelo território nacional na data do parto.

Impede também o ressarcimento a inexistência de provas de uma gestação de risco, a ponto de impedir seu retorno para o âmbito territorial de cobertura do plano de saúde.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 16 de agosto de 2011.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Marlete Luzia Maschiari Broetto interpõe apelação cível contra sentença (f. 156-60) que, na ação declaratória de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais, movida em face de Santa Rita Saúde S.C. Ltda., julgou improcedente o pedido inicial diante da inexistência de prova de que sua gestação era, desde o início, de alto risco, a ponto de impossibilitar seu retorno à cidade de Maringá-PR, onde poderia efetuar o pré-natal e o parto com cobertura de plano de saúde. Sem condenação à sucumbência por ser a autora beneficiária da gratuidade judiciária.

Diz que a inversão do ônus da prova era fundamental para demonstrar suas alegações, na medida em que competia à apelada colacionar aos autos o contrato original celebrado.

Alega que o nascimento do seu filho seria na cidade de Maringá-PR, perto de seus familiares, porém, no dia 7.11.2008, foi proibida de viajar pelo ginecologista que a acompanhou durante o pré-natal, visto que se encontrava em trabalho de parto prematuro, conforme atestado médico de f. 42, tanto que a cesariana foi realizada com urgência no dia 25.11.2008, devido a um sangramento agudo, razão pela qual, nos termos da Cláusula 14 do contrato, tem direito ao reembolso das despesas médico-hospitalares.

Pondera que a atitude da apelada causou-lhe danos morais que devem ser reparados. Ao final, requer o provimento do apelo.

Contrarrazões às f. 192-210.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Como relatado, Marlete Luzia Maschiari Broetto interpõe apelação cível contra sentença (f. 156-60) que, na ação declaratória de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais, movida em face de Santa Rita Saúde S.C. Ltda., julgou improcedente o pedido inicial diante da inexistência de prova de que sua gestação era, desde o início, de alto risco, a ponto de impossibilitar seu retorno à cidade de Maringá-PR. onde poderia efetuar o pré-natal e o parto com cobertura do plano de saúde. Sem condenação à sucumbência por ser a autora beneficiária da gratuidade judiciária.

Diz que a inversão do ônus da prova era fundamental para demonstrar suas alegações, na medida em que competia à apelada colacionar aos autos o contrato original celebrado.

Alega que o nascimento do seu filho seria na cidade de Maringá-PR, perto de seus familiares, porém, no dia 7.11.2008, foi proibida de viajar pelo ginecologista que a acompanhou durante o pré-natal, visto que se encontrava em trabalho de parto prematuro, conforme atestado médico de f. 42, tanto que a cesariana foi realizada com urgência no dia 25.11.2008, devido a um sangramento agudo, razão pela qual, nos termos da Cláusula 14 do contrato, tem direito ao reembolso das despesas médico-hospitalares.

Pondera que a atitude da apelada causou-lhe danos morais que devem ser reparados. Ao final, requer o provimento do apelo.

A sentença deve ser mantida sem reparos.

A recorrente conveniou-se em 9.12.2005 a um plano de saúde oferecido pela Santa Rita Saúde S.C. Ltda., o qual restringe o âmbito de cobertura ao Município de Maringá-PR, exceto quando o usuário estiver em trânsito pelo território nacional e necessite de atendimento médico com urgência, caso em que será reembolsado pelas despesas efetuadas. Veja-se:

> Cláusula 21. Os atendimentos previstos nestas Condições Gerais serão prestados nos Serviços Próprios e na Rede credenciada da Operadora, localizados no Município de Maringá.
>
> Cláusula 14. O usuário em trânsito pelo território nacional, necessitando de atendimento de urgência/emergência deverá dirigir-se ao hospital filiado ao Sistema Abramge – Associação Brasileira de Medicina de Grupo, onde será atendido mediante apresentação de sua carteira de identificação e de um documento de identidade pessoal.
>
> Se no local onde houver a ocorrência inexistir filiado ao Sistema Abramge, o usuário deverá efetuar o pagamento ao estabelecimento prestador dos serviços e, posteriormente, apresentar à Operadora os comprovantes das despesas efetuadas, que serão reembolsadas dentro das condições abaixo especificadas:

Os fatos narrados na inicial dão conta de que, ao chegar em Dourados-MS, com a intenção de visitar seu esposo que lá estava a trabalho, a apelante sentiu-se mal e foi proibida pelo médico que a atendeu de realizar qualquer esforço físico, inclusive retornar para Maringá. Diante da gravidade do caso, sustenta que

se viu obrigada a ter o filho neste Estado, hipótese que se coaduna com aquela prevista na Cláusula 14 do contrato, fazendo jus ao reembolso das despesas médicas e hospitalares.

O magistrado singular julgou improcedente a pretensão, porque não há provas de que a gravidez era desde o início de risco, a ponto de impedir o retorno da recorrente à cidade de origem. Com efeito, os atestados médicos relatando a situação posta são datados de 7 de novembro de 2008, quando o período gestacional de nove meses estava se findando (o bebê nasceu em 25.11.2008).

A afirmação de que só no mês de novembro tomou conhecimento de que não poderia ter o filho no Paraná, como havia planejado, destoa da alegação inicial de que "*Logo após sua chegada nesta cidade de Dourados/MS começou a sentir dores [...] tendo sido informada através do médico que não poderia fazer esforço nenhum, do tipo físico, e proibida de viajar, sob pena de perder o bebê"*. (f. 3).

Uma coisa é se deslocar até um ponto qualquer do país e de forma inesperada ficar impedida, por recomendação médica, de retornar à área de abrangência do plano de saúde contratado. Outra bem diferente é lá permanecer durante todo o período gestacional e no último mês - quando a viagem passe a constituir um risco para a maioria das mulheres grávidas - pretender que a seguradora custeie o parto fora da localidade de cobertura.

Na verdade, ela não se encontrava em trânsito pelo território nacional (Cláusula 14), e, pelo acaso do destino, aconteceu-lhe um infortúnio, e, sim, havia permanecido na companhia do marido em Dourados, tanto que o fez desde o começo de sua gestação, até porque o parto não foi prematuro, não podendo a situação vivenciada poucos dias antes do nascimento ser alcançada pela exceção prevista na Cláusula 14 do contrato.

Nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE COBRANÇA. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE ATENDIMENTO NA REDE CREDENCIADA. Para que o usuário do plano de saúde tenha direito ao custeio das despesas médico-hospitalares em hospital não credenciado e fora da área de abrangência geográfica, é necessário se conjugar a ocorrência de uma situação de urgência e emergência, com a impossibilidade de utilização da rede credenciada da empresa de plano de saúde, em decorrência da necessidade de um atendimento célere, da indisponibilidade do tratamento ou procedimento nos hospitais credenciados, ou recusa de atendimento na rede, inocorrente no caso concreto. Sentença mantida. Apelo desprovido. (TJRS, AC n. 70039057740, Rel. Ney Wiedemann Neto, julgado em 27.1.2011).

Por fim, constata-se que a parte não atendeu à sistemática legal inerente ao ônus probatório que lhe incumbia (artigo 333, I, do CPC), limitando-se a uma alegação factual contrariada pelos documentos carreados aos autos.

Também não era o caso de inverter o ônus probatório a seu favor, diante da inexistência de desvantagem processual. Somente ela possui os atestados médicos capazes de comprovar que desde o começo sua gravidez era de risco, impedindo-a de retornar à Maringá ou que estava apenas a passeio por Dourados na data do parto.

Todavia, como bem observou o julgador *a quo*, "*[...] mesmo intimada sobre a produção de provas (128), a autora demonstrou seu desinteresse a esse aspecto pedindo o julgamento antecipado da lide (f. 136)"*. (159).

Com a improcedência do pedido, não há falar em danos morais.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar provimento ao apelo, ficando mantida a sentença combatida em todos os seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Paulo Alfeu Puccinelli e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 16 de agosto de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.015248-2 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – PLANO DE SAÚDE – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA – PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL PREVISTO NO CÓDIGO CIVIL – DIREITO PESSOAL – PRESCRIÇÃO AFASTADA – REAJUSTE DE MENSALIDADE – FAIXA ETÁRIA – APLICAÇÃO DAS NORMAS DO ESTATUTO DO IDOSO – EXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Quando o julgador constatar a prescindibilidade da produção de prova testemunhal e documental e havendo no bojo do processo elementos suficientes para a prestação da tutela jurisdicional de mérito, é seu dever proceder ao julgamento antecipado da lide como medida de economia processual, hipótese em que não há falar em cerceamento de defesa.

A ação que prevê a revisão das cláusulas contratuais de planos de saúde não está sujeita à prescrição prevista no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, mas sim à prescrição genérica aplicável às ações de natureza pessoal previstas no artigo 205 do Código Civil.

Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, da Lei n. 10.741/2003, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária. (STJ, REsp n. 989.380).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar, bem como a prejudicial e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de junho de 2011.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Unimed Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico – interpõe recurso contra a sentença do Juízo da 12ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de revisão contratual c/c consignação em pagamento ajuizada por Eunice Bezerra Sampaio, julgou procedentes os pedidos contidos na inicial *"para o fim de revisar o contrato firmado entre as partes, com a consequente declaração de nulidade da cláusula que prevê o reajuste da mensalidade em razão da mudança de faixa etária, qual seja a cláusula 20.3 do contrato de f. 15 e ss, confirmando a liminar deferida às f. 41-2."* Julgou, ainda, suficientes os depósitos consignados e declarou a quitação das mensalidades referentes aos meses de março e julho de 2009.

A apelante, em suas razões (f. 150-70), alega preliminarmente que houve cerceamento de defesa, pois o encerramento prematuro da lide impossibilitou *"a produção de outras provas no sentido qualificar, separar e conceituar os fatos médicos científicos que envolvem a demanda e sua relação com a legislação aplicável, gerando lacunas que refletiram no julgamento proferido."* (f. 151-*sic*).

Afirma que ocorreu a prescrição quinquenal prevista no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, pois a apelada somente ajuizou a presente ação 7 (sete) anos após a assinatura do contrato.

Aduz, ainda, a ocorrência da prescrição ânua prevista no artigo 206, § 1º, do Código Civil.

No mérito, sustenta que não há qualquer ilegalidade nos reajustes por faixa etária dos valores das mensalidades do plano de saúde, pois *"para que a viabilidade financeira das operadoras seja mantida, os beneficiários em idade mais avançada precisam pagar maiores mensalidades, em razão do maior índice estatístico de utilização dos serviços médicos oferecidos pela operadora."* (f. 163).

A apelada apresentou contrarrazões (f. 20-205), pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de apelação interposta pela Unimed Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico – contra a sentença do Juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de revisão contratual c/c consignação em pagamento ajuizada por Eunice Bezerra Sampaio, julgou procedentes os pedidos contidos na inicial *"para o fim de revisar o contrato firmado entre as partes, com a consequente declaração de nulidade da cláusula que prevê o reajuste da mensalidade em razão da mudança de faixa etária, qual seja a cláusula 20.3 do contrato de f. 15 e ss, confirmando a liminar deferida às f. 41-2"*. Julgou também suficientes os depósitos consignados e declarou a quitação das mensalidades referentes aos meses de março e julho de 2009.

Feita essa digressão, passo ao exame das matérias.

1. Preliminar (cerceamento de defesa)

A apelante alega preliminarmente que houve cerceamento de defesa, pois o encerramento prematuro da lide impossibilitou *"a produção de outras provas no sentido qualificar, separar e conceituar os fatos médicos científicos que envolvem a demanda e sua relação com a legislação aplicável, gerando lacunas que refletiram no julgamento proferido."* (f. 151, *sic*).

O julgamento antecipado da lide não caracteriza cerceamento de defesa quando diante de prova irrelevante ou desnecessária.

No caso versando o juiz *a quo*, dentro do seu livre convencimento, julgou antecipadamente a lide, já que a produção de prova testemunhal ou documental requerida às f. 123 seria irrelevante para o julgamento, pois os documentos juntados aos autos são suficientes para a aferição da existência ou não de cláusulas abusivas.

Reiteradamente, este Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de que:

> APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL, C/C PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA – CERCEAMENTO DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO – PERÍCIA JUDICIAL – AFASTADA – IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA TAXA DE

FRUIÇÃO E MULTA COMPENSATÓRIA – JUROS DE MORA – RECURSO DA REQUERIDA A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO E DA AUTORA ENCCON A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

É dever do magistrado proceder ao julgamento antecipado da lide quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade da produção de provas.

Em caso de inadimplemento do comprador, é inadmissível a cumulação da multa compensatória com as perdas e danos a título de fruição do imóvel, sob pena de caracterizar bis in idem.

Na restituição dos valores pagos, o termo inicial dos juros de mora é a data da sentença que reconheceu a pretensão do interessado em pedido reconvencional. (TJMS, AC n. 2008.017490-7, Segunda turma Cível, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 1º.12.2009).

Sendo assim, no caso em análise, não há falar em cerceamento de defesa, motivo pelo qual deixo de acolher a preliminar.

2. Da prejudicial de mérito - prescrição

A apelante alega que ocorreu a prescrição quinquenal prevista no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, pois a apelada somente ajuizou a presente ação 7 (sete) anos após a assinatura do contrato.

Aduz, ainda, a ocorrência da prescrição ânua prevista no artigo 206, § 1º, do Código Civil.

Não merece prosperar tais alegações, já que a ação de revisão contratual de plano de saúde não se confunde com a ação de reparação de danos, de tal sorte que é inaplicável o prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Também, deve ser afastada a prescrição sob a ótica do Código Civil, visto que o artigo 206, § 1º, que estabelece o prazo prescricional de 1 (um) ano para a pretensão do segurado contra o segurador, não se aplica ao caso versando, já que este retrata **direito pessoal** e se sujeita ao lapso prescricional de 10 (dez) anos previsto no artigo 205 do Código Civil.

Assim, como a parte autora ajuizou a ação 7 (sete) anos após a assinatura do contrato, como bem ressaltou o apelante, afasto a prejudicial de prescrição.

3. Mérito

No mérito, verifica-se que o contrato revisando foi celebrado em 19.8.2002 (f. 27), quando já vigorava a Lei n. 9.656/98, que regula os planos e seguros de saúde e que autoriza a adaptação dos contratos e o reajuste da contraprestação em razão da mudança de faixa etária, um dos fatores determinantes dos preços das mensalidades.

A alteração dos valores das mensalidades cobradas pelas seguradoras, em razão do fator idade, merece algumas considerações.

A Lei n. 10.741/03, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, é norma de ordem pública e aplica-se ao caso em comento.

O referido Estatuto trouxe disposições relevantes e que interferem na aplicação da Lei dos Planos de Saúde (Lei n. 9.656/98), especialmente quanto ao veto de discriminação em razão da idade.

Fixada essa premissa, eis o que dispõe o § 3º do artigo 15 da Lei n. 10.741/03:

> Art. 15. Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.
>
> [...]
>
> § 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Da simples leitura do dispositivo supramencionado, conclui-se que é vedado o reajuste da mensalidade por mudança de faixa etária daqueles protegidos pelo Estatuto do Idoso.

Sobre o tema, afirmou a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp n. 989380:

> [...] Quando do julgamento do REsp n. 809.329/RJ, DJ de 11.4.2008, que envolveu semelhante questão, explicitei, em meu voto, que o art. 15 da Lei n. 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos.
>
> Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente na mudança de faixa etária, por força das salvaguardas conferidas por dispositivos legais infraconstitucionais que já concediam tutela de semelhante jaez, agora confirmadas pelo Estatuto Protetivo.
>
> Presente, pois, a violação ao art. 15, § 3º, da Lei n.10.741/2003, ao possibilitar reajuste abusivo a consumidor idoso usuário de plano de saúde em razão da idade, deve ser reformado o acórdão impugnado.
>
> [...]
>
> Direito civil e processual civil. Estatuto do Idoso. Planos de Saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação.
>
> - O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.
>
> - Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente.
>
> - Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada.

- O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo.

- Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária – de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso.

- Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade.

Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 989.380/RN, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 6.11.2008, DJ de 20.11.2008).

Diverso não é o entendimento desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – REAJUSTE PELA FAIXA ETÁRIA – 60 ANOS – APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO NÃO PROVIDO.

O Estatuto do Idoso contém disciplina contrária à legislação que rege os planos de saúde, vedando a prática de reajustamento das mensalidades dos planos de saúde em razão de mudança de faixa etária, como disposto no § 3º do art. 15.

O consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230. (TJMS, AC n. 2010.033438-0, Terceira Turma, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 23.11.2010).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – AGRAVO RETIDO – NÃO CONHECIDO – MÉRITO RECURSAL – CONTRATO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ONEROSIDADE EXCESSIVA – CLÁUSULA ABUSIVA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade.

Recurso conhecido e não provido. (TJMS, AC n. 2007.018089-7, Primeira Turma, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 17.2.2009).

Diante dos argumentos e precedentes citados, sem maiores delongas, hei por bem manter a sentença que declarou a nulidade da cláusula contratual que prevê o reajuste da mensalidade em razão da mudança de faixa etária.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pela Unimed Campo Grande - Cooperativa de Trabalho Médico -, mas nego-lhe provimento, mantendo intacta a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR, BEM COMO A PREJUDICIAL E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 30 de junho de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.018621-8 - Itaporã
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA DE QUOTA SOCIAL EM COOPERATIVA – DÍVIDA PESSOAL – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Não há impedimento legal para que se penhore quota social pertencente a cooperado, por dívida pessoal, por ser procedimento que vem de encontro ao disposto no art. 591 do CPC ("*o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei"*), facultando à cooperativa, terceira interessada, remir a execução ou concedê-la aos demais sócios a preferência aquisitiva das quotas até o montante do capital integralizado pelo cooperado devedor, em consideração à restrição estatutária da indivisibilidade e intransferibilidade a não associado, ressalvada a hipótese de aquisição por terceiro (ou por adjudicação ou por arrematação), caso em que o adquirente se sub-roga nos direitos do cooperado devedor, na referida sociedade cooperativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de julho de 2011.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados do Centro Sul do Mato Grosso do Sul – SICREDI CENTRO SUL – interpõe recurso de apelação visando a reformar a sentença que julgou improcedente pedido de desconstituição de penhora efetivada nas quotas capitais do cooperado Luciano Rubert Stefanello, cujo valor foi capitalizado e integralizado, formulado nos embargos de terceiro que manejou em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega ser associação formada de pessoas, cujo ingresso associativo em seus quadros depende da integralização das quotas-partes, que passam a ser indivisíveis e intransferíveis a não associados, exceto a herdeiros do associado (§ 7º do art. 7º do Estatuto Social), circunstância que inviabiliza a penhora.

Diz que, além da vedação estatutária, há a legal do § 4º do art. 4º da Lei Complementar n. 130/2009, a qual inadmite o ingresso no quadro associativo dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), inclusive autarquias, fundações e empresas estatais.

Faz alusão à impenhorabilidade das quotas sociais também por força dos artigos 648 e 649, I, do CPC, "*inobstante a inexistência de restrições na lei instrumental civil sobre a penhorabilidade das cotas (art. 591; art. 646, art. 655, X; art. 649 e art. 1.117 e seguintes do CPC cc art. 1.026 e art. 1.031 do CCB)* (f. 93), sendo admissível tão-somente a penhora dos lucros, não de quotas sociais dada a *interferência incisiva no patrimônio jurídico dos demais sócios"* (f. 95).

Nas contrarrazões (f. 127-31), o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

A sentença hostilizada, proferida nos embargos de terceiro agitado pela SICREDI CENTRO SUL, com desiderato de desconstituir constrição judicial e ser preservado na posse das quotas integralizadas pelo sócio Luciano Stefanello, foi proferida, na parte que interessa, nos seguintes termos:

> Trata-se de embargos de terceiro ofertados pela Cooperativa de Crédito – Sicredi, por meio do qual se sustenta que a penhora de cotas integralizadas pelo executado encontra impedimento legal e contratual.
>
> Certo é que há defensores da impenhorabilidade das quotas de cooperativa, baseando-se na idéia de que a penhora acarretaria a quebra da *affectio societatis* (confiança recíproca dos sócios), eis que possibilitaria a liquidação das quotas (se necessária para satisfazer a obrigação executada) e, conseqüentemente, a entrada de um terceiro estranho nos quadros.
>
> Entretanto, tal posicionamento não pode prevalecer, eis que o devedor responde por suas obrigações com todos os seus bens presentes e futuros,como disposto no art. 591 do CPC que dispõe:
>
> Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei."
>
> E restrição legal para a penhora de cotas não há, ao contrário do que sustenta a parte embargante, a qual se vale do art. 4º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 130/2009, esta que impede a admissão dos Estados no quadro social.
>
> Isto porque, o que se pretende pelo embargado não é o ingresso nos quadros sociais da cooperativa, até porque isto contraria a função estatal, mas se pretende é a liquidação destas cotas para a quitação do débito.

A respeito da possibilidade de penhora de cotas, trago o seguinte julgado:

> EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO.PENHORA DE COTAS SOCIAIS.COOPERATIVA DE CRÉDITO.
>
> 1. É possível a penhora de cotas de cooperativa de crédito,ainda que haja previsão contratual de proibição à livre alienação, considerando inexistir vedação legal e nem afronta ao princípio da affectio societatis, já que não enseja, necessariamente, a inclusão de novo sócio.
>
> 2. O devedor responde por suas obrigações com todos os seus bens presentes e futuros, nos termos do art. 591 do Código de Processo Civil.

> 3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. (TRF Quarta Região, AC n. 2939, RS, (2004.71.04.002939-4)
>
> Diante disso, impõe-se a improcedência. Ante o exposto, **julgo improcedente o pedido dos embargos** e, via de consequência, extingo o processo nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil. (f. 79-80).

Faço aqui uma observação.

A princípio poderia se perquirir não ter a apelante legitimidade ou interesse para ingressar com embargos de terceiro, porque estaria a cooperativa, por via indireta, fazendo a defesa do cooperado-devedor.

Ocorre, porém, que os embargos de terceiro visam a excluir da penhora bem que, na ótica da apelante, não poderia se destinar à adquirente judicial (seja por adjudicação, seja por arrematação em hasta pública); atuou ela, com o ajuizamento dos embargos, na tentativa de preservar o que consta do seu Estatuto Social; e assim, por esse prisma, tem a cooperativa interesse e legitimidade para a defesa de seu estatuto e, consequentemente, de seu capital, que poderia estar em risco, em decorrência da noticiada penhora na execução contra seu cooperado.

Feita essa digressão, passo ao voto propriamente dito.

Efetivamente, a matéria em questão é árida e não há unanimidade da possibilidade, ou impossibilidade, da penhora de quotas de sociedade de qualquer das espécies existentes.

Mas, como a própria apelante fez constar em seu apelo, não há existência "*de restrições na lei instrumental civil sobre a penhorabilidade das cotas"* (f. 93), e seu apego à disposição estatutária e à Lei Complementar n. 130/2009, por si só, também não inviabilizam a penhora.

A quota-societária, seja na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, seja o representativo do cooperado em cooperativa regida por lei especial, representa um patrimônio, trata-se, pois, de um direito penhorável.

Em situação assemelhada, a Ministra Nancy Andrighi, do STJ, teve oportunidade de proferido voto no REsp n. 221.625, esclarecendo que:

> O presente recurso especial traz a exame o seguinte tema: possibilidade da penhora de cotas sociais de sociedade por responsabilidade limitada em decorrência de dívida particular de sócio.
>
> No julgamento do REsp n. 147546//RS, o eminente Ministro relator Sálvio de Figueiredo Teixeira, teceu importantes considerações acerca do tema, afastando, inclusive o entendimento jurisprudencial trazido pelo recorrente como paradigma - REsp n. 34882-5/SP, relatado pelo ilustre Min. Eduardo Ribeiro.

Assim encontra-se redigido seu voto:

> (*omissis*)
>
> O último dos precedentes adotou como fundamento a impenhorabilidade dos bens inalienáveis, nos termos do art. 649, I, do CPC, podendo derivar a inalienabilidade da vedação contida no contrato constitutivo, seja expressamente, seja quando do contexto exsurja natureza *intuito personae* da sociedade.

> Divirjo respeitosamente, desse entendimento, sob o argumento de que a impenhorabilidade atinente aos bens inalienáveis, preconizada pelo art. 649, l, CPC, concerne aos bens gravados com cláusula de inalienabilidade, nos moldes fixados pela legislação civil. Esses casos são regulados em lei, não sendo de dilargar as causas de sua instituição, principalmente em face da repercussão sobre os direitos de terceiros, não valendo sua estipulação em causa própria.
>
> A constituição de sociedade com proibição de alienação de quotas tem validade entre os sócios e pode ser oposta aos terceiros adquirentes, no âmbito do direito privado. Não pode, entretanto, ser erigida em autêntica "cláusula de inalienabilidade", oponível *erga omnes***.**
>
> (*omissis*)
>
> Evidentemente a personalidade jurídica do sócio e da sociedade não se confundem. Entretanto, a personalidade da sociedade, nasce da vontade dos sócios, em decorrência do ato de sua constituição, corporificado no contrato social. Daí porque a restrição voluntária ao direito de propriedade, contida nesse instrumento, não tem o condão de arredar a afetação dessa parcela do patrimônio do devedor ao cumprimento de suas obrigações.
>
> (*omissis*)

A matéria invoca problemática complexa, cujo deslinde percorre vasta gama de normas e princípios, como adverte **Carlos Henrique Abrão** em monografia sobre o tema:

> O (rato da questão, em matéria de penhora das cotas se reveste, na atualidade, de alta significação, porquanto, procura delimitar a responsabilidade societária, no que concerne à assunção de obrigações pelo sócio fora das relações internas da empresa à qual se associa.
>
> O instituto, não se pode negar, compreende o inter-relacionamento das matérias de Direito material e formal, embora não se possa admitir que a Ciência jurídica seja formada por compartimentos estanques; há vasos comunicantes que se completam na estrutura e determinação da mesma árvore genealógica.
>
> O Direito que se busca é, essencialmente prático, ligado a realidade espontânea dos fatos. Assim é que, o fim do Direito destina-se, substancialmente, ao serviço da comunidade. Os direitos se afiguram efetivos, dentro de seu plano de eficácia, tendo existência real,coadunando-se com a pluralidade do grupo social.
>
> A preocupação na abordagem do terna é, evidentemente, de se saber quais as limitações que a matéria comporta, sem no entanto deixar de lado o aspecto prático que o conteúdo normativo apresenta. O Direito tem que significar regras concretas do dever-ser, assim ele é um constante *hic et nunc* para se amoldar ao caso concreto, na perspectiva de solução do conflito verificado.
>
> A regra-matriz da norma jurídica, em termos de sociedade por cotas apresenta um conflito de natureza substancial, porque não se logrou captar o real significado da matéria. Hodiernamente, os comandos jurídicos não são estabelecidos para satisfazerem as necessidades individuais, mas para atenderem a ordem pública.
>
> Surge assim, na elaboração deste estudo a problemática de se perquirir a real situação do credor, tendo em vista a relação obrigacional que o vincula ao devedor-cotista. O direito do credor é uma prerrogativa jurídica, ou seja, uma relação entre o sujeito ativo, titular do crédito, e um sujeito passivo, obrigado a suportar a responsabilidade correspondente

ao direito creditício. Haveria uma situação jurídica subjetiva relativa a direitos-padrões, jungida à construção do legislador na feitura da ordem jurídica.

No plano jurídico da certeza e da segurança se impõe a plenitude de um sistema normativo, que deve, obviamente, propor ao intérprete os mecanismos tendentes a regular este conjunto ordenado (ob. cit. n. 1, p. 9).

Abordando o assunto em tópico específico, aduz o referido doutrinador:

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, o problema da penhora das cotas ganhou singular importância, porquanto não tratou, de forma expressa, desta questão.

Entretanto, prevê o art. 591 do CPC 73: "O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvos as restrições estabelecidas em lei".

Tal preceito implica concluir que a responsabilidade do devedor cotista é integral, não importando o fato dos seus bens estarem unidos a um patrimônio social. Entretanto, a ressalva do art. 292 do CCom., poderia ser compreendida como restrição legal, dando azo à impenhorabilidade das colas do capital social.

Não se pode equiparar a penhora da cota, à penhora no rosto dos autos, tendo em vista uma restrição à eventual disponibilidade, pelo devedor-executado, da sua cota, bem como dos fundos líquidos e lucros existentes que lhe fossem atribuíveis. A reserva de um capital que satisfaça o débito do cotista é o principal meio que encontra o credor para receber o seu crédito. Na realidade, existindo uma pluralidade de execuções, contra o devedor-cotista, é norma e natural que o credor por dívida particular requeira ao órgão judicante a reserva de seu quinhão.

No rol dos bens absolutamente impenhoráveis, o legislador pátrio não inclui as cotas, o que leva a concluir que o art. 649 do CPC 73, não veda a aquisição do quinhão pertencente ao devedor-cotista.

Se não existe uma disposição expressa, que proíba a penhora, o mais correto parece se utilizar das regras gerais que regulam o instituto.

Com efeito, o art. 655. do CPC 73 estabelece uma ordem dispositiva concernente à graduação dos bens, sendo lógico moldar a figura desta norma, ao inc. X, que dispõe sobre a penhora de direitos e ações.

A cota não deixa de representar um direito, um bem corpóreo, dotado de conteúdo econômico, relativo à relação existente entre o sócio e a sociedade. Elas, por evidente natureza representam os direitos do cotista sobre o patrimônio líquido da sociedade, isto é, sobre aquela diferença de cálculo existente entre o ativo e o passivo da empresa, incluindo-se o capital.

Penhorada a cota da sociedade, o credor adquiriria o status de sócio? Se a sociedade quiser impedir o ingresso de terceiro estranho, poderá remir o valor da execução.

Consoante determina o art. 651 do CPC vigente, é lícito ao executado remir a execução. Na realidade, a sociedade como terceiro interessado que é, pode realizar esta operação, evitando o ingresso de terceiros, pagando e se sub-rogando nos direitos do credor exequente.

Ainda que a penhora se efetue, dentro desta linha de raciocínio, o credor não adquirirá, *data venia o status* de sócio. O credor, efetuada a penhora, passa a ocupar a posição de devedor, uma vez que a constituição judicial abarca os direitos de conteúdo

patrimonial, não as qualidades inerentes do sócio. A posição de cotista não. se adquire pela simples penhora do quinhão social, porquanto, o *satus socii***,** compreende um conjunto um complexo de direitos e obrigações de ordem econômica e pessoal. Entendemos que se a cota for adquirida por terceiro, não querendo a sociedade o seu ingresso, deve-se liquidá-la, reduzindo o capital social,caso se necessite.

Uma vez admitida a possibilidade jurídica da penhora da cota, a sociedade, ou os demais sócios que a compõem devem ter preferência ao licitante, utilizando este direito no prazo de cinco dias, depositando o valor da arrematação, assim se impediria a entrada do credor particular do devedor-cotista na sociedade, contrariamente à vontade social estabelecida.

(*omissis*)

Em oportunidade mais recente, tive acesso a artigo de doutrina sob o título "A penhorabilidade da cota do sócio de uma limitada", da autoria de **Domingos Afonso Kriger Filho,** estampado em Revista Jurídica 191/21, do qual extraio:

A nosso ver, sendo a penhorabilidade do universo de bens do devedor a regra e possuindo a cola um conteúdo patrimonial, na há como deixar de admitir que esta possa ser penhorada para garantir a satisfação do direito do credor de sócio executado. E as razões desta conclusão nos são dadas pela nossa própria sistemática legal.

Em primeiro lugar, deve-se tornar claro que a penhora não recairá sobre a integralidade da cota, mas apenas sobre uma das suas parcelas.

Como já analisamos, a cota possui na sua estrutura jurídica duas parcelas distintas e inconfundíveis: a parcela patrimonial e a parcela pessoal.

Como somente o que possui valor econômico pode ser virtualmente adquirido em hasta pública, é peremptório que a penhora incida somente sobre a parcela patrimonial da mesma, uma vez que é unicamente ela que possui a economicidade necessária prevista no artigo 591 do nosso CPC. A parcela pessoal não sofrerá a incidência do ato constritivo, num primeiro momento, pelo simples fato de que, com tal procedimento, se estaria quebrando um dos cânones basilares do direito societário, qual seja: o de que "ninguém é obrigado a aceitar alguém como sócio ou a permanecer em sociedade contra a sua vontade", o que fatalmente aconteceria se esta parcela fosse suscetível de ir à arrematação.

Em segundo lugar, não se olvide que o referido ato de expropriação executiva, com que o órgão judicial operará a transferência coativa da cota, será precedido de ampla publicidade, uma vez que para tal deverão ser expedidos editais nas formas legais (artigos 686 e 687 do CPC) e procedido o arquivamento da penhora no Registra do Comércio, nos moldes do artigo 37, VII, da Lei n. 4.726 65. Tais editais, é claro, deverão conter a peculiar menção de que a arrematação recairá apenas sobre a parcela patrimonial da cota, sendo que a aquisição dos direitos pessoais inerentes a mesma ficará subordinada à aceitação posterior dos demais sócios. Esta menção, perfeitamente admitida pelo artigo 686, I, do CPC, faz-se necessária para dar uma completa ciência aos interessados de todas as características do bem por eles pretendidos no leilão, a fim de que não possam, posteriormente, exigir que lhes seja reconhecido o *status* de sócio em decorrência da arrematação.

Em terceiro, para finalizar, deve-se salientar que, face a esta publicidade, a sociedade e ou os sócios têm em seu dispor determinadas providências legais capazes de impedir que a arrematação se transforme na porta de entrada de terceiros indesejados no seio da sociedade. Dentre estas, destacamos a participação no leilão das cotas penhoradas através de lances (artigos 690, § 1º, do CPC, e 8° do Decreto n. 3708/19) e a remição da

própria execução pelo pagamento ou depósito do principal e acréscimos de estilo (artigo 651 do CPC c.c 930 e 8º do CC e Decreto n. 3708/19, respectivamente).

Inclusive a própria remição de bens é possível, a nosso ver, na especialíssima hipótese do contrato social prever que a sociedade continue com os herdeiros do sócio-pré-morto ou tornado incapaz.

Além do mais, em uma época em que as facilidades de crédito são inúmeras, não seria de todo absurdo admitirmos a idéia de que a omissão dos sócios em adquiri as cotas penhoradas pelas formas supramencionadas, acarreta a "presunção" de que estes abdicaram do caráter *intuitu personae* imposto à sociedade, principalmente se usufruirem de boa reputação na comunidade em que atuam.

(*omissis*)

V- Conclusão

Diante das considerações expostas no presente trabalho, não vemos empecilho legal algum que impeça que o sócio de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada tenha a sua cota penhorada. Ao contrário do que muitos pensam, as vantagens advindas de tal modo de pensar sobrepõem-se em muito, às eventuais desvantagens, geralmente relacionadas com o mesquinho caráter personalista. Veja-se a vantagem de ter a vitalidade da sociedade renovada pelo ingresso de uma pessoa com maiores recursos financeiros e idoneidade, além do próprio robusiecimento do crédito, uma vez que se aumentam as garantias para o comércio em geral.

A possibilidade da penhora sobre a cota coaduna-se perfeitamente (a sempre se coadunou) com a nossa sistemática legal, desde que observados determinados aspectos, tais como a correta caracterização de certos institutos comerciais e a incidência do ato constritivo apenas sobre a parcela patrimonial da mesma. A *affectio societatis* e os princípios informativos do processo de execução em nenhum momento se desvirtuam da finalidade a que estão adstritos, graças à existência de meios legais que os mantêm íntegros no curso da execução.

A nosso ver, a prevalecer o ponto de vista contrário, estar-se-á dando ensejo a que uma falsa análise de perspectiva alimente a ação, cada vez maior, dos devedores tergiversantes, diminuindo-se, consequentemente, a segurança das relações jurídicas e a credibilidade na própria Justiça.

Em síntese, e em conclusão, a penhorabilidade das cotas pertencentes ao sócio de sociedade de responsabilidade limitada, por dívida particular deste, porque não vedada em lei, é de ser reconhecida, com sustentação, inclusive no art. 591, CPC, segundo o qual o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bem presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei. Os efeitos da penhora incidente sobre as cotas sociais, contudo, hão de ser determinados em atenção ao princípios societários.

Assim, havendo restrição ao ingresso do credor como sócio, deve ser facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 117, 118 e 119) assegurado ao credor, não ocorrendo solução satisfativa, o direito de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade.

O eminente Ministro salientou, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca do tema, corroborando o entendimento de que é possível a penhora de cotas sociais de sociedade por responsabilidade limitada, em processo relatado pelo Min. Francisco Resek, assim ementado:

> Sociedade de Responsabilidade Limitada. Quotas de capital.Penhorabilidade. São penhoráveis, por divida particular do sócio, as respectivas quotas de capital na sociedade limitada. Precedentes do STF.
>
> A ementa do acórdão de que se extraiu o voto acima colacionado assim versa:
>
> PROCESSO CIVIL E DIREITO COMERCIAL. PENHORABILIDADE DAS COTAS DE SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE LIMITADA POR DÍVIDA PARTICULAR DO SÓCIO. CPC, ART. 591. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.
>
> I - A penhorabilidade das cotas pertencentes ao sócio de sociedade de responsabilidade limitada, por dívida particular deste, porque não vedada em lei, é de ser reconhecida, com sustentação, inclusive, no art. 591, CPC, segundo o qual "o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei".
>
> II - Os efeitos da penhora incidente sobre as cotas sociais hão de ser determinados em atenção aos princípios societários. Assim, havendo restrição ao ingresso do credor como sócio, deve ser facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto(CPC, arts. 1117, 1118 e 1119), assegurado ao credor, não ocorrendo solução satisfatória, o direito de requerer a dissolução lotai ou parcial da sociedade. (REsp n. 147546/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 7.8.2000)

No mesmo sentido:

> SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. DÍVIDA PARTICULAR DO SÓCIO. COTAS SOCIAIS. PENHORABILIDADE. São penhoráveis as cotas sociais, ainda que o contrato social condicione a transferência das mesmas cotas a estranhos ã prévia e expressa anuência dos demais sócios. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 172612/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 28.9.1998).
>
> Corroboram ainda: REsp n. 35042/GO, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 22.5.1995; REsp n. 39609/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 6.2.1995; REsp n. 138990/MO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13.9.1999; REsp n. 21223/PR, Rel. Min. Dias Trindade, DJ de 1.3.1993, REsp n. 16540/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 8.3.1993.

Além do julgado acima reproduzido e dos citados no próprio, outros vêm com a mesma linha de entendimento:

> EXECUÇÃO. Penhora. Quotas sociais. Sociedade de responsabilidade limitada. Execução contra sócio. É possível a penhora de quota social por dívida individual do sócio. A cláusula que garante a preferência aos outros sócios na alienação não impede a penhora. (STJ, REsp n. 327687/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 21.2.2002).
>
> PENHORA DE QUOTAS SOCIAIS. As quotas sociais podem ser penhoradas, sem que isso implique a admissão do arrematante como sócio [...] (STJ, AgRg no Ag n. 347829/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 27.8.2001).

Ora, se é possível a penhora de quotas da empresa mercantil, também haverá razão para que se penhore a quota do cooperado, visto representar essa quota um patrimônio do devedor, um direito aferível economicamente na mencionada sociedade cooperativa.

Assim, com suporte nos precedentes citados, inclusive aqueles do Superior Tribunal de Justiça, conheço do recurso e nego-lhe provimento, garantindo à cooperativa-apelante, no entanto, na qualidade de terceira interessada, a possibilidade de remir a execução até o montante do capital integralizado pelo cooperado-devedor, ou concedê-la aos demais cooperados, em consideração à restrição estatutária de indivisibilidade e intransferibilidade das quotas a não associado, cláusula que cede aos princípios informativos da execução, de que, adjudicado ou arrematado dito direito às quotas, o adjudicante ou arrematante se sub-roga no direito patrimonial do devedor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 7 de julho de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.020739-2 - Corumbá
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – REJEITADA – MÉRITO – AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – OBRIGAÇÃO DE FAZER A TRANSFERÊNCIA DO BEM AO DETRAN – COBRANÇAS DE IMPOSTOS EM NOME DO ANTIGO PROPRIETÁRIO – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

É sujeito passivo da ação cuja pretensão é a obrigação de fazer aquele que adquiriu o veículo do anterior proprietário, em nome de quem ainda o veículo se encontra registrado no Detran, para compelilo a promover o registro da referida aquisição e assumir os ônus fiscais incidentes a partir de então.

É passível de indenização moral quando não se faz a transferência do veículo perante o Detran, recaindo sobre o antigo proprietário impostos sobre um bem que não mais possui.

O valor do dano moral deve ser mantido quando fixado de forma a compensar o dano e desencorajar o ofensor, levando-se em conta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de julho de 2011.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Banco Itauleasing S/A interpõe recurso de apelação contra a sentença do Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ajuizada por Jose Geronimo Fragoso, julgou procedentes os pedidos contidos na inicial nos seguintes termos:

> Diante do exposto, com fundamento nos dispositivos legais mencionados, ainda, com resolução do mérito (art. 269, inc.I, do CPC), julgo procedente o pedido da presente Ação de Obrigação de Fazer, para: a) determinar a transferência da propriedade do veículo em questão para o banco requerido (veículo Chevrolet GM, corsa, ano/modelo 1999, cor vermelho, placa HRG 1326, renavam 716882175, chassi 9BGSCO8ZOXC718869); b) condenar a parte requerida ao pagamento de todas as pendências existentes junto ao Detran/MS dos exercícios de 2004 e seguintes,

> referentes ao veículo objeto da presente ação (ressalvado o direito de regresso em face de eventual terceiro possuidor direto); c) condenar o banco requerido a pagar ao autor, a título de danos morais, o importe de R$ 8.000,00 (oito mil reais, a ser atualizado pelo IGPM desde a data desta sentença, incidindo juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação). Condeno o banco requerido, ainda, às custas processuais e honorários advocatícios, no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, com amparo nos arts. 20, § 3º do CPC. Outrossim, nos termos supra, defiro a tutela antecipada, determinando a transferência da propriedade do veículo em pauta junto ao DETRAN para o nome do requerido. (f. 122).

Em suas razões recursais (f. 127-70), suscita preliminarmente a sua ilegitimidade passiva, em virtude de não deter a posse do bem, não havendo possibilidade de transferência do veículo.

No mérito, o apelante alegou que não houve nexo causal entre sua conduta e o suposto dano moral sofrido, não deve, portanto, indenizar o apelado, até porque não houve comprovação dos prejuízos suportados.

Subsidiariamente, pugna pela minoração do *quantum* indenizatório para um patamar razoável e equitativo.

Assim considerando, requer o total provimento do recurso.

Contrarrazões apresentadas às f. 182-4.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Itauleasing S/A em face da sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais articulados na ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ajuizada por Jose Geronimo Fragoso**.**

1. Preliminar de ilegitimidade passiva

Desde já, deixo consignado que não prospera a arguição de carência da ação por ilegitimidade passiva.

No presente caso, o autor veio a juízo alegando que firmou um contrato de compra e venda de veículo com o banco-réu, razão pela qual lhe atribuiu a obrigação de transferi-lo para si no cadastro do Detran-MS, ou seja, a pretensão posta na inicial diz respeito à responsabilidade do réu em proceder a transferência do bem que este adquiriu do autor, sendo evidente a coincidência entre a pessoa réu e àquela a quem o autor atribui a sua pretensão.

A posterior alienação do veículo para terceira pessoa não tem o condão de afastar a legitimidade do réu para tomar parte da lide, visto que a discussão posta nos autos refere-se ao contrato formulado entre as partes, sem qualquer relação fática ou jurídica com a posse e a propriedade atual do bem objeto do contrato.

Athos Gusmão Carneiro refere que:

> [...] consiste a legitimação para a causa na coincidência entre a pessoa do autor e a pessoa a quem, em tese, a lei atribui a titularidade da pretensão deduzida em juízo e a coincidência entre a pessoa do réu e a pessoa contra quem, em tese, pode ser oposta tal pretensão.[1]

Assim, afasto a alegada ilegitimidade passiva *ad causam*.

1 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 25.

2. Mérito

Com relação ao mérito da causa, entendo que a pretensão do apelante não merece guarida, devendo ser mantida a sentença.

Consta dos autos, que as partes firmaram um contrato de compra e venda do automóvel Chevrolet GM, corsa, ano/modelo 1999, placa HRG 1326, tendo acertado que o réu realizaria a transferência do registro de propriedade do bem ao Detran-MS.

O autor alegou que a transferência do registro do automóvel não foi realizada, de modo que houve pendências de impostos no seu nome no Detran. Assim, diante de tais circunstâncias, ajuizou a presente ação de obrigação de fazer, postulando a transferência da propriedade no Detran, que seja imputada ao réu a responsabilidade pelos ônus incidentes após a data da contratação (23.7.2004) e indenização por danos morais, em razão de ter seu nome inscrito no rol de inadimplentes perante a Secretaria de Fazenda de Mato Grosso do Sul.

O réu disse que alienou o bem para terceiro e cabe ao autor efetuar a transferência da titularidade do veículo no respectivo órgão, no prazo máximo de 30 dias, segundo dispõe o art. 134 do CTB.

Como bem elucidado pela juíza *a quo:*

> [...] incumbia ao banco requerido demonstrar que o veículo foi adquirido pelo terceiro diretamente com o autor, figurando apenas como fornecedor de crédito, em que o bem objeto da lide se constituiu como garantia no referido contrato. Contudo, não se desimcumbiu do seu ônus.
>
> Por outro lado, o autor demonstrou a alienação do veículo ao banco requerido, bem como as pendências existentes, inclusive porque fora notificado pela Secretaria de Estado de Fazenda (f.11).
>
> Vislumbra-se que ao presente caso não se aplica o disposto no art. 134 do CTB, o qual atribuiu ao vendedor a responsabilidade solidária pelas penalidades impostas caso não comunique o Detran acerca da transferência, vez que há indicativos de que houve comunicação de referido órgãos, conforme se verifica do documento de f. 10.
>
> Dessa forma, considerando que não há nos autos elemento probatório suficiente que corrobore com os argumentos do banco requerido, cumpre acolher a pretensão inicial.

O veículo deixou de integrar o patrimônio do autor com o contrato de compra e venda celebrado pelas partes, razão pela qual não se pode admitir que continue registrado perante os órgãos de trânsito como sendo de sua propriedade. Diante disso, a transferência da titularidade do veículo para o nome do novo proprietário, ainda que por fato superveniente, deve ser imputado ao adquirente, o banco, que havia se comprometido em contrato a regularizar a documentação.

Portanto, diante da disposição do contrato firmado entre as partes e da inexistência de fatos impeditivos que afastem a responsabilidade do réu, afigura-se correta a sentença no ponto em que determinou "*a transferência da propriedade do veículo em questão para o banco requerido"*.

2.1 Dos danos morais

No que se refere à reparação por danos morais, agiu com acerto o juízo *a quo* ao condenar o recorrente em tal rubrica, visto que configurado o dano e nexo de causalidade, que são os requisitos configuradores da responsabilidade civil (art. 186 c.c. art. 927, CC).

No caso em tela, restaram claramente comprovados os fatos narrados na inicial, ou seja, se o banco tivesse regularizado a transferência de titularidade do automóvel para o seu nome, não teria causado prejuízos ao autor, que, ante a inércia do apelante, se viu inscrito no rol de maus pagadores em virtude de pendências de um bem que não mais possui, o que é passível de indenização por danos morais.

A respeito, trago à colação os seguintes julgados:

> JUIZADOS ESPECIAIS. CIVIL. COMPRA E VENDA DE VEÍCULOS. DEMORA NA TRANSFERÊNCIA AO DETRAN/DF DA TITULARIDADE DO VEÍCULO ENTREGUE COMO PARTE DO PAGAMENTO NA AQUISIÇÃO DE NOVO VEÍCULO. DEMORA EXCESSIVA DE 1 ANO NA TRANSFERÊNCIA. DISSABORES E ABORRECIMENTOS SIGNIFICATIVOS. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. QUANTUM FIXADO EM R$ 2.000,00 CONSOANTE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A negligência do comprador na efetiva transferência de propriedade do veículo associado, a mora de quase 1 (um) ano e a incidência dos débitos e multas no nome da autora superam o mero aborrecimento caracterizando, assim, danos morais [...] (TJDF, Rec. n. 2010.01.1.048983-5, AC n. 466.504, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Rel. Juiz Flávio Fernando Almeida da Fonseca, DJ de 1º.12.2010, p. 241).

> JUIZADOS ESPECIAIS. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. DEMORA EXCESSIVA NA TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DE VEÍCULO NO DETRAN. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS DIANTE DOS ABORRECIMENTOS QUE SUPERAM A TOLERÂNCIA DO DIA A DIAS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NO QUANTUM INDENIZATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. É parte legítima em ação de reparação de danos morais decorrente da demora excessiva na transferência do veículo no Detran a empresa que recebe o veículo em acordo (f. 47). 2. **A negligência da empresa na efetiva transferência de propriedade do veículo, a mora de mais de 2 (dois) anos e o fato de ter o autor, receber inúmeras cobranças de dívidas posteriores a entrega do carro geram dissabores e transtornos à sua rotina que ultrapassam a esfera do mero aborrecimento, configurando ofensa moral que merece indenização. 3. Observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o quantum estipulado a título de danos morais (R$ 8.000,00) merece manutenção.** 4. Sentença mantida pelos próprios fundamentos, com Súmula de julgamento servindo de acórdão, na forma do artigo 46 da Lei n. 9.099/95. Recurso conhecido e não provido. Condenado o recorrido ao pagamento das custas e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. (TJDF, Rec n. 2010.09.1.001405-4, AC n., 462.148, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Relª Juíza Giselle Rocha Raposo, DJ de 18.11.2010, p. 219).

Portanto, correta mostra-se a sentença que julgou procedente a reparação por dano moral.

2.2 Do *quantum* indenizatório

Feitas essas considerações, ato contínuo, analiso o pedido alternativo do apelante, referente à redução da indenização fixada pelo juiz *a quo*.

É certo que inexiste parâmetro objetivo para se quantificar o valor de uma indenização por dano moral. Tal tarefa é atribuída com exclusividade ao julgador, que deve se basear nas peculiaridades do caso concreto, atendendo a alguns parâmetros, tais como a posição social das partes, o grau de culpabilidade do réu, as consequências do ato danoso e o caráter sancionador, pois a compensação da vítima deve ter também um sentido punitivo ao lesionador.

A respeito do tema, oportuno lembrar a lição de Maria Helena Diniz[1]:

> Na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação eqüitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral o juiz determina, por eqüidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência.

Em face desse contexto, tenho que a sentença objurgada não merece reparos no que tange ao montante da indenização, visto que o julgador levou em consideração os critérios utilizados pela maior parte da doutrina e jurisprudência, valendo-se de razoável prudência e senso de justiça para arbitrar a condenação.

De fato, no tocante ao valor de uma indenização, é naturalmente difícil medir o preço de valores subjetivos, como a dor, o sofrimento ou mesmo o incômodo ou o descrédito decorrente da prática de ato abusivo.

Portanto, nessas circunstâncias, deve-se valer o juízo de critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para a ofendida, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Afora isso, repita-se, o *quantum* arbitrado deve, ao mesmo tempo, ter um caráter preventivo, a fim de que a conduta não venha a ser novamente praticada e o mais importante, um caráter punitivo, isto é, fazer com que o ofensor sinta uma perda significativa em seu patrimônio.

Para a fixação do dano moral, há levar em conta a situação patrimonial das partes envolvidas, atento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Assim, analisadas criteriosamente as razões do ofendido e levando-se em conta os fatos narrados e os parâmetros mencionados acima para fixação da indenização, tenho que o valor da condenação deve ser mantido em **R$ 8,000,00** (oito mil reais), conforme sentenciou o juiz *a quo*, pois tal valor mostra-se justo e adequado às circunstâncias e repercussão dos fatos.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Banco Itauleasing S/A, mas nego-lhe provimento, mantendo os termos da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 21 de julho de 2011.

***

1 **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 78-9. v. 7.

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.016564-7 - Ponta Porã
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – FILHA REGISTRADA APENAS COM OS DOIS PATRONÍMICOS DO PAI – PRETENSÃO DE ACRESCER O DA MÃE E EXCLUIR UM DO GENITOR – POSSIBILIDADE – MENOR IMPÚBERE – SEGURANÇA E ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRESERVADAS – RECURSO PROVIDO.

O intérprete, na aplicação da lei, deve ater-se ao seu próprio espírito e não perder de vista o fim social da disposição legal. Nada impede, assim, que a filha, menor impúbere, sendo registrada com dois patronímicos do pai, retire um e acresça o da mãe.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de julho de 2011.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Geisiane Fruto Portela, informada com a sentença (f. 23-5) que julgou parcialmente procedente o seu pedido de retificação de registro civil, interpõe recurso de apelação buscando sua reforma nesta instância.

A decisão de primeiro grau admitiu o acréscimo do nome de família da genitora da apelante, mas inadmitiu a supressão de um dos patronímicos de seu pai, a fim de que seu nome de família guardasse igualdade com o de sete irmãos.

Em suas razões recursais (f. 31-3), a apelante aduz que no seu assento de nascimento constou como apelido de família apenas o do seu pai (Fruto Portela), enquanto no dos seus demais irmãos constou o nome de família da mãe (Alves), e que sua intenção é manter um nível de igualdade com eles (irmãos), de forma que a supressão do nome "Fruto" obedece ao princípio da razoabilidade, ponderação e bom senso.

Requer, assim, o provimento do apelo, a fim de que seu assento de nascimento seja retificado e que seu nome passe a consta como Geisiane Alves Portela.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, manifesta-se pelo acolhimento da pretensão recursal.

VOTO

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

A apelante Geisiane Fruto Portela, segundo se vê de sua certidão de nascimento acostada às f. 7, é filha de Pedro Fruto Portela e Fidelina Vilhalba Alves, percebe-se, portanto, que registrada somente com os patronímicos do pai, enquanto seus outros sete irmãos (f. 12-8) foram todos registrados com o patronímico "Alves Portela". Daí, a pretensão da recorrente em permanecer em pé de igualdade, quanto ao nome, com os demais irmãos consanguíneos.

O juiz *a quo* atendeu em parte sua pretensão, deferindo a retificação, a fim de que o seu assento de nascimento passe a constar como "Geisiane Fruto Alves Portela"

Como o que ela pretende é manter a igualdade com a prole familiar, não se conforma com a permanência do agnome "fruto", requerendo que passe a constar como "Geisiane Alves Portela".

O Ministério Público de primeira instância, em seu parecer (f. 38, *in fine*), pondera, *in verbis:*

> Assim, ao corrigir parte do erro e ao inserir a identificação familiar materna no registro de nascimento da autora, não há razão para que também não se corrija o equívoco quanto aos sobrenomes paternos, demonstrando acertado que apenas um coexista.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, seguindo esse mesmo raciocínio, acrescenta em seu parecer o seguinte:

> [...] a Lei de Registros Públicos (n. 6.015/73) tem como princípio basilar a imutabilidade do nome, mas certa é sua retificação nos casos em que a designação causa algum transtorno à pessoa (art. 56).
>
> Contudo, ao analisar os casos submetidos ao Judiciário, pode-se constatar que, embora a regra seja a imutabilidade, a lei de Registros Públicos não vem sendo interpretada de forma taxativa, dando-se, muitas vezes, uma interpretação bastante extensiva aos seus requisitos.
>
> Entre os fundamentos utilizados por nossos tribunais, um que vem se destacando é a perpetuação de patronímicos da família, como o que se apresenta.
>
> Segundo tal orientação, entendo possível o pleito deduzido, uma vez que, por se tratar de adolescente de 11 (onze) anos, a pretendida alteração viola qualquer dos princípios assegurados nos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, quais sejam a segurança e a estabilidade das relações jurídicas. (cf. f. 48)

A jurisprudência, que pode ser adaptada ao caso sob exame, dada a similitude, orienta no seguinte sentido:

> A retificação do registro civil para inclusão do patronímico materno é admitida pela lei, uma vez que não configura mudança de nome. A exclusão do agnome que se reporta ao nome do avô paterno é consectário natural da inclusão do nome da mãe. (TJRS 248/173)
>
> O intérprete, na aplicação da lei, deve ater-se a seu próprio espírito e não perder de vista o fim social da disposição legal. Nada impede, assim, que a mulher retire um ou alguns de seus apelidos de família e acresça o do marido. (RT 593/122).

> Em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial, o princípio da imutabilidade do nome de família não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente, desde que presentes a justa motivação e a prévia intervenção do Ministério Público, a alteração do patronímico mediante sentença judicial. (STJ, REsp n. 401138/MG, Terceira Turma, julgado em 26.6.2004, Rel. Min. Castro Filho, *in site* do STJ).

In casu, a justa motivação repousa na vontade da apelante de ser igual aos outros sete irmãos no que tange ao nome de família, sendo certo que em todas as fases houve a intervenção ministerial, amplamente favorável à pretensão deduzida na exordial.

Portanto, com razão o eminente Procurador de Justiça Wilson Fortes, quando enfrenta a matéria sob a ótica da relativização da lei pelo Poder Judiciário em determinadas situações. A presente, sem dúvida, é uma delas, pois se trata de uma infante de tenra idade, que ainda não desabrochou para os emaranhados das relações jurídicas mais complexas da vida civil ou penal, em ordem a causar prejuízo a quem que seja a retificação na forma pretendida.

À luz do exposto, conheço do recurso e, com o parecer, dou-lhe provimento para determinar a retificação do registro de nascimento da apelante, cujo nome passará a constar dos assentos como "Geisiane Alves Portela".

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 19 de julho de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.018039-5 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS – ÓRGÃO ESTADUAL DE TRÂNSITO – SUCESSIVAS VISTORIAS EM UM MESMO VEÍCULO – DETECTADA IRREGULARIDADE NA ÚLTIMA DELAS – ADULTERAÇÃO NA NUMERAÇÃO SEQUENCIAL DO MOTOR – AÇÃO IMPROCEDENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A responsabilidade pela constatação de adulteração em numeração de motor de veículo por ato administrativo não deve ser imputada ao órgão de trânsito que fez a vistoria no bem. Nesse contexto, ainda que a vistoria realizada pelo Detran houvesse detectado a irregularidade, isso apenas evidenciaria o fato ilícito pré-existente, que, por isso, não pode ser imputado ao ato do órgão. Não tendo este concorrido com ação ou omissão para a prática do ato ilícito, não responde pelos danos deste advindos, não há, também, falar em nexo de causalidade ou responsabilidade pela regularização do defeito detectado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de julho de 2011.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Adão Flávio Pereira, inconformado com a sentença (f. 62-5) que julgou improcedentes os pedidos insertos na ação declaratória c/c obrigação de fazer e reparação por danos morais que ajuizou em face do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul, interpõe recurso de apelação, requerendo a sua reforma nesta Corte.

A sentença deixou de acolher os pleitos deduzidos, porque o magistrado singular entendeu que o Detran-MS, ao reter o veículo do apelante para apuração de suposta adulteração do sequencial da numeração do seu motor, agiu administrativamente de forma lícita, apesar de tê-lo considerado regular em vistorias realizadas por ocasião de alienações anteriores.

O apelante não se conforma, dizendo que, quando comprou o bem, o órgão de trânsito atestou a sua regularidade, induzindo-o a erro, de forma que agora, quando procurou vendê-lo, agiu de forma ilícita ao desdizer as vistorias anteriores, o que faz presente a responsabilidade civil, implicitamente, segundo afirma, reconhecida pelo apelado.

Requer, nestas condições, o provimento do apelo, a fim de que: a) seja reconhecida a prática de ato ilícito praticado pelo recorrido; b) este seja compelido a regularizar, às suas expensas, a regularização ou substituição do bloco do motor e, c) seja condenado o apelado ao pagamento de justa indenização.

Contrarrazões às f. 84-7, em que o apelado requer a manutenção da sentença recorrida.

VOTO

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

Consta dos autos que o apelante é proprietário de um veículo GM/Chevrolet C1404, ano 1974, e que, ao tentar aliená-lo à terceira pessoa, teve de fazer vistoria no Detran, como exigido em situação dessa natureza. Nessa vistoria, foi constatada possível adulteração na numeração sequencial do motor, sendo então o veículo encaminhado à polícia e posteriormente ao instituto de criminalística que produziu o laudo acostado às f. 40-5, de cuja conclusão, naquilo que interessa, consta o seguinte:

> 7.2) a **numeração identificadora** do **MOTOR** encontrava-se **ADULTERADA** por **REMARCAÇÃO DE DÍGITOS**, contudo, não foi possível identificar, ao **Exame Químico,** o seqüencial primitivamente impresso em fábrica, face o intenso desgaste da superfície (f. 45) – Destaques no original.

Nada obstante essa conclusão, que denota a possível ocorrência de um ilícito, o utilitário foi devolvido ao apelante na condição de fiel depositário (cf. auto de f. 11).

Impõe-se destacar desde logo que existe um fato que não foi objeto de discussão nos autos: o combustível do motor com sequencial supostamente adulterada. É de ciência comum de quem conviveu à época de fabricação dos modelos "C-14", da GM, que os motores eram à gasolina. No auto de depósito de f. 11, consta que o motor do veículo em questão é "*movido a diesel, marca Perkins"*, o que torna induvidoso que houve a troca do motor original, fato, aliás, corriqueiro em relação a veículos daquela época, em face da diferença de preço entre ambos os combustíveis. Ajunte, por oportuno, que os veículos do mesmo porte fabricados pela GM originariamente a diesel, era do modelo "D10".

Desse modo, não se pode ter certeza, ante toda a matéria devolvida à apreciação desta Corte, sobre quem de fato fez a troca do motor, se os antigos proprietários ou o próprio apelante.

Todavia, mesmo que se admita que o motor já fosse a diesel quando das vistorias anteriores, ainda assim merece subsistir a sentença, segundo iterativa jurisprudência do STJ a respeito da responsabilidade do Estado em situações análogas à presente. Confira-se:

> ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – VISTORIA QUE CONSIDERA REGULAR A SITUAÇÃO DO VEÍCULO – POSTERIOR APREENSÃO POR SE TRATAR DE VEÍCULO FURTADO – ADULTERAÇÃO DE CHASSIS – FALHA NA VISTORIA – PRETENDIDA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.
>
> 1 – Esta Corte possui entendimento no sentido de que a perda do bem por ato administrativo da autoridade policial, em razão de se tratar de veículo furtado, não pode ser imputada ao órgão de trânsito que registrou o bem.
>
> 2 – Ainda que a vistoria tenha sido realizada e considerada regular a situação do veículo, posterior apreensão por se tratar de veículo furtado, não revela nexo de causalidade para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado.

> 3 – O Estado não pode ser responsabilizado por ato criminoso de terceiros ou pela culpa do adquirente de veículo de procedência duvidosa se a Administração não concorreu para com ação ou omissão para a prática do ato ilícito, não respondendo pelos danos deste decorrentes. (STJ, REsp n. 859183/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 24.11.2009, DJ de 7.12.2009).
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REGISTRO E VISTORIA DE VEÍCULO ANTERIORMENTE FURTADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. INEXISTÊNCIA.
>
> I – A responsabilidade pela perda do automóvel por ato administrativo – em razão de tratar-se de veículo furtado não deve ser imputada ao órgão de trânsito que registrou o bem. Segundo a moldura fática delineada pelo acórdão recorrido, o registro foi feito depois da tradição, ou seja, depois de já consumado o fato danoso contra o qual se irresignou o recorrido. Nesse contexto, ainda que a vistoria realizada pelo recorrente houvesse detectado a irregularidade, isso apenas evidenciaria o fato ilícito pré-existente, que, por isso, não pode ser imputado ao ato do Estado. Não tendo este concorrido com ação ou omissão para a prática do ato ilícito, não responde pelos danos deste advindos, não havendo, também, que se falar em nexo de causalidade.
>
> II – Recursos especiais providos. (STJ, REsp n. 863376/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 13.3.2007, DJ de 9.4.2007, p. 238).

Veja-se que na hipótese não houve apreensão; o apelante continuou na posse do veículo, ainda que na condição de fiel depositário; não se tem notícia de que lhe advieram quaisquer transtornos significativos em decorrência dos fatos e, o que é mais importe na hipótese versanda, o órgão de trânsito cumpriu seu papel. Não é porque em outras vistorias o defeito havia passado despercebido é que a situação deveria continuar *ad eternum.*

Demais disso, conforme acentuado na sentença,

> Não há evidência, tênue que seja, de que o Réu tenha agido com abuso de poder ou cometido alguma ilegalidade e ou irregularidade que possa fundamentar a procedência da ação. Não há qualquer prova, muito menos prova inequívoca como exige a Lei, de que o Réu tenha, por qualquer forma, causado dano ao Autor. Mesmo porque, a camioneta foi apreendida pela Delegacia Especializada de Furtos e Roubos de Veículos de Campo Grande, e ele Autor deve se submeter ao procedimento administrativo para retirar os gravames e, outrossim, acaso seja verificada a licitude do bloco do motor a sua troca e, em conseqüência, a regularização no Departamento de Trânsito[...] (cf. f. 64).

Ora, configuraria uma iniquidade imputar ao apelado o dever de regularizar, às suas expensas, a situação do veículo do apelante, visto que, relembre-se, não foi ele quem deu causa nem contribuiu de qualquer forma para a prática do eventual ilícito.

Enfim, não procede a alegação do apelante de que a sentença se fundamentou exclusivamente em legislação editada posteriormente ao ajuizamento da ação, pois se louvou em vários outros, de índole eminentemente fática, para julgar pela improcedência da demanda.

Outrossim, pela situação fática dissertada nos autos, é fácil concluir que não houve o dano moral sugerido pelo recorrente. O máximo que aconteceu – e não por culpa do apelado, repita-se –, não passou de mero aborrecimento, comum no dia a dia do ser humano moderno.

A jurisprudência predominante, objetivando evitar a banalização de pedidos dessa natureza, tem assentado a seguinte orientação:

> O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar de dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. (STJ, REsp n. 215666, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Rocha).

Enfim, o dano moral é aquele reputado como sendo a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação que, fugindo da realidade, interfere no comportamento psicológico do indivíduo, causando angústia e desequilíbrio em seu bem estar social e afetivo.

Demais disso, inexistem nos autos provas consistentes acerca de qualquer dano à imagem, à honra ou à psique do apelante, de que se possa extrair o dano por ele reclamado.

Conclusão

À luz de tudo o quanto foi exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 12 de julho de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.020356-9 - Paranaíba
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – CONSTRIÇÃO DE VALORES EM CONTA BANCÁRIA CONJUNTA – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – QUEM DEU CAUSA AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

À luz do princípio da causalidade, deve o embargado arcar com os ônus sucumbenciais, em razão da derrota na demanda e também pelo fato de ter obrigado a embargante a contratar advogado para representá-la em Juízo, diante de penhora *on line* que recaiu sobre seu numerário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de agosto de 2011.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Banco Itaú S/A, inconformado com a sentença de procedência proferida nos autos de embargos de terceiro (feito de n. 018.11.100318-8, da Vara Cível da Comarca de Paranaíba, Estado de Mato Grosso do Sul), movido por Vânia dos Santos Faria, objetivando a inversão dos ônus da sucumbência, interpôs recurso de apelação a este Tribunal de Justiça.

Em suas razões recursais (f. 37-41), o apelante sustenta que se tratou de bloqueio de valores, pelo sistema Bacen Jud, solicitado nos autos de ação de execução, em cujo polo passivo constava, dentre outros, a pessoa de Juvenal Duarte Faria, marido da apelada.

Aduziu que, após a constrição realizada em conta bancária de titularidade do referido executado, a apelada manejou a presente ação visando a desconstituir o bloqueio efetivado sobre sua meação, considerando a relação de parentesco havida entre as partes, por se tratar de conta conjunta.

Diante das provas juntadas pela embargante, ora apelada, o banco apelante concordou com a pretensão inicial, ou seja, com o levantamento da penhora sobre 50% do bloqueio mencionado, pugnando, outrossim, pela condenação da apelada ao pagamento de custas e honorários, com fulcro no princípio da causalidade.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido, com esteio no art. 269, II, do CPC, isto é, reconhecimento jurídico do pedido, e condenou o embargado-apelante ao pagamento das custas e honorários advocatícios, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Todavia, o apelante pleiteia a reforma do *decisum* sob o argumento de que não deu causa ao ajuizamento desta demanda, porquanto se limitou a solicitar o bloqueio de valores no montante devido pelo marido da apelada, fornecendo apenas o CPF deste, para que se efetivasse referida providência.

Argumenta que foi cauteloso, sendo defeso imputar culpa à sua atuação, considerando que não solicitou bloqueio indevido de valores e que o fato de não ter apresentado resistência à pretensão da embargante não lhe impõe o dever de arcar com os ônus sucumbenciais.

Reverbera que nem sequer a minuta de bloqueio de valores fez menção que os valores bloqueados eram oriundos de conta conjunta.

Por outro lado, sustenta que a apelada tinha ciência da dívida executada, que deu causa ao referido bloqueio de valores, assumindo, assim, negligentemente o risco de manter conta conjunta com seu marido, e pugna pela aplicação da Súmula n. 303 do STJ ao caso, sob o fundamento de que esta demanda ocorreu por culpa da própria apelada.

Requer o conhecimento e provimento deste recurso, a fim de que seja determinada a inversão dos ônus sucumbenciais, os quais deverão ser retidos junto ao montante a ser liberado a título de meação, sendo desbloqueado à apelada apenas o saldo remanescente.

A autora-apelada apresentou contrarrazões às f. 62-6, pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por Banco Itaú S/A, inconformado com a sentença proferida nos autos dos embargos de terceiros movidos por Vânia dos Santos Faria, que, julgando procedente o pedido, com esteio no art. 269, II, do CPC, determinou o levantamento, em favor da embargante, da quantia de R$ 16.269,48, (dezesseis mil, duzentos e sessenta e nove reais e quarenta e oito centavos), bloqueados nos autos em apenso sob o número 018.96.000290-9, e condenou o embargado ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), haja vista a reduzida complexidade e duração da demanda (f. 30-1).

Em suas razões recursais (f. 37-41), o apelante sustenta que se tratou de bloqueio de valores, pelo sistema Bacen Jud, solicitado nos autos de ação de execução, em cujo polo passivo constava, dentre outros, a pessoa de Juvenal Duarte Faria, marido da apelada.

Aduziu que, após a constrição realizada em conta bancária de titularidade do referido executado, a apelada manejou a presente ação visando a desconstituir o bloqueio efetivado sobre sua meação, considerando a relação de parentesco havida entre as partes, por se tratar de conta conjunta.

Diante das provas juntadas pela embargante, ora apelada, o banco apelante concordou com a pretensão inicial, ou seja, com o levantamento da penhora sobre 50% do bloqueio mencionado, pugnando, outrossim, pela condenação da apelada ao pagamento de custas e honorários, com fulcro no princípio da causalidade.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido, com esteio no art. 269, II, do CPC, isto é, reconhecimento jurídico do pedido, e condenou o embargado-apelante ao pagamento das custas e honorários advocatícios, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Todavia, o apelante pleiteia a reforma do *decisum* sob o argumento de que não deu causa ao ajuizamento desta demanda, porquanto se limitou a solicitar o bloqueio de valores no montante devido pelo marido da apelada, fornecendo apenas o CPF deste, para que se efetivasse referida providência.

Argumenta que foi cauteloso, sendo defeso imputar culpa à sua atuação, considerando que não solicitou bloqueio indevido de valores e que o fato de não ter apresentado resistência à pretensão da embargante não lhe impõe o dever de arcar com os ônus sucumbenciais.

Reverbera que nem sequer a minuta de bloqueio de valores fez menção que os valores bloqueados eram oriundos de conta conjunta.

Por outro lado, sustenta que a apelada tinha ciência da dívida executada, que deu causa ao referido bloqueio de valores, assumindo, assim, negligentemente o risco de manter conta conjunta com seu marido, e pugna pela aplicação da Súmula n. 303 do STJ ao caso, sob o fundamento de que esta demanda ocorreu por culpa da própria apelada.

Requer o conhecimento e provimento deste recurso, a fim de que seja determinada a inversão dos ônus sucumbenciais, os quais deverão ser retidos junto ao montante a ser liberado a título de meação, sendo desbloqueado à apelada apenas o saldo remanescente.

Ultrapassado o juízo de admissibilidade, uma vez que presentes as condições e pressupostos recursais, passo à análise do mérito do apelo interposto pela parte demandada.

No caso em apreço, verifica-se que a sentença deve ser mantida, uma vez que, tendo o banco embargado dado causa ao ajuizamento desta ação, deve suportar com os ônus sucumbenciais respectivos.

Como é cedido, a legislação processual civil, ao disciplinar a questão dos ônus processuais, adotou o princípio da sucumbência, que penaliza o vencido ao pagamento dos honorários advocatícios ao patrono do vencedor. O fundamento da teoria da sucumbência é de que o exercício de um direito garantido por lei não deve ser oneroso para aquele que pretende concretizá-lo por meio da tutela judicial. Ou seja, se o titular de um direito é obrigado a recorrer às vias judiciais, para que lhe seja concedido o pleno exercício do direito, não é justo que deva arcar também com o ônus da sucumbência.

Ocorre que o postulado da sucumbência não é suficiente para determinar a responsabilidade das partes pelas despesas do processo, pois há situações específicas, nas quais não se justificava que a parte, ainda que vencida, seja condenada a arcar com os ônus da sucumbência, assim, referido princípio deve ser analisado em consonância com o princípio da causalidade, sob pena de prejudicar aquele que não deu causa à propositura da ação.

Sobre o tema ensina o Prof. Cândido Dinamarco:

> [...] por ser a sucumbência apenas um indício da causalidade, não goza ela sequer do status de um princípio informador da responsabilidade processual pelas despesas do processo. Já a teoria da causalidade, por ser muito mais genérica e ter o condão de exaurir os casos de responsabilidade pelas despesas, pode (e deve!) ser considerado o princípio vigente no ordenamento jurídico brasileiro. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92-3)

O Superior Tribunal de Justiça publicou em 22.11.2004 a Súmula n. 303, que determina: Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios, consagrando naquela Corte o princípio da causalidade como regra de responsabilidade dos encargos processuais.

Assim**,** em algumas hipóteses, o princípio da sucumbência cede lugar ao princípio da causalidade, o qual revela a idéia de que aquele que deu causa à instauração do processo, ou ao incidente processual, ainda que vencedor, deve arcar com os encargos daí decorrentes.

Esse raciocínio aplica-se no caso vertente, já que o apelante, além de não ter apresentado resistência ao pedido inicial, deu causa à constrição de numerários existentes em conta bancária de titularidade da parte embargante, ao solicitar ao juízo da execução mencionada o bloqueio de valores no montante devido pelo marido desta.

Sobre o tema, confiram-se os precedentes deste Tribunal, cujas ementas encontram-se sem destaques em seus originais:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VERBA DEVIDA – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – QUANTUM ESTABELECIDO EQUITATIVAMENTE PELO JUÍZO EM VALOR QUE ATENDE AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – ART. 20, § 4º, DO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> **Os ônus da sucumbência subordinam-se ao princípio da causalidade e devem ser suportados por aquele que deu causa à instauração do processo.** [...]. (TJMS, AC n. 2009.023118-3, Quarta Turma, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 29.9.2009).
>
> RECURSO OBRIGATÓRIO – EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA DE IMÓVEL – ALIENAÇÃO PRECEDENTE – FINANCIAMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – AUSÊNCIA DE REGISTRO – RECONHECIMENTO DO DIRETO DE PROPRIEDADE – PENHORA LEVANTADA – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – PROPRIETÁRIO QUE DEU CAUSA A CONSTRIÇÃO – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.
>
> [...] **Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes.** (TJMS, AC n. 2009.019483-0, Quinta Turma, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 24.9.2009 - grifei)
>
> **Deve ser condenado ao pagamento de verba honorária aquele que deu causa ao ajuizamento da ação, em face do princípio da causalidade.** (TJMS, AC n. 2007.003069-5, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 12.3.2007).
>
> **À luz da aplicação do princípio da causalidade, atribui-se a condenação dos ônus sucumbenciais àquele que deu causa à propositura da ação.** (TJMS, AC n. 2007.003734-5, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 22.5.2007).

E que não destoa da orientação do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 303/STJ. EMBARGOS DE TERCEIRO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

1. Afasta-se a alegada violação do art. 535, II, do CPC nas hipóteses em que o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, as questões suscitadas nas razões recursais.

2. É possível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

3. **Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios.**

4. Agravo regimental provido em parte. (AgRg no Ag n. 1174795/RS, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 21.6.2011, DJ de 1.7.2011).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N. 182/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. EMBARGOS DE TERCEIRO. REGISTRO DA TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL. AUSÊNCIA. DESISTÊNCIA POSTERIOR DA PENHORA. CONCOMITANTE CONTESTAÇÃO DE MÉRITO. ALEGAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO. ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. SÚMULA N. 303/STJ. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Reconsideração da decisão agravada, que deixou de apreciar o agravo com invocação da Súmula n. 182/STJ.

2. A inércia da autora dos embargos de terceiro em levar a registro o imóvel penhorado deu causa à propositura da demanda.

3. Aplicação do princípio da causalidade, devendo suportar a embargante os encargos sucumbenciais.

4. Hipótese diversa, em que o embargado, apesar da posterior desistência da penhora, contesta e apela quanto a venda do imóvel ao embargante, buscando o reconhecimento fraude à execução nas instâncias ordinárias.

5. Inexiste omissão ou falta de fundamentação em acórdão, quando há tão-somente decisão fundamentada de forma sucinta, contrária à pretensão da parte recorrente.

6. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no Ag 1153100/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 17.5.2011, DJ de 24.5.2011).

Na hipótese, o banco apelante assumiu o risco ao requerer a constrição de bens em desfavor dos executados e que, por sua vez, veio a ocasionar prejuízo à meação da parte apelada, que possui conta bancária conjunta com seu marido, executado em ação de execução por título extrajudicial, conforme alhures declinado.

Não obstante o sistema da penhora *on line* não ceder meios para a limitação das contas bancárias exclusivas das partes executadas, fato é que o exequente, ao pleitear a utilização deste eficiente meio de bloqueio de valores, assumiu o risco e deu causa ao ajuizamento destes embargos de terceiro.

Verifica-se, destarte, que a embargante foi compelida a ajuizar os presentes embargos em razão da indevida constrição solicitada pelo banco apelante, ou seja, por causa imputada única e exclusivamente a ele, aplicam-se ao caso, portanto, o princípio da causalidade e a Súmula n. 303 do STJ.

Neste sentido, confiram-se alguns julgados de Tribunais pátrios, proferidos em casos análogos ao presente:

> EMENTA: EMBARGOS DE TERCEIRO - CONTA BANCÁRIA CONJUNTA - VALOR PENHORADO EM EXECUÇÃO FISCAL - PROPRIEDADE EXCLUSIVA DA EMBARGANTE - EMBARGOS ACOLHIDOS. SUCUMBÊNCIA - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. 1- É incabível a penhora de saldo existente em conta bancária conjunta, por pertencer o valor penhorado exclusivamente à embargante, pessoa estranha à execução fiscal que originou a constrição. Hipótese dos autos em que, ademais, o executado faleceu antes mesmo do ajuizamento execução. 2- **Em função do princípio da causalidade, deve o embargado arcar com os ônus sucumbenciais, em razão da derrota na demanda e também pelo fato de ter obrigado a embargante a contratar advogado para representá-la em Juízo**. (TJMG, AC n. 1.0515.08.034792-2/001, Comarca de Piumhi, Rel. Des. Maurício Barros, julgado em 30.11.2010).

> EMENTA: EMBARGOS DE TERCEIRO. CONSTRIÇÃO SOBRE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA CONJUNTA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA PARTE EXEQUENTE, QUE POSTULOU A PENHORA PELO SISTEMA DO BACEN JUD, DANDO AZO AO BLOQUEIO DE VALORES DE TERCEIRA PESSOA. CONDENAÇÃO AOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS, OBSERVADO O PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. HONORÁRIOS ADEQUADAMENTE FIXADOS, BASE NO ART. 20, § 4º, DO CPC. APELO DESPROVIDO. (TJRS, AC n. 70034876672, Décima Sétima Câmara Cível, Relª. Desª. Elaine Harzheim Macedo, julgado em 8.4.2010).

Ademais, o reconhecimento jurídico do pedido demonstra inequívoca a responsabilidade do banco apelante pelo pagamento dos ônus sucumbenciais.

Diante disso, merece o banco apelante ser condenado ao pagamento dos ônus sucumbenciais fixados pelo juízo *a quo*, por ter dado causa ao ajuizamento desta demanda.

Ante todo o exposto**,** conheço do recurso interposto pelo banco-apelante, mas nego-lhe provimento, mantendo *in totum* a sentença objurgada, à luz do princípio da causalidade.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 16 de agosto de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.018300-9 - Ponta Porã
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO SUMÁRIA DE COBRANÇA – PRELIMINARES – REVELIA – NÃO CONHECIDA (PRECLUSÃO) – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – SEGURO DE VEÍCULO – ROUBO – RECUSA DE COBERTURA PELA SEGURADORA POR CONTA DAS INFORMAÇÕES INEXATAS OFERTADAS PELO CONSUMIDOR E CONSTANTES DA APÓLICE – APLICABILIDADE DO CDC NA INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO – CIÊNCIA TOTAL PELO CONSUMIDOR DAS CONDIÇÕES GERAIS DO CONTRATO – BOA-FÉ DA SEGURADORA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

- Ocorre preclusão temporal quando a parte perde a faculdade de praticar ato processual em virtude de haver decorrido o prazo, sem qualquer manifestação, ou quando tal manifestação ou ato tenha ocorrido a destempo ou de forma incompleta ou irregular.

- O juiz tem o poder de ponderar sobre a necessidade da dilação probatória. Entendendo ele que os documentos constantes nos autos não são suficientes para a formação de seu livre convencimento, poderá conceder às partes a oportunidade para que especifiquem as provas a serem produzidas. Caso contrário, ou seja, se o juiz já tiver formado seu livre convencimento motivado, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão.

- Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos casos que envolvem relação de consumo, tais como contratos de seguro. Assim, em atenção ao Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47/CDC).

- O ordenamento jurídico autoriza a limitação, pela seguradora, da extensão da cobertura do contrato de seguro, devendo as cláusulas limitativas ser redigidas de maneira clara, sob pena de afronta ao princípio da boa-fé contratual.

- Se a parte tinha total ciência das regras gerais do contrato, e mesmo assim prestou informações inexatas, declarando-se indevidamente como principal condutor, ou deixando de informar que esta condição se modificou, tal fato vicia a declaração de vontade da Seguradora, que não poderá ser obrigada a arcar com a indenização se agiu de acordo com o princípio da boa-fé contratual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar as preliminares, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de julho de 2011.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

José Antonio Fiusa Vieira**,** irresignado com a sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos nos autos da ação sumária de cobrança proposta em face de Sul América Companhia Nacional de Seguros S/A**,** interpõe recurso de apelação, objetivando sua reforma.

Nas razões do apelo que traz a este Sodalício (f. 153-63), aponta violação aos art. 278 e 319 do CPC, porque a contestação não foi apresentada no ato da audiência de conciliação. Objetiva o reconhecimento da revelia da apelada.

Agita preliminar de nulidade de sentença por cerceamento de defesa, visto que pediu a ampliação da instrução, no entanto o juiz singular julgou antecipadamente o feito.

No mérito, obtempera que o sinistro poderia ocorrer com qualquer pessoa, sendo que no caso não houve o agravamento no risco assumido.

Informa que não ofertou qualquer declaração inexata tampouco omitiu dados que pudessem influenciar na aceitação da proposta.

Enfatiza que:

> [...] a cláusula contratual de perfil e invocada pelo Recorrido, não pode sobrepor ao fato de que o veículo foi ROUBADO POR 2 (DOIS) ELEMENTOS E QUE A REQUERIDA CIRCUNSTÂNCIA PODERIA OCORRER ATÉ MESMO, QUANDO O VEÍCULO ESTIVESSE NA POSSE DO PRINCIPAL CONDUTOR, ora Recorrente; portanto, não se vislumbra má-fé do segurado, de modo a isentar a seguradora Recorrida ao pagamento da indenização securitária, apenas diante do fato de que o Recorrente alegou ser o principal condutor, salientando que NÃO INDICOU SER O ÚNICO CONDUTOR (Hipótese esta que poderia ensejar na legitimidade da recusa), mas sim, o seu principal condutor; portanto poderia o veículo estar na posse de terceiro e ocorrer o sinistro, ocasião em que INCUMBE AO RECORRIDO SER RESPONSÁVEL AO PAGAMENTO DO SEGURO CONTRATO. (f. 159).

Ressalta que, no caso de roubo, a figura do condutor é irrelevante, porque o fato ocorre sem sua influência.

Destaca o fato de ter informado na exordial que ainda continuava a pegar emprestado o veículo mesmo após entregá-lo à proprietária.

Por fim, pugna pelo acolhimento da preliminar de revelia da recorrida, ou de cerceamento de defesa. No mérito, pretende a reforma da sentença, para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados na exordial.

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões (f. 169-78), rechaçando os argumentos apresentados nas razões do apelo, objetivando a manutenção da sentença vergastada.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por José Antonio Fiusa Vieira, irresignado com a sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos nos autos da ação sumária de cobrança proposta em face de Sul América Companhia Nacional de Seguros S/A.

Nas razões do apelo que traz a este Sodalício (f. 153-63), aponta violação aos art. 278 e 319 do CPC, porque a contestação não foi apresentada no ato da audiência de conciliação. Objetiva o reconhecimento da revelia da apelada.

Agita preliminar de nulidade de sentença por cerceamento de defesa, visto que pediu a ampliação da instrução, no entanto o juiz singular julgou antecipadamente o feito.

No mérito, obtempera que o sinistro poderia ocorrer com qualquer pessoa, sendo que no caso não houve o agravamento no risco assumido.

Informa que não ofertou qualquer declaração inexata tampouco omitiu dados que pudessem influenciar na aceitação da proposta.

Enfatiza que:

> [...] a cláusula contratual de perfil e invocada pelo Recorrido, não pode sobrepor ao fato de que o veículo foi ROUBADO POR 2 (DOIS) ELEMENTOS E QUE A REQUERIDA CIRCUNSTÂNCIA PODERIA OCORRER ATÉ MESMO, QUANDO O VEÍCULO ESTIVESSE NA POSSE DO PRINCIPAL CONDUTOR, ora Recorrente; portanto, não se vislumbra má-fé do segurado, de modo a isentar a seguradora Recorrida ao pagamento da indenização securitária, apenas diante do fato de que o Recorrente alegou ser o principal condutor, salientando que NÃO INDICOU SER O ÚNICO CONDUTOR (Hipótese esta que poderia ensejar na legitimidade da recusa), mas sim, o seu principal condutor; portanto poderia o veículo estar na posse de terceiro e ocorrer o sinistro, ocasião em que INCUMBE AO RECORRIDO SER RESPONSÁVEL AO PAGAMENTO DO SEGURO CONTRATO. (f. 159).

Ressalta que, no caso de roubo, a figura do condutor é irrelevante, porque o fato ocorre sem sua influência.

Destaca o fato de ter informado na exordial que ainda continuava a pegar emprestado o veículo mesmo após entregá-lo à proprietária.

Por fim, pugna pelo acolhimento da preliminar de revelia da recorrida, ou de cerceamento de defesa. No mérito, pretende a reforma da sentença, para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados na exordial.

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões (f. 169-78), rechaçando os argumentos apresentados nas razões do apelo, objetivando a manutenção da sentença vergastada.

Por ordem de prejudicialidade, passo ao exame das preliminares agitadas pelo apelante.

Das preliminares

Da revelia

Diz o recorrente que a parte recorrida é revel, porque deveria ter apresentado a contestação no ato da audiência, já que a ação tramitou pelo rito sumário. Contudo, tal questão nem sequer merece ser conhecida, porque acobertada pelo manto da preclusão.

O instituto da preclusão nada mais é do que a perda da faculdade de praticar o ato processual. A preclusão será temporal quando a parte perder a faculdade de praticar o ato processual em virtude de haver decorrido o prazo, sem qualquer manifestação, ou quando tal manifestação ou ato tenha ocorrido a destempo ou de forma incompleta ou irregular.

Conforme leciona Humberto Theodoro Junior:

> Decorre a preclusão do fato de ser o processo uma sucessão de atos que devem ser ordenados por fases lógicas, a fim de que se obtenha a prestação jurisdicional, com precisão e rapidez.
>
> [...]
>
> Justifica-se, pois, a preclusão pela aspiração de certeza e segurança que, em matéria de processo, muitas vezes prevalece sobre o ideal de justiça pura e absoluta[1].

Sendo o processo um desencadeamento de atos sucessivos, pode-se apresentar a preclusão como sendo a perda da faculdade de praticar o ato.

A preclusão tem dois sentidos, quais sejam, (a) objetivo, por ser um impedimento ao retrocesso, assegurando o impulso do processo avante, conferindo rigidez ao procedimento; e (b) subjetivo, ao ser considerada como a perda de um direito ou faculdade processual que impede o retrocesso dentro do processo. Nesse sentido, lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio cruz Arenhart:

> Para que o processo possa seguir sempre adiante, é preciso que se criem mecanismos destinados a impedir a repetição da prática de atos processuais ou o retorno da fase e atos já praticados, evitando-se, com isso, contradições (entre os atos já praticados e outros a serem praticados) e círculos viciosos na tramitação processual.
>
> De outra parte, vários princípios processuais contribuem para que as partes se comportem no processo de forma a expor, integral e completamente, o conflito de interesses que desejam ver solucionado pela jurisdição [...] A impossibilidade de se retornar a fase e atos já praticados (como regra) tem também o escopo de impedir a má-fé processual, pois impede que as partes venham a surpreender uma a outra, justapondo argumentos, fatos e pedidos anteriormente não formulados, prejudicando, com isso, a prova dos fatos, a concatenação das razões e das defesas.
>
> Por todos esses motivos, é necessário pensar em mecanismos que auxiliem o processo a sempre avançar, permitindo uma ordenação simplificada, coordenada e racional da atividade jurisdicional, possibilitando àquele atingir o mais rapidamente possível seus objetivos. Daí a importância do instituto da preclusão. É precisamente esse instituto que permite ao processo desenvolver-se adequadamente, dirigindo-se ao seu objetivo final, à sua conclusão.[2]

In casu, tenho que transcorreu a oportunidade para o recorrente tratar da matéria ventilada, já que, na audiência de conciliação (f. 35), ele foi cientificado de que a parte ré, ora recorrida, protocolou contestação antecipadamente, via protocolo integrado. Ora, então, era aquela a oportunidade que o apelante tinha para manejar eventual recurso de agravo caso não concordasse com a providência. Contudo, optou-se pela inércia, operou-se a preclusão e, como ônus decorrente, impõe o sistema processual que a parte não mais se insurja contra o *decisum*.

Logo, não pode o apelante, em sede recursal, querer reclamar novamente de questão que já foi solucionada, e contra a qual ele não manejou recurso.

Por essa razão, deixo de conhecer da preliminar.

1 **Curso de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 2000. p. 467-8. v. 1.

2 **Manual do Processo de Conhecimento.** 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 653

Da nulidade da sentença por cerceamento de defesa

Reclama, ainda, o recorrente que o juiz singular não deveria ter julgado antecipadamente o feito, uma vez que pretendia ampliar a instrução.

Pois bem, o juiz tem o poder de ponderar sobre a necessidade da dilação probatória. Entendendo ele que os documentos constantes nos autos não são suficientes para a formação de seu livre convencimento, poderá conceder às partes a oportunidade para que especifiquem as provas a serem produzidas. Caso contrário, ou seja, se o juiz já tiver formado seu livre convencimento motivado, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão.

Nos termos do Código de Processo Civil, temos que:

> Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:
>
> I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

Ainda, pode o juiz entender que as provas requeridas não serão úteis ao processo. Nesse sentido leciona Antonio Carlos Marcato:

> Constatado ser o caso de julgamento do pedido (art. 269, I), o juiz avaliará a necessidade, ou não, de produção de provas tendentes à formação de seu convencimento sobre a pertinência da pretensão deduzida em juízo, provas essas respeitantes, exclusivamente, às questões de fato (*da mihi facto, dabo tibi ius*). Concluindo pela negativa, conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença de mérito, dispensada, assim, a fase instrutória, sem dúvida alguma a mais demorada e onerosa de todas as demais fases processuais.[3]

No mesmo sentido é o ensinamento de Vicente Greco Filho: "*O julgamento antecipado da lide, para Calmon de Passos, não é mais do que julgamento feito após a fase postulatória, por motivo de se haver colhido, nessa fase, todo o material necessário para formar a convicção do magistrado (art. 330, I), ou ocorrendo a revelia (art. 330, II).*"[4]

E continua dizendo: "*O objeto da prova é sempre o fato controvertido, pertinente e relevante. Se for incontroverso, não há necessidade de prova; tampouco se for irrelevante ou impertinente, pois então não alterará em nada o resultado da causa.*"[5]

Compulsando-se os autos, vê-se que o magistrado já formou seu convencimento com as provas documentais colhidas nos autos, o que torna dispensável qualquer prática tendente a ampliar a instrução.

Está claro que a questão controvertida limitava-se em saber se a Seguradora deveria arcar com a indenização prevista em apólice de seguro por conta da ocorrência do sinistro. Para tanto, os documentos apresentados nos autos são suficientes, não havendo necessidade de produção de outras provas, visto que não resultariam em acréscimo de informações relevantes.

E esse foi o entendimento acertado do magistrado singular, ao julgar que os documentos encartados nos autos eram suficientes para que houvesse o regular julgamento da lide. Bastava, então, que passasse a dizer qual o direito aplicável ao caso concreto.

3 **Código de Processo Civil Interpretado.** São Paulo: Atlas, 2004. p. 983.

4 **Direito Processual Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 169. v. 2.

5 Op. cit., p. 170

Ademais, para que fosse reconhecido o cerceamento de defesa, seria mister que ficasse demonstrado que a apresentação de outras provas resultaria em alteração na situação do interessado, o que não se verifica no presente caso.

Assim, constato que qualquer outra prova pleiteada que fosse eventualmente produzida seria inútil. Portanto, afasto a preliminar de cerceamento de defesa agitada pelo apelante.

Superada tal questão, passo ao mérito da demanda.

Do mérito

Acerca das circunstâncias fáticas que embasam o pleito, fazem-se necessários alguns esclarecimentos. Consta da exordial que o recorrente recebeu em empréstimo um veículo Marea ELX – Fiat –, placas HRP-6742, pertencente à Sra. Emília, que ficou na sua posse até agosto de 2008, período este em que contratou seguro na empresa recorrida, cujo seguro teria continuado a vigorar mesmo após a entrega do bem à proprietária, uma vez que ambos possuíam o mesmo perfil de contratação, o que dispensou qualquer mudança no seguro. Em 17.11.2008, o carro foi roubado, sendo que a Seguradora se negou a pagar a indenização e encerrou o seguro, sob o argumento de que o recorrente "*não possuiria cobertura securitária, pelo fato de que não teria feito declaração verdadeira ou completa, na ocasião da formalização do seguro [...]*" (f. 3). Por essa razão, o apelante ajuizou a presente ação, objetivando cobrar a indenização constante da apólice de f. 10.

O magistrado de instância singela, por conseguinte, julgou improcedente o pedido de cobrança, considerando que o recorrente não prestou declarações legítimas no ato da contratação, especialmente quando disse que era o principal condutor do veículo, o que não condiz com o fato de o bem estar na posse da proprietária quando da ocorrência do roubo. Ademais, mesmo que a informação fosse verdadeira, deixou de ser no curso do contrato, o que deveria ter sido informado à Seguradora.

Feitos tais esclarecimentos, verifica-se que o cerne da questão devolvida com o presente recurso cinge-se em saber se é devida a indenização prevista na apólice de seguro firmado entre o apelante e a apelada.

De início, esclareça-se que *in casu* incidem as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor. O artigo 2º do citado *codex* é claro ao consignar que "*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*", enquanto o artigo 3º disciplina que fornecedor "*é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*"

Já o § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor disciplina que *"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*".

Resta evidente, então, a aplicabilidade das normas consumeristas ao caso em tela, haja vista ter sido instaurada entre as partes uma relação contratual de seguro.

Não se pode olvidar que no Direito civil brasileiro vige a autonomia de vontade no negócio jurídico, devendo-se observar que essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois enfoques, quais sejam, pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou pelo prisma da escolha da modalidade do contrato.

Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes, está presente, portanto, o princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual o acordo de vontade faz lei entre as partes. A idéia de força

obrigatória dos contratos significa que, uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato e têm direitos e obrigações, não podendo se desvincular a não ser por meio de um outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (acontecimentos fáticos incontroláveis pela vontade do homem). Essa força obrigatória é reconhecida pelo Direito e se impõe ante a tutela jurisdicional.

Contudo, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato, conforme dispõem o artigo 6º, incisos IV e V, e o artigo 51, do CDC, sendo, até mesmo, possível a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, um dos direitos básicos do consumidor.

Não resta qualquer dúvida de que a vedação de prática ou inserção de cláusulas abusivas tem por fim promover a igualdade dos contratantes, busca, por conseguinte, amenizar as eventuais distorções e os desequilíbrios que decorrem da natural primazia que detêm os grandes prestadores de serviços sobre o público consumidor em geral.

De asseverar, ainda, que as normas constantes no CDC são normas de ordem pública, que tutelam interesses sociais, sendo impassíveis de derrogação pela simples convenção dos interessados, salvo se houver autorização legal expressa.

Logo, quando o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 1º, preceitua o estabelecimento de norma de ordem pública e interesse social para reger a relação de consumo, buscou o legislador proporcionar o equilíbrio dentro do qual o consumidor possa se equiparar ao fornecedor, sem que este último se valha de sua vontade para obter vantagens mediante acordos contratuais.

Dessa forma, o contrato em apreço merece ser analisado sob a ótica consumerista, inclusive com a aplicação da regra contida no artigo 47 do alhures mencionado *codex,* que determina que *"as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor"*.

Por outro lado, devem ser observadas as regras do Direito Civil no que tange aos contratos de seguro. Nos termos do artigo 757 do Código Civil *"pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados"*. E, nos termos do artigo 765 do citado *codex "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"*.

A boa-fé a que alude o referido dispositivo legal (art. 765/CC) deve ser entendida como a boa-fé objetiva, o que significa que se exige do agente cooperação na consecução dos objetivos do negócio jurídico e constitui elemento de interpretação do contrato, visando à manutenção do equilíbrio contratual e evitando enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

Vale ressaltar, ainda, que o artigo 757 do novo Código Civil permite, de forma expressa, que sejam limitados ou particularizados os riscos cobertos pelo seguro. Em decorrência disso, não responde a seguradora por outros riscos diversos. Vejamos: "*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."*

Vale notar que a particularização desses riscos não implica qualquer abusividade praticada pela seguradora, sendo, na verdade, uma forma de garantir o próprio segurado, já que a Seguradora não poderá deduzir, de termos genéricos contidos no contrato, limitações que não foram apostas de maneira expressa no instrumento contratual.

Transportando-se essas regras para o caso em epígrafe, resta evidente que, da leitura das condições gerais do contrato (f. 76-121), que, aliás, foram aceitas pelo recorrente (f. 73), o segurado perderá inteiramente o direito à garantia do seguro e à indenização se "*fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta, na taxa do prêmio, no pagamento da indenização em decorrência do sinistro ou qualquer outra alteração ocorrida mesmo na vigência da apólice, nos termos dos arts. 765 e 766 do Código Civil, tais como: [...]respostas assinaladas no questionário de avaliação de risco;*" (f. 102).

Além disso, prevê ainda que:

> Considera-se quebra do princípio da boa-fé e conseqüente perda da garantia do seguro contratado, exemplificativamente: [...]; c) deixar de comunicar, durante a vigência da apólice, a transferência de posse ou propriedade do veículo segurado; [...] g) informar como sendo principal condutor do veículo segurado pessoa diversa daquela que realmente utiliza o bem, de acordo com os critérios estabelecidos no Questionário de Avaliação de Risco; h) deixar de informar quaisquer alterações ou omitir circunstâncias relativas aos dados constantes da proposta e do Questionário de Avaliação de risco [...] (f. 102).

Veja que o apelante tinha plena noção destes termos do contrato, e mesmo assim se declarou como o principal condutor do carro, que, como alegou na exordial, apenas estava emprestado para ele, tanto que o teria devolvido em agosto de 2008, vale dizer, alguns meses antes do sinistro. É de se observar que no ato da contratação ele nem mencionou a propriedade do carro, que estava apenas emprestado para ele.

E mesmo que ele fosse o principal condutor à época da contratação, caberia a ele informar a seguradora da alteração desta situação. Nem se diga que a mudança na apólice não era necessária, levando-se em conta a similitude do perfil do segurado e da proprietária do carro. O argumento é frágil. Lembre-se que, para o contrato de seguro as características pessoais do segurado é de suma importância, inclusive no tocante à diferença de gêneros, uma vez que as Seguradoras se orientam de acordo com estatísticas, o que denota a relevância das condições como idade, sexo, dentre outras.

Ora, o fato de a empresa não ser avisada da realidade dos termos do pacto, a toda evidência, vicia sua declaração de vontade, que na certa seria outra caso tivesse ciência da verdade.

Como bem decidiu o juiz singular "*considerando que as informações feitas pelo segurado determinam o objeto do contrato, os riscos que pelo acordo ficaram assegurados e a taxa do prêmio a pagar, na proporção das possibilidades do sinistro, entendo que quando falsas ou não correspondentes à realidade, viciam a declaração da vontade do segurador, influenciando a validade do seguro, de modo que a recusa ao pagamento é perfeitamente amparada nestes casos*" (f. 145).

Portanto, visto que o recorrente não apresentou as informações exatas acerca da sua verdadeira condição ante o bem objeto do seguro, tenho que a razão está com a Seguradora em se negar a pagar a indenização prevista na apólice.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM AS PRELIMINARES, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Fernando Mauro Moreira Marinho e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 12 de julho de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.021989-2 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – ITCD – DOAÇÃO DE DINHEIRO – INCIDÊNCIA – DINHEIRO – BEM MÓVEL – EXPRESSA PREVISÃO DO CTE DE INCIDÊNCIA SOBRE QUAISQUER BENS OU DIREITOS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO POR EQUIDADE – PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CAUSA – POSSIBILIDADE – REDUÇÃO – DESCABIMENTO – FIXAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM O ART. 20 DO CPC – RECURSO DESPROVIDO.

Há incidência de ITCD sobre doação de dinheiro, uma vez que o dinheiro é bem móvel, de maneira que há incidência de ITCD quando o Código Tributário Estadual expressamente prever o fato gerado sobre "quaisquer bens e direitos".

[...] no juízo de equidade, o magistrado deve levar em consideração o caso concreto em face das circunstâncias previstas no art. 20, § 3º, alíneas "a", "b" e "c", do CPC, podendo adotar como base de cálculo o valor da causa, o valor da condenação ou arbitrar valor fixo. [...] (STJ, REsp n. 1.163.913, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ de 18.12.2009, p. 1394).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de agosto de 2011.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Ana Claudia Zamban Andrighetti e Leonardo Zamban, irresignados com a sentença que, nos autos referentes à ação anulatória de débito fiscal por eles movida contra Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente o pedido, interpõe recurso de apelação (f. 68-79), objetivando a sua reforma.

Inicialmente, informam que receberam doação de dinheiro de seu genitor no ano de 2007, sendo que, em atenção ao princípio do *tempus regit actum*, deve ser aplicada ao caso a legislação vigente no exercício de 2007.

No mérito propriamente dito, argumentam que "*anteriormente à vigência da Lei Estadual n. 3.477, de 20 de dezembro de 2007, a doação de dinheiro não estava contemplada no tipo tributário apto a ensejar a incidência o ITCD, situação que revela a inexistência da ocorrência do fato jurídico tributário por ausência de previsão legal específica – princípio da tipicidade cerrada.*" (f. 71).

Defendem que a interpretação da Constituição Federal de 1988, bem como da legislação aplicável ao caso não permite a interpretação do termo "bens" para abarcar o termo "dinheiro".

Nesse passo, garantem não ter realizado o fato jurídico tributário do ITCD, de maneira que não poderiam ser considerados sujeitos passivos do imposto.

Ainda visualizam ofensa aos princípios da anterioridade e da irretroatividade da legislação tributária, uma vez que *"a Lei Estaudual n. 3.477, de 20 de dezembro de 2007, que alterou a redação do § 2º, do art. 121, da Lei n. 1.810/97 (CTE/MS), foi publicada no diário oficial do Estado em 20.12.2007, de forma que pela aplicação do princípio da anterioridade, somente poderia produzir efeitos a partir do primeiro dia do exercício seguinte e, mesmo que superado este óbice, o princípio da anterioridade nonagesimal desloca a vigência e eficácia da lei para 90 (noventa) dias depois da sua publicação."* (f. 75)

Alternativamente, pleiteia redução dos honorários advocatícios, requerendo sua fixação no forma do art. 20, § 4º, do CPC.

Rematam, pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de reformar a sentença e julgar inteiramente procedente a pretensão. Alternativamente, pede que os honorários sejam minorados e fixados com base no art. 20, § 4º, do CPC.

Contrarrazões às f. 86-94, debatendo-se pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Ana Claudia Zamban Andrighetti e Leonardo Zamban, irresignados com a sentença que, nos autos referentes à ação anulatória de débito fiscal por eles movida contra Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente o pedido, interpõe recurso de apelação (f. 68-79), objetivando a sua reforma.

Inicialmente, informam que receberam doação de dinheiro de seu genitor no ano de 2007, sendo que, em atenção ao princípio do *tempus regit actum*, deve ser aplicada ao caso a legislação vigente no exercício de 2007.

No mérito propriamente dito, argumentam que "*anteriormente à vigência da Lei Estadual n. 3.477, de 20 de dezembro de 2007, a doação de dinheiro não estava contemplada no tipo tributário apto a ensejar a incidência o ITCD, situação que revela a inexistência da ocorrência do fato jurídico tributário por ausência de previsão legal específica – princípio da tipicidade cerrada.*" (f. 71).

Defendem que a interpretação da Constituição Federal de 1988, bem como da legislação aplicável ao caso não permite a interpretação do termo "bens" para abarcar o termo "dinheiro".

Nesse passo, garantem não ter realizado o fato jurídico tributário do ITCD, de maneira que não poderiam ser considerados sujeitos passivos do imposto.

Ainda visualizam ofensa aos princípios da anterioridade e da irretroatividade da legislação tributária, uma vez que *"a Lei Estaudual n. 3.477, de 20 de dezembro de 2007, que alterou a redação do § 2º, do art. 121, da Lei n. 1.810/97 (CTE/MS), foi publicada no diário oficial do Estado em 20.12.2007, de forma que pela aplicação do princípio da anterioridade, somente poderia produzir efeitos a partir do primeiro dia do exercício seguinte e, mesmo que superado este óbice, o princípio*

da anterioridade nonagesimal desloca a vigência e eficácia da lei para 90 (noventa) dias depois da sua publicação." (f. 75)

Alternativamente, pleiteia redução dos honorários advocatícios, requerendo sua fixação no forma do art. 20, § 4º, do CPC.

Rematam, pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de reformar a sentença e julgar inteiramente procedente a pretensão. Alternativamente, pede que os honorários sejam minorados e fixados com base no art. 20, § 4º, do CPC.

Pois bem, a controvérsia trazida a lume cinge-se em verificar a (i)legalidade da exigência fiscal ora impugnada, qual seja, a falta de recolhimento do ITCD (imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos) incidente sobre a doação de dinheiro, recurso financeiro, no valor de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) para cada um dos apelantes.

Consoante narrado na inicial e incontroverso nos autos, "*os autores receberam no calendário de 2007, em doação do seu genitor, a quantia de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) cada um, em dinheiro*" (f. 3), sendo que o Estado entendeu ser devida a incidência do ITCD, porquanto a doação de dinheiro seria fato gerador do aludido imposto.

Consoante relatado, os apelantes defendem que *"a doação de dinheiro não estava contemplada no tipo tributário apto a ensejar a incidência o ITCD, situação que revela a inexistência da ocorrência do fato jurídico tributário por ausência de previsão legal específica – princípio da tipicidade cerrada."* (f. 71).

Efetivamente, a legislação aplicável à espécie, é aquela que estava vigente ao tempo da doação, isto é, no exercício financeiro do ano de 2007, a qual continha o seguinte teor:

> Art. 121. [...] § 2º - Entende-se como quaisquer bens ou direitos, os bens imóveis e os direitos a ele relativos, os móveis, tais como, os semoventes, mercadorias e qualquer parcela do patrimônio que for passível de mercancia ou de transmissão, mesmo que representados por títulos, ações, quotas, certificados, registros ou qualquer outro bem ou documento [...] (Código Tributário Estadual – redação da Lei n. 1.810/97)

A toda evidência, percebe-se claramente que o termo "dinheiro" não está expressamente previsto na legislação acima.

Contudo, tenho que, ainda que não estivesse expressamente previsto o termo dinheiro, o instituto se afigura aplicável ao caso dos autos, uma vez que a lei expressamente prevê a incidência do tributo em questão sobre quaisquer bens e direitos, aí se incluindo os bens móveis.

Ora, dinheiro encaixa-se perfeitamente na definição de bem móvel, que, por sua vez, está dentro do conceito de quaisquer bens ou direitos, conforme a legislação vigente ao tempo da doação.

No ponto, trago as lições de Arnaldo Rizzardo, segundo o qual o dinheiro se trata de bem móvel, senão vejamos:

> Os bens móveis definem como aqueles que, sem alteração de sua substância ou da destinação econômico-social podem ser deslocados ou removidos de um lugar para outro. Duas as formas de deslocamentos ou remoção: ou por força própria, isto é, através de movimento próprio, que se verifica nos animais, denominando-se, então, semoventes; e por força alheia, compreendendo os demais bens, sendo coisas inanimadas, como as máquinas, os motores, os veículos, os materiais de construção, as mercadorias ou os objetos

> colocados no comércio para a venda, as moedas ou dinheiro em cédulas, os títulos da dívida pública, as ações de companhias, os enfeites, os adornos, as peças de vestuário, e, assim, uma infinidade de coisas. (**Parte geral do Código Civil**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. Rio De Janeiro: Forense, 2005. p. 351-2)

Assim, é de se concluir que, sendo o dinheiro bem móvel e fungível, o Código Tributário do Estado já previa a incidência do imposto sobre a doação de dinheiro, sendo este bem móvel e parcela do patrimônio passível de transmissão.

Prosseguindo, tal qual assentado pelo magistrado sentenciante "*não há que se analisar o conflito de leis no tempo, pois, mesmo antes da Lei n. 3.477 de 20.12.2007, já havia previsão legal (CTE) para embasar a cobrança do tributo em questão*." (f. 62)

Por fim, vejo que a verba honorária já fora fixada nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, senão vejamos: "*Condeno os Requerentes ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) do valor atribuído à causa (CPC, art. 261, § único), nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil."* (f. 62)

Ora, no que diz respeito à verba honorária, é sabido que, em se tratando de demanda na qual não houve condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil, consoante apreciação equitativa, observando o disposto nas alíneas "a", "b" e "c" do §3º do mencionado dispositivo processual.

Para tanto, *"[...] no juízo de equidade, o magistrado deve levar em consideração o caso concreto em face das circunstâncias previstas no art. 20, § 3º, alíneas "a", "b" e "c", do CPC, podendo adotar como base de cálculo o valor da causa, o valor da condenação ou arbitrar valor fixo. [...]"* (STJ, REsp n. 1.163.913, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ de 18.12.2009, p. 1394).

Dessa forma, a adoção de percentual sobre o valor da causa é perfeitamente admissível.

In casu, nem se diga que o montante de 20% sobre o valor da causa (R$ 11.500,00), ou seja, R$ 2.300,00 (dois mil e trezentos reais) afigura-se exacerbado, pois, na realidade, o valor é compatível com a natureza, importância e dificuldade da causa, encontrando-se em consonância com os §§ 4º e 3º do art. 20 do CPC, razão por que não merece ser minorado o *quantum*.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Revisor)

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível Ordinário contra sentença proferida pelo Juízo da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente o pedido inicial, nos autos de Ação Anulatória de Débito Fiscal.

Acompanho o preclaro relator, para negar provimento ao recurso interposto por Ana Claudia Zamban Andrighetti, a fim de manter a sentença proferida pelo magistrado singular, uma vez que coaduno com o entendimento de que, ainda que não esteja expressamente previsto o termo "dinheiro" no § 2º do art. 121 do Código Tributário Estadual, o dispositivo afigura-se aplicável ao caso dos autos, uma vez que a lei expressamente prevê a incidência do ITCD sobre quaisquer bens e direitos, aí se incluindo os bens móveis, como dinheiro.

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

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Fernando Mauro Moreira Marinho e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 23 de agosto de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.024457-2 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – TRANSPORTE AÉREO – *OVERBOOKING* – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – AFASTADA – MÁ-PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – DEVER DE INDENIZAR – DANOS MORAIS VERIFICADOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO OBEDECE AOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE – JUROS DE MORA – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – DATA DA CITAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens ou prestação de serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente da existência de culpa.

Presentes os requisitos delineados no artigo 186 do Código Civil, surge o dever de indenizar.

O dano se opera por força do simples fato da violação a um dos direitos da personalidade, *in casu,* a honra. Como já dito, trata-se do dano moral puro. Ocorrido o fato danoso e estando presentes os pressupostos legais que ensejam a responsabilidade civil, exsurge o dever de indenizar.

A quantificação dos danos morais deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade do ofensor bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

Os juros de mora, em casos de responsabilidade contratual, são contados a partir da citação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de agosto de 2011.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

TAM Linhas Aéreas S/A, irresignada com a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial da ação de indenização por danos morais proposta por Elza Gonçalves Dória Passos**,** interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma do *decisum*.

No apelo de f. 82-94, salienta que, pelas normas da Anac, em caso de voo internacional, deveria a passageira comparecer com pelo menos duas horas de antecedência, o que não foi feito pela recorrida.

Enfatiza que "*diferentemente do que foi alegado pela autora, não foi realizado o check in no dia anterior, tendo em vista que a autora deveria despachar malas, o que impede até mesmo o check in eletrônico, por meio da internet. Aliás, a própria autora afirma que realizou o check in quando chegou ao aeroporto, apesar de em outros momentos dizer o contrário*" (f. 86).

Assevera que os outros passageiros que compareceram com antecedência para realizar o *check in* não podem ser penalizados pela desídia do passageiro atrasado, razão pela qual este é remanejado para outro voo.

Destaca que, mesmo tendo a recorrida perdido sua poltrona por desídia, a empresa recorrente conseguiu acomodá-la, o que denota sua diligência e boa-fé.

Sustenta que o atraso no voo foi dentro dos limites toleráveis, vale dizer, menos do que quatro horas, o que dispensa providências da companhia no sentido de fornecer assistência aos passageiros.

Menciona que a empresa não deve ser responsabilizada quando o atraso ocorreu por questões de segurança, visando ao benefício dos próprios passageiros.

Insurge-se contra o pedido de danos morais, enfatizando que não houve qualquer dor moral, pois "*não houve tristeza, sofrimento e principalmente humilhação alegada pelo demandante*" (f. 90). Acrescenta que meros aborrecimentos não configuram danos morais.

Impugna o *quantum* indenizatório fixado, dizendo que o valor foi demasiado elevado em relação aos meros aborrecimentos sofridos pela apelada.

Diz que os juros de mora devem ser contados da data da citação, e não do evento danoso.

Ao final, pede o conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada a sentença vergastada, julgando-se improcedentes os pedidos formulados na inicial. Contudo, caso não seja este o entendimento, pede a redução do *quantum* indenizatório.

Intimada, a apelada apresentou suas contrarrazões (f. 101-22), pedindo o não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por TAM Linhas Aéreas S/A, irresignada com a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial da ação de indenização por danos morais proposta por Elza Gonçalves Dória Passos.

No apelo de f. 82-94, salienta que, pelas normas da Anac, em caso de voo internacional, deveria a passageira comparecer com pelo menos duas horas de antecedência, o que não foi feito pela recorrida.

Enfatiza que "*diferentemente do que foi alegado pela autora, não foi realizado o check in no dia anterior, tendo em vista que a autora deveria despachar malas, o que impede até mesmo o check in eletrônico, por meio da internet. Aliás, a própria autora afirma que realizou o check in quando chegou ao aeroporto, apesar de em outros momentos dizer o contrário*" (f. 86).

Assevera que os outros passageiros que compareceram com antecedência para realizar o *check in* não podem ser penalizados pela desídia do passageiro atrasado, razão pela qual este é remanejado para outro voo.

Destaca que, mesmo tendo a recorrida perdido sua poltrona por desídia, a empresa recorrente conseguiu acomodá-la, o que denota sua diligência e boa-fé.

Sustenta que o atraso no voo foi dentro dos limites toleráveis, vale dizer, menos do que quatro horas, o que dispensa providências da companhia no sentido de fornecer assistência aos passageiros.

Menciona que a empresa não deve ser responsabilizada quando o atraso ocorreu por questões de segurança, visando ao benefício dos próprios passageiros.

Insurge-se contra o pedido de danos morais, enfatizando que não houve qualquer dor moral, pois "*não houve tristeza, sofrimento e principalmente humilhação alegada pelo demandante*" (f. 90). Acrescenta que meros aborrecimentos não configuram danos morais.

Impugna o *quantum* indenizatório fixado, dizendo que o valor foi demasiado elevado em relação aos meros aborrecimentos sofridos pela apelada.

Diz que os juros de mora devem ser contados da data da citação, e não do evento danoso.

Ao final, pede o conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada a sentença vergastada, julgando-se improcedentes os pedidos formulados na inicial. Contudo, caso não seja este o entendimento, pede a redução do *quantum* indenizatório.

Intimada, a apelada apresentou suas contrarrazões (f. 101-22), pedindo o não provimento do recurso.

Por primeiro, fazem-se necessários alguns registros sobre a questão fática posta à apreciação.

Consta na exordial que, na data de 14.5.2010, a apelada, pessoa idosa e com dificuldades de deambular, pois já teve um joelho operado, além de ter joanetes em ambos os pés, realizaria voos com a empresa recorrente, de Campo Grande para São Paulo e depois de lá para Milão. Buscando garantir seu conforto, adquiriu bilhete que lhe garantia viajar na classe executiva, contando, ainda, com serviço de cadeiras de rodas. Também para seu conforto, fez o *check in* um dia antes da viagem. O voo de Campo Grande para São Paulo ocorreu com atraso, por causa de problemas mecânicos na aeronave, por isso teve de aguardar por mais de três horas antes de embarcar. Já em São Paulo, foi conduzida de cadeiras de rodas por um funcionário da empresa à sala VIP. Porém, quase perdeu o voo, porque o funcionário não veio resgatá-la para embarcar, o que a obrigou a se dirigir correndo ao avião, já na última chamada para o embarque, mesmo com toda sua dificuldade para andar. Já no avião, constatou que outra pessoa ocupava seu lugar, tendo enfrentado longa discussão com os funcionários da empresa, onde, em vários momentos, foi ameaçada de ser retida da aeronave, porque não tinha lugar para ela no voo e porque não queria sair do avião para viajar no dia seguinte, já que perderia um compromisso social em Milão (casamento), além de ter de viajar em classe inferior e menos confortável. Depois de muito constrangimento e tempo de espera, é que o problema foi solucionado, e a viagem ocorreu, conforme deveria ter sido desde o início, com a passageira acomodada em sua poltrona, na classe executiva, que possui uma estrutura melhor para uma pessoa de sua idade e com sua condição física. Por essa razão, ajuizou a presente ação, objetivando ser reparada por danos morais.

O juiz singular, por conseguinte, reconheceu a responsabilidade da empresa aérea, ora recorrente, condenando-a ao pagamento de danos morais no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Após atenta análise dos autos, vê-se que a recorrente devolveu as seguintes questões para serem apreciadas por esta Corte: (1) se os fatos narrados são passíveis de gerar a responsabilização da apelante por danos morais, visto que a culpa seria da recorrida, que chegou para embarcar atrasada e não realizou o *check in*; (2) se há danos morais indenizáveis e (3) se o *quantum* indenizatório deve ser reduzido; (4) qual o termo inicial para incidência dos juros de mora.

Pois bem, não se pode olvidar que o caso em tela reflete uma relação de consumo, e que os danos afirmados na inicial são decorrentes da má-prestação de serviço ofertado ao consumidor, restando evidente a conduta imprudente da empresa aérea em não adotar providências para evitar ou amenizar os danos sofridos pela apelada.

Consequentemente, deve ser aplicada a teoria do risco do empreendimento, prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

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

Assim, o CDC, atento aos novos rumos da responsabilidade civil, consagrou a responsabilidade civil objetiva do prestador de serviços, prescindindo do elemento culpa para que haja o dever de indenizar, tendo em vista, especialmente, o fato de vivermos, hoje, em uma sociedade de produção e de consumo em massa, responsável pela despersonalização ou desindividualização das relações entre produtores, comerciantes e prestadores de serviços, em um polo, e compradores e usuários do serviço, no outro.[1]

Nos termos do art. 14 do CDC, a responsabilidade do prestador de serviços é objetiva, respondendo o fornecedor pela reparação dos danos que causou aos usuários do serviço por defeitos decorrentes dos serviços que lhes presta independentemente de culpa.

Atendendo ao mandamento trazido pelo dispositivo legal acima referido, temos que todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens ou prestação de serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente da existência de culpa.

A obrigação de prestar o serviço, adequadamente, é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança. Assim, a recorrente, ao oferecer o serviço de transporte aéreo, tem a obrigação de zelar por uma prestação de serviço boa, eficiente e que não gere riscos ou prejuízos aos seus clientes.

A apelante, ao disponibilizar passagem aérea à recorrida, comprometeu-se a transportá-la na hora, condições e local marcados, por isso deveria ter cumprido a contento com sua obrigação.

No caso dos autos, é de se ver que a recorrida demonstrou que realizou corretamente o *check in* de todos os voos, um dia antes do embarque (f. 23), ficando para o dia da viagem apenas a obrigação de despachar as bagagens. Assim, é injustificável que a empresa tenha colocado outra pessoa em seu lugar, além de ter se descurado das cautelas no procedimento de embarque de pessoa idosa e com limitação para se locomover, cujo tratamento diferenciado havia sido devidamente solicitado.

Ademais, nem se diga que há falar em excludente de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima, já que restou evidente que ela agiu com toda cautela exigível de um passageiro. O problema da venda de passagens em quantidade superior à capacidade da aeronave é responsabilidade da empresa, que deve arcar com os danos causados por sua conduta imprudente. Neste sentido, colhem-se julgados do STJ:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. *OVERBOOKING*. ATRASO DE VÔO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DANO PRESUMIDO. VALOR REPARATÓRIO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO. CONTROLE PELO STJ. PEDIDO CERTO.
>
> I - É cabível o pagamento de indenização por danos morais à passageiros que, por causa de *overbooking*, só conseguem embarcar várias horas depois, tendo inclusive que concluir a viagem à sua cidade de destino por meio de transporte rodoviário, situação que

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil:** Doutrina, Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 389.

> lhes causou indiscutível constrangimento e aflição, decorrendo o prejuízo, em casos que tais, da prova do atraso em si e da experiência comum.
>
> II – Inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto, o que, na espécie, ocorreu, não se distanciando o quantum arbitrado da razoabilidade.
>
> Recurso não conhecido. (REsp n. 567.158/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 25.11.2003, DJ de 8.3.2004, p. 254).
>
> CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATRASO DE VÔO (24 HORAS). EXCESSO DE LOTAÇÃO NO VÔO (*OVERBOOKING*). DANO MORAL. VALOR. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. CDC. PREVALÊNCIA.
>
> I. Inobstante a infraestrutura dos modernos aeroportos ou a disponibilização de hotéis e transporte adequados, tal não se revela suficiente para elidir o dano moral quando o atraso no vôo se configura excessivo, a gerar pesado desconforto e aflição ao passageiro, extrapolando a situação de mera vicissitude, plenamente suportável.
>
> II. Diversamente do atraso de vôo decorrente de razões de segurança, que, ainda assim, quando muito longo, gera direito à indenização por danos morais, a prática de *overbooking*, constituída pela venda de passagens além do limite da capacidade da aeronave, que é feita no interesse exclusivo da empresa aérea em detrimento do direito do consumidor, exige sanção pecuniária maior, sem contudo, chegar-se a excesso que venha a produzir enriquecimento sem causa.
>
> III. Recurso especial em parte conhecido e parcialmente provido. (REsp n. 211.604/SC, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 25.3.2003, DJ de 23.6.2003, p. 372).

Sendo assim, se a empresa de transporte não agiu com cautela no momento da venda dos bilhetes, está demonstrada sua responsabilidade para com os danos advindos de sua ação.

Visto isso, passo a discorrer sobre os danos morais propriamente ditos.

Vale registrar que, no caso dos autos, o dano se opera por força do simples fato da violação a um dos direitos da personalidade, *in casu,* a honra. Como já dito, trata-se do dano moral puro, ou seja, ocorrido o fato danoso e estando presentes os pressupostos legais que ensejam a responsabilidade civil, exsurge o dever de indenizar.

Com muita clareza, preleciona Carlos Roberto Gonçalves:

> O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe in re ipsa. Trata-se de presunção absoluta [...].[2].

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul assim se posicionou, *in verbis*:

> Em relação à prova do dano moral, ela se torna desnecessária, pois a lesão em si já demonstra sua existência. É ilógico exigir a demonstração de algo imaterial; daquilo que habita a alma da pessoa. Exigir que o lesado prove seu dano moral equivale a uma sentença de improcedência, no mais das vezes. Faz prova do dano moral o fato que o originou e não do dano propriamente dito, pois este é presumido. (TJMS, AC n. 1000.064522-5, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 23.6.2003).

2 **Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 552.

Nem se diga que a situação narrada nos autos importou em mero aborrecimento. Como bem lembrou o juiz singular "*no caso, restou evidente o constrangimento a que foi injustamente submetida a autora, a qual, além de enfrentar o atraso do vôo ainda em Campo Grande, não foi atendida corretamente pelos funcionários da ré no aeroporto de São Paulo, assim como quase foi obrigada a retirar-se da aeronave que a levaria para Milão, em razão da evidente prática de 'overbooking'.*" (f. 76 - verso).

Aliás, a respeito da matéria, seguem julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. *OVERBOOKING*. ATRASO DE VÔO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DANO PRESUMIDO. VALOR REPARATÓRIO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO. CONTROLE PELO STJ. PEDIDO CERTO.
>
> I - É cabível o pagamento de indenização por danos morais à passageiros que, por causa de *overbooking*, só conseguem embarcar várias horas depois, tendo inclusive que concluir a viagem à sua cidade de destino por meio de transporte rodoviário, situação que lhes causou indiscutível constrangimento e aflição, decorrendo o prejuízo, em casos que tais, da prova do atraso em si e da experiência comum.
>
> II – Inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto, o que, na espécie, ocorreu, não se distanciando o quantum arbitrado da razoabilidade.
>
> Recurso não conhecido. (STJ, REsp n. 567.158/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 25.11.2003, DJ de 8.3.2004, p. 254).
>
> Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Atraso em vôo internacional. Dano moral. Demonstração do prejuízo. Excludente de responsabilidade. Reexame de prova.
>
> I – Cabível a indenização por danos morais sofridos por passageiro em virtude de atraso de 10 horas em vôo internacional, caso em que é razoável o valor fixado em 5.000 francos Poincaré. Via de regra, a prova do fato e das circunstâncias do atraso é suficiente para que se forme a convicção acerca do desconforto, dor ou aflição do passageiro.
>
> II – É inviável o recurso especial para que seja demonstrada a ocorrência de excludentes de responsabilidade já afastada no acórdão recorrido. Aplicação da Súmula n. 7 desta Corte.
>
> III – Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 197.808/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 5.6.2001, DJ de 25.6.2001, p. 169).

Apenas para que não passe sem registro, insta salientar que a indenização aqui é devida não apenas como forma de reparar o sofrimento causado ao consumidor, mas também como meio de punir a prestadora de serviços de transporte aéreo, servindo como advertência para que esses fatos não mais ocorram. Em virtude disso, a indenização, no caso, é medida que se impõe.

Visto isso, passo à discussão sobre a quantificação dos danos morais.

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

A respeito do tema, Arnaldo Rizzardo cita Carlos Roberto Gonçalves e faz o seguinte balizamento:

> Carlos Roberto Gonçalves aponta os seguintes critérios: 'a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva'[3].

São esses os critérios comumente citados pela doutrina e jurisprudência. Portanto a quantificação deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores, bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

Considerando tais parâmetros, entendo que a importância fixada pelo douto juiz sentenciante em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) não se apresenta excessiva ou desproporcional, deve, portanto, ser mantida.

Por fim, quanto ao termo *a quo* para incidência dos juros de mora, deve-se esclarecer que referido encargo contará a partir de quando o devedor ficou em mora.

A apelante pretende que os juros incidam da data da citação. O juiz *a quo,* por outro lado, fixou como termo a data do evento danoso.

In casu, estamos diante de responsabilidade contratual, já que a empresa aérea violou dever jurídico com origem em contrato firmado com a recorrida, no momento em que ela adquiriu o bilhete aéreo.

Neste caso, os juros de mora deverão contar da data da citação, consoante jurisprudência do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO CONTRATUAL. JUROS MORATÓRIOS TERMO INICIAL. CITAÇÃO.
>
> 1. Há responsabilidade contratual nos casos em que o dever jurídico violado tenha origem em contrato ou negócio jurídico firmado pelo indivíduo.
>
> 2. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros moratórios incidirão a partir da citação (artigo 219 do CPC e artigo 405 do Código Civil), e a correção monetária pertinente ao valor dos danos morais, a partir de sua fixação.
>
> 3. Agravo regimental provido para, reconsiderando decisão anterior, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. (AgRg no REsp n. 1229864/MG, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 24.5.2011, DJ de 1.6.2011).
>
> PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO NO VÔO. CODECOM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TRANSPORTADOR AÉREO.
>
> AGÊNCIA DE TURISMO. CULPA NÃO COMPROVADA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 07/STJ.
>
> 1. O Tribunal de origem considerou não restar comprovado nos autos nenhuma responsabilidade da empresa prestadora de serviço/pacote de viagem (Brasil Caribe Tour)

3 **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.270.

> no atraso da decolagem do vôo da VASP, Belo Horizonte-São Paulo, que acarretou a perda da conexão, vôo da "Aerocancun", São Paulo-Havana. Como salientou o v. acórdão, "ao que emerge dos autos, a segunda apelante foi apenas prestadora do serviço/pacote de viagem, não podendo ser responsabilizada pelo controle operacional das aeronaves da VASP, e, por óbvio, pela parte técnica, ou seja, pelo defeito ou quebra da aeronave que conduziria os apelados para São Paulo, fato que teria motivado o atraso na decolagem".
>
> 2. O valor indenizatório do dano moral foi fixado pelo Tribunal com base na verificação das circunstâncias do caso e atendendo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Destarte, há de ser mantido o quantum reparatório, eis que fixado em parâmetro razoável, assegurando aos lesados justo ressarcimento, em incorrer em enriquecimento sem causa.
>
> 3. A teor da jurisprudência desta Corte, tratando-se, *in casu*, de responsabilidade contratual, os juros moratórios incidem a partir da citação. Precedentes.
>
> 4. Esta Corte consolidou entendimento consoante o qual, nas indenizações por dano moral, o termo *a quo* para a incidência da correção monetária é a data em que foi arbitrado o valor.
>
> Precedentes.
>
> 5. A pretensão de revisão da verba honorária, fixada nas instâncias ordinárias, exige, necessariamente, reexame de circunstâncias fáticas trazidas aos autos, o que é vedado pelo enunciado sumular n. 07/STJ.
>
> 6. Recurso não conhecido. (REsp n. 797.836/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 2.5.2006, DJ de 29.5.2006, p. 263).

Assim, tenho que nesse ponto assiste razão à recorrente, já que, seguindo orientação jurisprudencial majoritária, é a partir da citação, em caso de responsabilidade contratual, que passará a incidir os juros de mora, ponto em que a sentença merece reparo.

Diante de todo o exposto, conheço do recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento tão somente a fim de determinar que o termo inicial para contagem de juros de mora é a partir da citação. No mais, mantenho inalterado o *decisum* vergastado.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Revisor)

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível Ordinário contra decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos de Indenização por Danos Morais n. 001100574522.

O magistrado *a quo* julgou procedente o pedido inicial, identificando a prática de *overbooking* e, observando o sentido punitivo pelo ilícito praticado, condenou a apelante ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 25.000,00, acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da data do evento danoso, com atualização monetária pelo IGP-M/FGV, a partir da sentença.

Acompanho o douto relator, conhecendo do apelo e dando-lhe parcial provimento especialmente para determinar que o termo inicial dos juros de mora seja a partir da citação.

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

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Fernando Mauro Moreira Marinho e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 30 de agosto de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2009.017859-9 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO – IMÓVEL COM USUFRUTO DE 50% EM FAVOR DO EX-MARIDO – ACORDO DECORRENTE DE DIVÓRCIO – TERMO FINAL DO USUFRUTO INDEFINIDO – ART. 112 DO CC – DECLARAÇÃO DE VONTADE – MAIORIDADE DOS FILHOS – CESSAÇÃO DO MOTIVO QUE ORIGINOU O USUFRUTO – ART. 1.410 DO CC – ALIENAÇÃO DO IMÓVEL DEVIDA – RECURSO PROVIDO.

De acordo com o art. 112 do Código Civil, "*Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.*"

Verificado que não era intenção da parte deixar em usufruto vitalício em favor do ex-cônjuge, a parcela que lhe pertence de imóvel objeto de meação, por ocasião do divórcio, mas somente até o advento da maioridade dos filhos, a alienação judicial do bem é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de julho de 2011.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Trata-se de recurso de apelação interposto por Maria Alice Franco de Camargo em face da sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de extinção de condomínio c/c alienação judicial em hasta pública proposta em desfavor de Altair Soares Pereira, julgou improcedentes os pedidos autorais.

Em suas razões recursais sustenta, em síntese, que restou evidente que o juízo *a quo* presumiu e interpretou de forma errônea o acordo celebrado entre as partes, motivo pelo qual a sentença deve ser reformada, reconhecendo o direito da apelante em alienar o imóvel objeto do litígio, resguardando assim, os 50% que lhe pertencem.

Contrarrazões pugnando pelo não conhecimento do recurso, ante a ausência de pedido de nova decisão, o afronta o inciso III do art. 514 do CPC. No mérito, pugna pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado por Maria Alice Franco de Camargo na ação de extinção de condomínio c/c alienação judicial em hasta pública proposta em desfavor de Altair Soares Pereira.

A prefacial de não conhecimento do recurso suscitada pelo apelado não merece guarida.

Da leitura das razões recursais interpostas pela apelante é perfeitamente possível se extrair os nomes e qualificação das partes; os fundamentos de fato e de direito; e o pedido de nova decisão, atendendo, assim, aos requisitos mencionados no art. 514 do CPC.

Desse modo, rejeito a preliminar.

Extrai-se dos autos que a autora, ora apelante, ingressou em juízo com a presente demanda, alegando que possui em condomínio com o requerido, ora apelado, o imóvel residencial n. 20, localizado na quadra 3, no loteamento Jardim Flamboyant, nessa Capital, originário de uma Ação de Divórcio Direto n. 001.06.123214-0, que tramitou perante a 3ª Vara de Família da Capital, na qual foi homologado acordo realizado entre as partes.

Em sentença, o douto magistrado singular rejeitou o pedido autoral, sob o fundamento de que:

> Analisando os autos, verifico que a requerente trata a questão apenas como uma extinção de condomínio. Contudo as provas carreadas aos autos demonstram a existência de usufruto.
>
> [...]
>
> Como não se fixou o prazo de duração do usufruto, no acordo celebrado em juízo, deve-se entendê-lo como usufruto vitalício.
>
> [...]
>
> Não se verificando as causas de extinção do usufruto, previstas no artigo 1.410 do Código Civil, não há motivo que justifique o pedido da requerente.

Em suas razões recursais, sustenta a apelante que restou evidente que o juízo *a quo* presumiu e interpretou de forma errônea o acordo celebrado entre as partes, motivo pelo qual a sentença deve ser reformada, reconhecendo o direito da apelante em alienar o imóvel objeto do litígio, resguardando assim, os 50% que lhe pertencem.

Entendo que a irresignação recursal merece prosperar.

Conforme se infere dos autos, pretende a apelante ver reconhecido seu direito de alienar 50% do imóvel objeto do litígio que lhe pertence, resultante de acordo homologado por ocasião do divórcio das partes.

Referido acordo, na parte que interessa, restou assim assentado:

> f) Acordaram em relação à partilha dos bens da seguinte forma:
>
> O único bem imóvel do casal será partilhado em 50%, sendo que o usufruto caberá ao varão.

> I - Ao cônjuge varão caberá:
>
> a) 50% (cinqüenta por cento) do imóvel descrito no item 1, bem como o usufruto do mesmo.

Como se percebe, as partes não fixaram termo final de duração do usufruto.

De acordo com o art. 112 do Código Civil, *"Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem."*

Comentando mencionado dispositivo, a renomada doutrinadora Maria Helena Diniz elucida que, *"Como todo ato negocial decorre de ato volitivo, que almeja a consecução de certo objetivo, criando, baseado em lei, direitos e impondo deveres, essa declaração de vontade requer uma interpretação, ante o fato de haver a possibilidade de o negócio conter cláusula duvidosa ou qualquer ponto controvertido."* (**Código Civil Anotado**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, p. 154).

Transportando esses ensinamentos para o caso dos autos, é possível se extrair que, não obstante a ausência de termo final do usufruto, não era intenção das partes, ao menos da apelante, que este fosse vitalício, como entendeu o nobre magistrado singular, mas tão somente enquanto o apelado permanecesse com a guarda dos filhos do casal.

Corrobora com esta assertiva o documento de f. 14, intitulado "Resposta à notificação para manifestação do direito de preferência" e datado de novembro de 2007, no qual o apelado consigna que *"manifesto aqui o meu desinteresse na aquisição da parte oferecida, e até mesmo pela venda do imóvel a terceiros, por ser o bem imóvel, indivisível, e mais,* ***considerando que é o lar dos nossos filhos, ainda menores e incapazes****."*

Ora, a toda evidência, fosse a intenção das partes deixar o imóvel em usufruto para o apelado pelo resto de sua vida, teriam elas simplesmente acordado que não haveria meação do bem, deixando sua totalidade em favor do varão, o que não ocorreu.

Da análise do caderno processual, é possível se extrair, ainda, que, dos três filhos do casal, o mais novo completará 20 anos de idade no próximo dia 10 de junho, possuindo o mais velho 24 anos (f. 16). Assim, passados sete anos da separação de fato do casal, a alegação de que os filhos são menores e incapazes já não mais prospera.

O art. 1.410 do Código Civil dispõe que:

> O usufruto extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis:
>
> [...]
>
> IV – pela cessação do motivo de que se origina;
>
> [...].

No caso dos autos, tenho que o mencionado dispositivo é de aplicação inconteste, na medida em que, não tendo sido fixado termo final para a duração do usufruto, este se extingue pela cessação do motivo de que se originou, ou seja, pelo advento da maioridade dos filhos que estavam sob a guarda do cônjuge varão.

Deste modo, poderá o apelado, querendo, exercer seu direito de preferência na aquisição dos 50% do imóvel objeto do litígio pertencente à apelante, ou, caso contrário, deverá o imóvel ser avaliado judicialmente e levado à hasta pública, cabendo 50% do valor da alienação a cada uma das partes litigantes.

Ante o exposto, conheço o recurso e dou-lhe provimento para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido formulado na inicial, determinando a avaliação judicial do imóvel objeto do litígio, dando ao apelado o direito de exercer a preferência na aquisição dos 50% do imóvel pertencente à apelante, ou, caso contrário, deverá o imóvel ser levado à hasta pública, cabendo 50% do valor da alienação a cada uma das partes litigantes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Ruy Celso Barbosa Florence e Josué de Oliveira.

Campo Grande, 26 de julho de 2011.

***

Primeira Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2009.031137-1 - Capital
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ABONO DE PERMANÊNCIA – INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA – HIPÓTESE DE RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS – ART. 543-C DO CPC – CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL N. 1.192.556/PE, ESCOLHIDO COMO PARADIGMA – JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL – SEGURANÇA DENEGADA.

Na hipótese de reexame de Recurso Especial sobrestado, é cabível a retratação por parte da Corte de origem nos casos em que o acórdão por esta prolatado for divergente do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recurso Especial escolhido como paradigma.

No julgamento do Recurso Especial n. 1.192.556/PE, submetido ao rito dos recursos repetitivos, previsto no art. 543-C da lei adjetiva, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento no sentido de que há incidência de Imposto de Renda sobre a vantagem pecuniária denominada "abono de permanência", prevista no § 19º do art. 40 da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, denegar a segurança. Ausente, por férias, o 2º vogal.

Campo Grande, 4 de julho de 2011.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Maria Rita do Nascimento impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato administrativo praticado pelo Secretário de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul consubstanciado na incidência de Imposto de Renda sobre abono de permanência.

Esta Seção Cível, por unanimidade e em conformidade com o parecer, concedeu a segurança pleiteada na inicial, a fim de declarar o direito da impetrante ao percebimento integral do abono de permanência, reconhecendo a não incidência do Imposto de Renda sobre tal parcela.

Desse acórdão, o Estado de Mato Grosso do Sul interpôs Recurso Especial e Recurso Extraordinário, de modo que o primeiro ficou suspenso, tendo em vista a multiplicidade de recursos com fundamento em

idêntica questão de direito e idêntica controvérsia, consoante disposto no art. 543-C, § 1º, do Código de Processo Civil.

Posteriormente, o eminente Vice-Presidente deste Sodalício, em virtude do julgamento do representativo da controvérsia do Recurso Especial n. 1.192.556/PE, determinou a remessa dos autos a esta Seção Cível, para os fins de direito.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de ação mandamental impetrada por Maria Rita do Nascimento com pedido de liminar contra ato administrativo praticado pelo Secretário de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul consubstanciado no desconto de Imposto de Renda sobre abono de permanência.

Dispõe o art. 543-C do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008, a qual trata dos Recursos Especiais repetitivos:

> Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.
>
> § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.
>
> § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.
>
> § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais, a respeito da controvérsia.
>
> § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.
>
> § 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º, terá vista o Ministério Público, pelo prazo de quinze dias.
>
> § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os *habeas corpus*.
>
> § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:
>
> I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

> II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.
>
> § 8º Na hipótese do inciso II do § 7º, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.
>
> § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.192.556/PE, escolhido como paradigma para analisar matéria acerca de incidência ou não de Imposto de Renda sobre o abono de permanência, tendo como relator o Ministro Mauro Campbell Marques, aos 25 de agosto de 2010, decidiu a controvérsia nos seguintes termos:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ABONO DE PERMANÊNCIA. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA.
>
> 1. Sujeitam-se incidência do Imposto de Renda os rendimentos recebidos a título de abono de permanência a que se referem o § 19º do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional n. 41/2003, e o art. 7º da Lei n. 10.887/2004. Não há lei que autorize considerar o abono de permanência como rendimento isento.
>
> 2. Recurso especial provido.

Como se vê, a Corte Superior, no julgamento do Recurso Especial em questão, submetido ao rito dos recursos repetitivos, previsto no art. 543-C da lei adjetiva, transcrito alhures, sedimentou o entendimento no sentido de que incide Imposto de Renda sobre a vantagem pecuniária denominada "abono de permanência", instituída pela Emenda Constitucional n. 41/2003, ao acrescentar o § 19º ao art. 40 da Carta Política, a seguir reproduzido:

> § 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.

Diante disso, considerando que este Tribunal de Justiça, no julgamento deste mandado de segurança, proferido às f. 120-6, concedeu a segurança pleiteada na exordial, a fim de declarar o direito da impetrante ao percebimento integral do abono de permanência, reconhecendo a não incidência do Imposto de Renda sobre tal parcela, nos moldes do art. 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil, cabe a esta Egrégia Primeira Seção Cível exercer juízo de retratação do julgado prolatado nestes autos, a fim de retificar o acórdão, acolhendo o entendimento sedimentado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os rendimentos recebidos a título de abono de permanência a que se refere o art. 40, § 19º, da Constituição Federal de 1988, ficam sujeitos à incidência de Imposto de Renda.

Posto isso, aplicando o juízo de retração, nos termos do inciso II do § 7º do art. 543-C do Estatuto Processual Civil, denego a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 2º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Rêmolo Letteriello, Hildebrando Coelho Neto e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 4 de julho de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.021163-5 - Fátima do Sul
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ALIENAÇÃO JUDICIAL – AGRAVOS RETIDOS – INÉPCIA DA INICIAL – CERCEAMENTO DE DEFESA – AGRAVOS IMPROVIDOS – MÉRITO – CONDOMÍNIO – BEM IMÓVEL INDIVISÍVEL – POSSÍBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO AQUISITIVA (USUCAPIÃO) – EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO – ACOLHIDA – POSSE MANSA, PACÍFICA, CONTÍNUA E COM *ANIMUS DOMINI* COMPROVADA – RECURSO PROVIDO.

Se não estão presentes quaisquer das condições inseridas no parágrafo único do art. 295 do Código de Processo Civil, não há falar em inépcia da inicial.

Não há falar em cerceamento de defesa quando a contradita arguida em depoimento prestado no juízo deprecado e não conhecido por este, for afastada e analisada pelo juízo deprecante.

Nos termos do art. 1320 do CC, *"A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão"*.

Entretanto, verificado na hipótese a ocorrência de usucapião do bem indivisível, impossível proceder à alienação judicial do bem, sob pena de tolher o direito à defesa de quem obteve a posse mansa, pacífica, contínua e com ânimo de dono.

O acolhimento da exceção de usucapião aquisitiva enseja a improcedência da ação de alienação judicial do condômino que a promove tardiamente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido e, no mérito, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de setembro de 2011.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Francisco Pinheiro recorre da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Fátima do Sul, que julgou procedente o pedido formulado na ação de alienação judicial ajuizada por Rose Mary dos Santos, declarando inexistente a usucapião e determinando a alienação judicial, em hasta pública, mediante prévia avaliação do bem objeto da lide.

Arguiu, em preliminar, que sejam julgados os agravos retidos interpostos às f. 144-7 e 176-8. No mérito, sustenta, em síntese, que exerce a posse mansa, pacífica, de boa-fé e contínua do imóvel discutido na peça inicial por mais de 12 (doze) anos, deve, portanto, ser deferida a exceção do pedido de usucapião. Aduz, outrossim, que a escritura pública de f. 7 não é verídica, uma vez que a própria apelada/autora confessou, em seu depoimento prestado na fase judicial, que não negociou o bem discutido no presente feito com a pessoa de Antônio Paulo Amorim e Zahr Ahmad Salim Salem, logo, não há falar que ela possui o domínio de 50% (cinquenta por cento) da mencionada propriedade. Alternativamente, pede para que seja ressarcido pelas benfeitorias realizadas no imóvel. Ao final, requer seja dado provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de ação de alienação judicial ajuizada por Rose Mary dos Santos em desfavor de Francisco Pinheiro, sob o argumento de que, no dia 10 de maio de 2006, adquiriu 50% (cinquenta por cento) do imóvel descrito na peça inaugural de Antônio Paulo de Amorim, sendo que os outros 50% (cinquenta por cento) pertencem ao requerido. Alegou que o referido bem é indivisível. Afirmou, ainda, que o réu não quer vender a sua parte nem comprar a outra. Em razão disso, objetivou a avaliação da propriedade, bem como a sua alienação judicial e divisão do dinheiro auferido entre os condôminos.

O magistrado de instância singela, afastando a questão da usucapião insurgida pelo réu, julgou procedente o pedido formulado na exordial, determinando a alienação judicial do bem discutido, mediante prévia avaliação.

Dessa decisão apela o requerido, arguindo, em preliminar, que sejam julgados os agravos retidos interpostos às f. 144-7 e 176-8. No mérito, sustenta, em síntese, que exerce a posse mansa, pacífica, de boa-fé e contínua do imóvel discutido na peça inicial por mais de 12 (doze) anos, devendo, portanto, ser deferido a exceção do pedido de usucapião. Aduz, outrossim, que a escritura pública de f. 7 não é verídica, uma vez que a própria apelada/autora confessou, em seu depoimento prestado na fase judicial, que não negociou o bem discutido no presente feito com a pessoa de Antônio Paulo Amorim e Zahr Ahmad Salim Salem, logo, não há falar que ela possui o domínio de 50% (cinquenta por cento) da mencionada propriedade. Alternativamente, pede para que seja ressarcido pelas benfeitorias realizadas no imóvel.

Passo a apreciar os agravos retidos, reiterados nas razões de apelação do recorrente.

Aduz o agravante que a petição inicial é inepta, uma vez que a narração dos fatos é confusa, bem como falta causa de pedir.

No tocante à inépcia da inicial, cumpre frisar que o parágrafo único do artigo 295 do Código de Processo Civil dispõe que:

> Art. 295. [...].
>
> Parágrafo Único. Considera-se inepta a petição inicial quando:
>
> I – lhe faltar pedido ou causa de pedir;
>
> II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;
>
> III – o pedido for juridicamente impossível;
>
> IV – contiver pedidos incompatíveis entre si.

Compulsando os autos, não se vislumbra a ocorrência de nenhum dos itens acima mencionados, uma vez que a petição inicial descreve de forma clara e objetiva os fatos, a causa de pedir e o pedido, não dificultando a defesa por parte do agravante, mesmo porque este apresentou sua peça de defesa rebatendo todos os argumentos da autora/agravada, portanto não há falar em inépcia da inicial.

Ainda, alega o agravante que o processo é nulo, por cerceamento de defesa, visto que o juízo deprecado deixou de conhecer a contradita arguida em audiência.

O defensor do agravante apresentou contradita ao testemunho de Antônio Paulo de Amorim nos seguintes termos: *"foi ele quem vendeu o imóvel questionado neste feito"* (f. 201).

Ressalte-se que o juízo da Comarca de Dourados-MS assim se manifestou sobre a referida contradita:

> Nego conhecimento a contradita, pois, à luz da combinação dos art. 130, 132, 405, § 4º, 414, § 1º, mais o disposto no art. 209, II, sempre do digesto de formas cíveis, ao juiz deprecante compete decidir a questão. Primeiro, porque é destinatário da prova. Ao depois, porque como tal, somente a ele é dado dizer se a pessoa arrolada pode ser dispensada da oitiva que previamente deferira. Isso sem ouvir que a regular produção probatória se afigura como direito matéria-processual, em face de sua inegável e umbilical relação com as garantias substanciais atinentes, constantes da Carta de Outubro.

Na hipótese em análise, é imperioso mencionar que o fato alegado foi negado pela testemunha e que a contradita foi apreciada pelo juiz *a quo* quando da sentença (f. 292), com o seguinte fundamento:

> Improcede a alegação de que a testemunha tenha interesse na causa. De fato, a questão em tela nestes autos não tem qualquer reflexo sobre a venda efetuada por Antônio Paulo de Amorim à ora autora, pois tudo foi feito por escritura publica, estando quitado o negócio entre ambos. Assim, não se encontra a testemunha em nenhum dos casos que a tornem impedida de depor ou lancem suspeitas sobre seu depoimento. O valor probante de seu testemunho deve ser devidamente considerado, quanto a cada fato em questão.

Como se vê, a contradita arguida no juízo deprecado foi devidamente apreciada e afastada pelo juízo deprecante, logo, o depoimento prestado por Antônio Paulo de Amorim não possui qualquer irregularidade, muito menos causou qualquer prejuízo às partes, razão pela qual não há falar em nulidade do processo por cerceamento de defesa.

Ante o exposto, nego provimento aos agravos retidos.

No tocante ao mérito, extrai-se do presente feito que o imóvel em discussão integrava o acervo hereditário de Carlos Farinha e de sua esposa Tereza Palhano Farinha, os quais, no dia 16 de maio de 1995, cederam 100% (cem por cento) para o requerido, ora apelante, Francisco Pinheiro, a propriedade do mencionado bem, conforme Escritura de Cessão de Direitos Hereditários de f. 59.

Nota-se, também, que, no dia 22 de junho de 2005, a viúva Tereza Palhano Farinha, a título de pagamento de honorários advocatícios, adjudicou 50% (cinquenta por cento) do referido imóvel para Antônio Paulo de Amorim, conforme consta no registro de matrícula de f. 132.

Verifica-se, ainda, que Antônio Paulo de Amorim, posteriormente, vendeu o correspondente aos 50% (cinquenta por cento) adjudicado para a requerente/apelada Rose Mary dos Santos, a qual tentou adquirir a parte pertencente ao apelante ou alienar a sua porção para este, sem obter êxito, razão pela qual manejou a presente demanda.

Dessa feita, resta evidenciado que o caso em tela trata-se de um condomínio existente entre o recorrente e a apelada de um bem imóvel residencial indivisível.

De fato, não há dúvidas de que ao condômino é dado o direito de requerer a extinção do condomínio a qualquer tempo, nos termos do que dispõe o *caput* do art. 1.320 do Código Civil: "*A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão*."

Em se tratando de imóvel indivisível, como no caso dos autos, aplica-se o disposto no art. 1322 do mesmo *Codex*, que prevê:

> Quando a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior.

Feitas essas considerações, passo a analisar as alegações do apelante no que concerne à exceção de usucapião.

Observa-se que tanto a doutrina como a jurisprudência já assentaram posicionamento no sentido de ser juridicamente possível o pedido de usucapião que recaia sobre bem em regime de condomínio, desde que a posse seja localizada individualmente dentro do todo.

Nesse sentido, é a lição trazida por Arnaldo Rizzardo ao afirmar que *"o bem em condomínio presta-se a ser usucapido se localizada individualmente a posse dentro do todo [...]"* (**Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 253).

Também é este o ensinamento de Francisco Eduardo Loureiro, *in verbis*:

> Ainda no que se refere ao objeto, o entendimento dos tribunais é caber usucapião entre condôminos no condomínio tradicional, desde que seja o condomínio *pro diviso*, ou haja posse exclusiva de um condômino sobre a totalidade da coisa comum. Exige-se, em tal caso, que a posse seja inequívoca, manifestada claramente aos demais condôminos, durante todo o lapso temporal exigido em lei. Deve estar evidenciado aos demais comunheiros que o usucapiente não reconhece a soberania alheia ou a concorrência de direitos sobre a coisa comum. (**Código Civil Comentado**. Coordenado por Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007. p. 1.061).

Por oportuno, trago à colação os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. USUCAPIÃO. CONDOMÍNIO. SÚMULA N. 7/STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO HOSTILIZADA PELAS SUAS RAZÕES E FUNDAMENTOS. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> I - Esta Corte firmou entendimento no sentido de ser possível ao condômino usucapir se exercer posse exclusiva sobre o imóvel.
>
> [...] Agravo improvido. (STJ, AgRg no Ag n. 731.971/MS, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 23.9.2008, DJ de 20.10.2008).
>
> USUCAPIÃO. CONDOMÍNIO. PODE O CONDOMINO USUCAPIR, DESDE QUE EXERÇA POSSE PROPRIA SOBRE O IMÓVEL, POSSE EXCLUSIVA. CASO, PORÉM, EM QUE O CONDOMINO EXERCIA A POSSE EM NOME DOS DEMAIS CONDOMINOS. IMPROCEDENCIA DA AÇÃO (COD. CIVIL, ART. 487 E 640).

> 2. ESPÉCIE EM QUE NÃO SE APLICA O ART. 1.772, PARAGRAFO 2º DO CODIGO CIVIL.
>
> 3. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (STJ, REsp n. 10.978/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 25.5.1993, DJ de 9.8.1993, p. 15228).

Outro não é o posicionamento desta Egrégia Corte de Justiça, senão vejamos:

> APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO – EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – ÁREA EM CONDOMÍNIO – AFASTADA – POSSIBILIDADE DESDE QUE A POSSE SEJA EXCLUSIVA – ART. 1.238 DO CC/2002 – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – CERCEAMENTO DE DEFESA – SENTENÇA NULA – RECURSO PROVIDO.
>
> O condômino pode usucapir, desde que exerça posse própria e exclusiva sobre o imóvel, de forma mansa e pacífica, pelo lapso temporal de 15 anos, nos termos do artigo 1.238 do Código Civil/2002, e, sendo assim, o pedido é juridicamente possível.
>
> [...]
>
> Recurso provido. (TJMS, AC n. 2006.000387-7, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 26.6.2006).

No caso dos autos, verifica-se que o imóvel que se pretende usucapir é uma residência. Logo, é evidente que se trata de parcela determinada e que pode ser localizada individualmente dentro do todo, sendo perfeitamente passível de usucapião.

Por outro lado, não há dúvidas de que a usucapião pode ser alegada como matéria de defesa pelo réu, inclusive em ação de alienação judicial, como no caso *sub judice*, cujo entendimento já se encontra consolidado no Superior Tribunal de Justiça, onde a construção jurisprudencial foi erigida à edição da Súmula n. 237, a qual assenta que: *"O usucapião pode ser arguido em defesa"*.

A exceção de usucapião, por neutralizar os efeitos da propriedade, há de vir comprovada de forma inequívoca nos autos, cumprindo ao réu demonstrar posse pacífica, ininterrupta, sem oposição e com *animus domini* sobre o bem, modo de adquirir o domínio, após o decurso do lapso previsto em lei.

Com efeito, a testemunha de Edson Luiz dos Santos Silva, em seu depoimento de f. 181, declarou que:

> Pelo que soube, é Francisco Pinheiro o proprietário do imóvel em questão. Nunca li o registro imobiliário, sei isto porque os filhos de Francisco Pinheiro me falaram. Não sei se Rose Mary dos Santos tem algum negócio envolvendo esta casa. Desde 1992, eu freqüento esta casa, época em que entrou na casa Francisco Pinheiro. Eu presenciei Francisco Pinheiro entrar na posse da casa, sem oposição de ninguém. Francisco Pinheiro comprou esta casa de Carlão ou do filho de Carlão. Desde 1995 ou 1996, Francisco Pinheiro mora nesta casa com os filhos dele. Reconheço a casa em que Francisco Pinheiro mora como sendo a retratada nas fotografias. (f. 105-10).

Corroborando, Paulo de Oliveira Martins, à f. 182, afirmou que:

> Reconheço a casa retratada nas fotografias (f. 105-10), que fica na frente da minha. Desde 1996, nela mora Francisco Pinheiro, com seus filhos Cristiane e Clodoaldo. Nesse período, ninguém mais morou nesta casa, ninguém tirou Francisco Pinheiro dela. Fiquei sabendo em Vicentina que Francisco Pinheiro comprou esta casa de Tereza Palhano, que era dona do Supermercado Oliveira. O marido dela era Carlão, de nome Carlos Farinha.

> Não presenciei o negócio, nem o pagamento. Assim que Carlão e Tereza saíram desta casa, Francisco Pinheiro nela entrou. Conheço Rose Mary dos Santos, mas nunca soube que ela tivesse algum envolvimento com esta casa.

Sérgio Roberto da Rocha (f. 183) relatou que:

> Reconheço a casa retratada nas fotos (f. 105-10), na qual mora Francisco Pinheiro há cerca de dez anos. Antes de Francisco, ali morava Carlos Farias e sua mulher Tereza. Quando Carlos e Tereza saíram, Francisco entrou na casa imediatamente. Os comentários na cidade foi de que Francisco havia comprado a casa [...]. Que eu saiba, nunca ninguém tentou tirar Francisco da casa, não sei se ele paga aluguel da casa.

Reforçando, Arlindo Andrade Silva (f. 247) narrou que:

> [...] conhece o requerido Francisco Pinheiro, porque residia em Vicentina, onde tem parentes até hoje, comparecendo no local amiúde. Pelo que sabe, o requerido tem um imóvel em Vicentina há mais de 10 anos, uma residência com muitas janelas, que foi reformada há cerca de 4 anos e onde a família (dele) reside até hoje. Nunca ouviu qualquer menção à venda, empréstimo com garantia.

Elza dos Passos Miranda (f. 265) declarou que:

> [...] conhece o requerido há mais de vinte anos, porque seus familiares são vizinhos do requerido; pelo que tem conhecimento o requerido comprou o imóvel indicado na exordial há mais de quinze anos e ali reside com sua família; há uns cinco anos atrás o requerido fez uma reforma na casa da área indicada na exordial, melhorando as dependências do banheiro e da sala, pintou a casa e trocou as tubulações [...]; ao longo do período que conhece o requerido a autoria nunca usufruiu do imóvel descrito na inicial [...]; ao longo dos quinze anos em que o requerido mora no imóvel indicado na inicial a depoente nunca viu ou ouviu dizer que a requerente tenha reivindicado a sua posse ou propriedade sobre o bem.

Pelos depoimentos das testemunhas arroladas nos autos não restam dúvidas de que o requerido/apelante teve a posse mansa, pacífica e contínua da propriedade em discussão no presente feito por mais de 10 (dez) anos, com *animus domini*, uma vez que residiu no imóvel com sua família, tendo, inclusive, realizado a reforma na propriedade. Além disso, a requerente/apelada em nenhum momento questiona a posse do recorrente.

Por oportuno, vale esclarecer que a alegação de exceção de usucapião somente possui o condão de levar a eventual improcedência do pleito inicial, não gerando título declaratório apto à aquisição do domínio.

Nesse sentido, já se pronunciou a Corte Superior:

> AÇÃO REIVINDICATÓRIA. DEFESA. USUCAPIÃO. AQUISIÇÃO DO DOMÍNIO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1 - Uma vez julgada improcedente ação de reivindicação, diante de defesa cifrada na ocorrência de usucapião (súmula n. 273 do Supremo Tribunal Federal) não há que se pretender a transcrição do imóvel em nome dos beneficiários da prescrição aquisitiva, posto que isto apenas é possível após o ajuizamento da ação própria. 2. Precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 139.126/PE). 3 - Recurso especial não conhecido. (REsp n. 725.222/MT, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 28.6.2005).

Assim sendo, o acolhimento da tese de defesa, fundada na prescrição aquisitiva, com a consequente improcedência da ação de alienação judicial, não implica a imediata transcrição do imóvel em nome do prescribente que, para tanto, deverá se valer do procedimento adequado para obter reconhecimento judicial do domínio.

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, em reformando a sentença, julgar improcedente a pretensão inicial, invertendo-se o ônus da sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Dorival Renato Pavan e Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 6 de setembro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.000992-3 - Chapadão do Sul
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – SEPARAÇÃO JUDICIAL C/C PARTILHA DE BENS – SIMULAÇÃO COMPROVADA – ART. 333, I, CPC – INTUITO DIMINUIR O PATRIMÔNIO PARA PREJUDICAR O DIREITO HEREDITÁRIO DO AUTOR – NULIDADE DA PARTILHA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA – APRECIAÇÃO EQUITATIVA – *QUANTUM* REDUZIDO – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

In casu, os elementos dos autos (fáticos e probatórios) confirmam a versão do autor de que o ato de separação e a respectiva partilha de bens foram atos simulados, para prejudicar o seu direito hereditário, razão pela qual reconhecida a sua nulidade pela sentença *a quo*, esta deve ser mantida, nos termos do art. 167 do CC.

Tendo em vista o zelo e o tempo despendido pelo profissional, bem como a importância e o valor da causa, a fixação dos honorários pelo juiz não se mostra correta, autorizando, por equidade, sua redução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de setembro de 2011.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Espólio de Guerino Luiz Cecatto (representado) e outro, inconformados com a r. sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de da Comarca de Chapadão do Sul nos autos da ação de anulatória promovida por Thiago Queiroz Cecatto (representado), que rejeitou as preliminares de inépcia da inicial, impossibilidade jurídica do pedido e defeito da representação processual; e no mérito, julgou procedente o pedido inicial e determinou a anulação da partilha efetivada nos autos da Separação Judicial ocorrida no Processo n. 046.02.001775-3, devendo os bens nela descritos ser considerados comuns do casal, para fins de direitos hereditários do autor, ora apelado, e ainda condenou os requeridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 70.000,00 (setenta mil reais), interpõem o presente recurso Apelação Cível, visando a sua reforma, aduzindo, para tanto, que não há falar em simulação da separação judicial (consensual) objeto dos Autos n. 046.02.001775-3, visto que, como demonstrado, esta foi motivada e deu-se de fato e nos moldes do que prescreve os ditames legais, formal e material, vigente à época; e muito menos, em ilicitude do objeto, já que fundada em motivo lícito, previsto em lei.

Sustentam que o autor, ora apelado, não se desincumbiu de provar os fatos narrados na inicial (art. 333, I, CPC), visto que, em nenhum momento nos autos, seja por documentos, seja por testemunhos, restou demonstrado, com evidência, que o *de cujus* e sua ex-esposa estivessem em comum acordo para lesar o herdeiro legítimo, como quer acreditar o apelado.

Esclarecem que as provas carreadas ao processo são seguras a demonstrar que o Sr. Guerino, apresentava lucidez absoluta até nos dias próximos à sua morte, a qual se deu quatro anos depois da separação, bem como que a Sra. Wanda não era sustentada pelo seu ex-marido.

Ressaltam que a não realização do divórcio se explica pelo fato de que, embora desfeita a sociedade conjugal pela qual se pôs fim à obrigação de coabitação, e era isso que importava naquele momento, em especial à esposa traída, ao casal aquele (o divórcio) era despiciendo, já que nenhum dos dois pretendia contrair novo matrimônio.

Asseveram que não há falar em nulidade da partilha, já que esta, assim como a separação, se realizou, por ato *inter vivos*, por acordo de vontade das partes, sem vício de consentimento, com objeto lícito, nos moldes legais, e sem a intenção de lesar direito de terceiros.

Ponderam que, como já afirmado, a partilha dos bens do casal, decorrência da separação judicial, deu-se dentro dos ditames legais vigentes à época, enfrentou o crivo do Ministério Público e, ao final, foi devidamente homologada pelo juízo da causa, sem qualquer oposição de quem quer que seja, razão pela qual recai em favor dela a presunção de veracidade (art. 334, IV, CPC).

Por fim, alega que a r. sentença também deve ser reformada, a fim de reduzir a verba fixada a título de honorários de sucumbência, já que o valor arbitrado se mostra exorbitante, razão pela devem ser revistos com a finalidade de serem fixados em valores condizentes com a praxe.

O apelado ofertou contrarrazões ao recurso, pugnando pelo seu improvimento (f. 256-70).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 276-81 dos autos, no sentido de que, ante a falta de interesse indisponível, a sua intervenção no presente feito não se justifica.

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de apelo interposto pelo Espólio de Guerino Luiz Cecatto (representado) e outro, objetivando a reforma da r. sentença, a fim de julgar improcedente a pretensão inicial, ante a prova irrefutável da licitude dos atos de separação judicial e partilha de bens, e, via de consequência, que seja reconhecida a inexistência da alegada simulação, ou, caso não seja esse o entendimento, requer a redução do valor dos honorários advocatícios de sucumbência, já que fixados em valor exorbitante.

Colhe-se dos autos que o apelado intentou a presente ação anulatória em desfavor do Espólio de Guerino Luiz Cecatto e Wanda Cecatto, ora apelantes, visando à nulidade da partilha efetivada nos Autos da Separação Judicial Consensual n. 046.02.001775-3 (f. 47), sob o fundamento de que a referida ação teve como objetivo diminuir o patrimônio do *de cujus* e prejudicar o autor, fruto de uma relação extraconjugal daquele, na partilha com os demais irmãos, já que os bens do casal foram divididos de forma a favorecer a ex-esposa do falecido, que ficou com o maior patrimônio, ou pouco menos que 70% do total do patrimônio.

Assim, a questão cerne dos autos cinge-se em verificar se a separação consensual havida entre o *de cujus* e sua ex-esposa, ora apelante, é ou não um ato simulado.

A respeito da simulação de Silvio Rodrigues discorre que:

> A simulação é, na definição de Beviláqua, uma declaração enganosa da vontade, visando (a) produzir efeito diverso do ostensivamente indicado. Negócio simulado, portanto, é aquele que oferece uma aparência diversa do efetivo querer das partes. Estas fingem um negócio que na realidade não desejam. Encontram-se aí os elementos básicos caracterizadores da simulação, pois nela é elementar a existência de uma aparência contrária à realidade. Tal disparidade é produto da deliberação dos contraentes. De fato, a simulação caracteriza-se quando duas ou mais pessoas, no intuito de enganar terceiros, recorrem a um ato aparente, quer para esconder um outro negócio que se pretende dissimular, quer para fingir uma relação jurídica que nada encobre. Trata-se, portanto, de uma burla, intencionalmente construída em conluio pelas partes que almejam disfarçar a realidade enganando terceiros. (*in* **Direito Civil**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 216. v. 1).

Ainda, na lição de Arnaldo Rizzardo, encontra-se a característica marcante da simulação:

> É feita no sentido de iludir terceiros. Os ajustes aparentam ser positivos e certos, mas formam negócios jurídicos fantasiosos, imaginários, não queridos pelos interessados, como na hipótese de uma doação instrumentalizada através de escritura de compra e venda. 'É elemento necessário do suporte fático de qualquer dos incisos do art. 102 (CC) que haja a intenção de prejudicar terceiros, ou de violar regra jurídica, ou que se dê tal prejuízo ou violação'. (**Contratos**. Rio de Janeiro: Aide, 1988. p. 187. v. 1).

Dos conceitos supra, conclui-se que a prova da existência do vício de simulação segue a regra geral do art. 333, I, do CPC, ou seja, incumbe a quem alega e a quem o seu reconhecimento aproveite, no caso em tela, ao autor, ora apelado.

Acerca da prova da simulação, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido como indícios de sua existência:

> a) as relações de parentesco, de amizade íntima e a coabitação dos contraentes (ESPÍNOLA, obr. cit., p. 564; AC da Côrte de Apelação, de 29 de abril de 1921, na Revista de Direito, vol. 60, p. 575);
>
> b) as condições econômicas do adquirente, reconhecidamente sem recursos para solver as obrigações decorrentes do contrato (ESPÍNOLA, obr. cit., pág. 365; AC da Côrte de Apelação, cit., Revista do Direito, vol. 60, pág. 575; Ac. da Relação de Minas, na Revista Forense, volume 35, página 249);
>
> c) a quantidade e natureza dos bens alienados, dispondo o vendedor, de preferência dos melhores e mais valiosos, daqueles que devia ter interesse em conservar, sem que se conheça uma justa causa para tal procedimento (ESPÍNOLA, obr. cit., pág. 365);
>
> d) a inexecução do contrato simulado, principalmente a continuação do alienante na posse e administração dos bens aparentemente alienados (ESPÍNOLA, obr. cit., pág. 365);
>
> e) a própria maneira porque se conduzem as partes na constituição do contrato, as cautelas tomadas, a clandestinidade do processo etc. (ESPÍNOLA, obr. cit., 365);
>
> f) datas emendadas e não consciência dos valores, justificativos do emprego do produto de alienação revelam, também a simulação (Fórum, vol. 7, pág. 436);
>
> g) não justificativa do emprego do dinheiro, que se diz ter recebido, em conseqüência do contrato (AC da Corte de Apelação, de 12 de abril de 1921, na Revista de Direito, volume 60, página 571);

> h) o preço ínfimo da aquisição (AC da revelação de Minas, de 29 de outubro de 1924, na Revista Forense, volume 44, página 98);
>
> i) o preço exagerado, revelador do desinteresse pelo seu dinheiro, por parte do comprador. (**Código Civil Brasileiro Interpretado**, Freitas Bastos, 10. ed., II/407/408)

Partindo desses pressupostos, no caso vertente, a simulação sustentada pelo autor, ora apelado, contrária à tese dos apelantes, restou suficientemente comprovada, já que calcada em fortes indícios e na robusta produção de provas (documentais e testemunhais) que atestam que o *de cujus* e sua esposa estavam de comum acordo ao dispor de forma desigual os bens, a fim de lesar o apelado.

Da análise do conjunto fático probatório trazido para os autos por ambas as partes, compartilho do entendimento da magistrada *a quo* no sentido de que a simulação existiu para fraudar o direito do apelado, filho de uma relação extraconjugal do d*e cujus*, à partilha dos bens, de forma igualitária aos demais herdeiros, seus irmãos, senão vejamos:

> Restou claro, no exame dos autos, que o *de cujus* e sua esposa estavam de comum acordo para dispor de forma desigual os bens e lesar o herdeiro ilegítimo.
>
> Não só pela disparidade de divisão dos bens, onde coube na separação consensual pouco mais que 30% do patrimônio do casal ao *de cujus*, utilizando-se de táticas como a nomeação irreal de valor dos bens para desviar a atenção para o que se passava hà época, como também pela determinação no acordo de que as dívidas pertenceriam à segunda ré, de forma a justificar a estranha divisão realizada.
>
> Além disso, os próprios documentos juntados pelos réus demonstram que as dívidas foram na verdade pagas pelo *de cujus*, conforme se vê claramente em f. 119-23, com aviso de débito das mesmas na conta corrente do Sr. Guerino.
>
> Afora a documentação probatória, as provas testemunhais, vão no mesmo sentido, onde a testemunha de f. 165 disse: "[...] **Estava dentro da sala de audiência e ouviu o irmão do autor, o que cuida dos bens, dizer, respondendo ao juiz, que seus pais estavam morando na mesma casa**. O juiz tinha indagado se os pais haviam se separado e sobre a partilha. [...] Tem também conhecimento de que o pai do autor estava doente e um dos irmãos assumiu os negócios. [...].", em f. 166, foi dito: "[...] Sabe dos fatos pelo autor e também por comentários de pessoas, como o antigo patrão de ambos. **Quanto à separação, o comentário é que esta foi só no papel, pois o pai do autor e sua esposa continuaram morando juntos até o falecimento deste**. O pai do autor devia ter 70 ou 75 anos e era bem magro, já não andando direito quando faleceu. [...] Pelo que observou, o pai do autor tinha mais afinidade com os filhos do então atual casamento, mas não sabe dizer muito bem como era a relação ente o autor e o pai. [...] Acredita que a doença do pai do autor fosse trombose.", em f. 177, a testemunha afirmou: "[...] A mãe do autor era de Cassilândia e o relacionamento do Sr. Guerino com ela era público e foi duradouro. [...] Pelo que sabe o autor é o único filho fora do casamento. Na fazenda onde o Sr. Guerino morava tinham quatro ou cinco casas, sendo uma sede e as outras dos filhos casados. [...] **Soube da separação do Sr. Guerino com a esposa, mas afirma que seguiram morando na mesma fazenda**. Não sabe porque se separaram. [...] Pouco antes de falecer, o Sr. Guerino estava em uma cadeira de rodas, e já não estava muito lúcido. [...] Que com certeza os filhos do casamento sabiam dos relacionamentos extraconjugais do Sr. Guerino. Afirma que a família inteira sabia dessas relações e a Sra. Wanda era a única que não sabia. Esta o atendeu algumas vezes, mas não perguntava do que se tratava.", a testemunha de f. 178, disse:"[...] Disse que em 2002 ou 2003 soube da separação de Guerino e Wanda, seja por Guerino, seja pelos filhos comentarem. Ela não queria mais o casamento porque tinha sido muito traída. **Seguiram morando na mesma casa**, mas porque os filhos moram em volta e Guerino ficava mais na casa dos filhos. [...].", em f. 179-80, foi relatado: "[...] **Guerino**

não era fiel e acha que a esposa sabia disso, mas que quando descobriu a existência do filho fora do casamento, não deu mais. **[...] Quando da separação, Guerino já estava doente, mas fazia todos os negócios e sabia o que estava fazendo. [...] Há uns sete ou oito anos antes do Sr. Guerino morrer este já sabia que tinha diabetes forte. Quando da separação, acredita que Guerino já estivesse na cadeira de rodas e ter amputado uma perna. Sabe que problemas de visão por Guerino evitar, por exemplo, dirigir à noite. Guerino não chegou a ficar cego. Pelo que conhece da Sra. Wanda, acredita que esta tenha continuado a cuidar, por exemplo da roupa do Sr. Guerino**, mas vida de casal não tinham mais. [...]", e em f. 181-2, a testemunha disse: "[...] **Afirma que Guerino era muito namorador, achando que a esposa tenha descoberto, daí a separação. [...] Mesmo depois da separação, seguiu o casal morando junto, afirmando que eles todos da família moram juntos. Guerino não era de aparecer publicamente com a esposa, sendo que sempre o via sozinho**. Não sabe se Guerino já estava na cadeira de rodas quando se separou da mulher, mas afirma com certeza que estava lúcido até dois ou três dias antes de morrer. Afirma que Guerino seguia tomando conta de tudo, tendo apenas dificuldade de locomoção, ao menos em 2004 e 2005, quando o depoente firmou com o mesmo um contrato de arrendamento. **Afirma que foi o filho Célio quem assinou com procuração do pai, mas que isso se deu pela dificuldade de locomoção. [...] Que certa vez Guerino comentou que "a casa tinha caído", referindo-se a ter esse filho em Cassilândia e a mulher ter descoberto**. [...] Que esteve com o Sr. Guerino aproximadamente uma semana antes do falecimento. **Ele estava de cadeira de rodas pela amputação de um membro e enxergava mal, porque tinha diabetes**. Não chegou a ficar cego e distinguia bem as pessoas, sendo apenas uma dificuldade. A sociedade sabia e comentava dessas relações extraconjugais do Sr. Guerino. Acredita que os filhos também soubessem, apenas não sabendo desde quando. Não sabe se Guerino queria a separação, apenas que partiu da Sra Wanda. Não sabe se houve divórcio".

Ou seja, pelo que se percebeu dos depoimentos, a ex-esposa do *de cujus* era totalmente dependente do marido, tanto é que, mesmo após anos de infidelidade conjugal ainda permanecia ao seu lado, e mesmo após a separação ainda cuidou dele, morando, inclusive, na mesma casa. Históricamente, os filhos tidos fora do casamento eram visto como párias na sociedade, e raramente gozavam dos mesmos privilégios que os filhos legítimos.

Pelo que as testemunhas disseram, os filhos legítimos do *de cujus* moravam em torno da casa do pai, e este conduzia a família, sempre a frente dos negócios, e portanto, é estranho que se deixasse "enganar" na partilha de bens, ficando com um percentual ínfimo de patrimônio.

Pelo que consta dos autos, os filhos legítimos do *de cujus* trabalham nas propriedades da família e o filho tido fora da união conjugal sequer podia visitar o pai. Muito provavelmente, os primeiros não se resignaram a dividir igualitariamente um patrimônio que ajudaram a formar, com "alguém" que nunca fizera parte da família, e por isso a solução encontrada fora justamente deixar para este uma ínfima parte dos bens.

Desta forma, não há dúvidas quanto à existência de simulação, evidenciada não só pelos documentos juntados aos autos, inclusive pelos réus, quanto pelos depoimentos testemunhais.(f. 225-7).

Assim, contrária à tese sustentada pelos apelantes, os elementos dos autos (fáticos e probatórios) confirmam a versão do apelado de que o ato de separação e a respectiva partilha de bens foram atos simulados, para prejudicar o direito hereditário do apelado.

Com efeito, inexiste dúvida a respeito da ocorrência de simulação no negócio jurídico, motivo pelo qual se afigura nulo, nos termos do artigo 167 do Código Civil.

Nesse sentido, consigne-se o posicionamento adotado por esta e. Corte de Justiça e demais tribunais pátrios:

> AÇÃO ANULATÓRIA DE NEGÓCIO JURÍDICO – TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEIS A DESCENDENTES POR INTERMÉDIO DE INTERPOSTAS PESSOAS – VENDA NA MESMA DATA E EM MENOS DE MÊS PELO MESMO VALOR – SIMULAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.
>
> Se demonstrado por meio de documentos e prova testemunhal que a real intenção do negócio jurídico era a transferência de imóveis a descendentes sem a anuência dos demais herdeiros, há de ser declarada a sua nulidade. (TJMS, AC n. 2010.015096-6, Quarta Turma Cível, Três Lagoas, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 29.6.2010).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL – SIMULAÇÃO – ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS – AFASTADA – INTUITO DE DOAR TERRA AO FILHO SEM CONSENTIMENTO DOS DEMAIS – IMPOSSIBILIDADE – NEGÓCIO NULO – PREQUESTIONAMENTO – NÃO-PROVIDO.
>
> *In casu*, foi produzida farta prova testemunhal, de maneira que os elementos de convicção podem ser livremente utilizados pelo magistrado, não importando quem as produziu.
>
> Conjunto probatório corrobora com a tese de simulação: A primeira escritura de compra e venda data de 16 de junho de 2003 enquanto o segundo negócio jurídico foi efetuado em 18 de julho de 2003, ou seja, apenas um mês de diferença. Os depoimentos das testemunhas e informantes são no sentido de que não existiam dívidas e, o preço pago pelo bem imóvel é muito divergente do valor de mercado. Como consequência, o negócio é nulo nos termos do artigo 167 do Código Civil.
>
> Não há necessidade de manifestação expressa sobre todos os dispositivos lançados na peça processual se o magistrado encontrou motivação suficiente para exarar a decisão. (TJMS, AC n. 2010.003506-6, Paranaíba, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, julgado em 20.7.2010).
>
> PARTILHA DE BENS. UNIÃO ESTÁVEL POSTERIOR Á SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO CUMULATIVO DE DIVISÃO DOS BENS E RECONHECIMENTO DA ENTIDADE FAMILIAR. IMÓVEL COMUM DO CASAL QUE FOI OBJETO DE NEGÓCIO SIMULADO, RECONHECIDO COMO TAL NA SENTENÇA. 1. Inexiste nulidade na sentença, que não é *extra petita*, quando a decisão está dentro dos limites postos na petição inicial, já que a parte pediu a partilha dos bens comuns amealhados pelo casal, inclusive no período em que mantiveram união estável, logo após ser decretada a separação judicial consensual. 2. Se os elementos de convicção existentes no processo evidenciam a simulação na alienação de bem comum do casal, correta a sentença ao reconhecer a nulidade do negócio jurídico entabulado e determinar a partilha igualitária do bem, que foi adquirido na constância da vida marital. 3. Tendo o casal ajustado na separação consensual a transferência de um bem imóvel aos filhos, e havendo resistência no cumprimento da obrigação, é lícita a fixação de multa para tornar efetivo o que foi ajustado. 4. Considerando que o recorrido desenvolve a atividade modesta de mestre de obras e que nada existe nos autos a demonstrar alguma pujança econômico-financeira, mostra-se correta a concessão do benefício da gratuidade. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJRS, AC n. 70028480283, Sétima Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 30.9.2009 - grifei)

> ANULATÓRIA DE NEGÓCIO JURÍDICO - ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA - CANCELAMENTO DE REGISTRO - SIMULAÇÃO - VÍCIO SOCIAL - INDÍCIOS GRAVES, PRECISOS E CONCORDANTES - PREJUÍZO AOS HERDEIROS - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL - SENTENÇA MANTIDA. O ato jurídico é por sua essência a manifestação da vontade que, exercida em sua autonomia, consolida relações de ordem jurídica e produz os efeitos conforme a norma legal atinente à espécie, assim, caso surja em sua formação conflito entre a vontade e a sua declaração há de sobreviver aquela por ser o elemento fundamental do ato jurídico. É anulável o ato jurídico por vício resultante de simulação, realizado com o objetivo de produzir efeito diverso do ostensivamente indicado. Nos casos de simulação, a prova pode assentar-se em indícios e presunções, dada a dificuldade de se obter prova direta do vício. Indícios e presunções graves, precisos e concordantes entre si, encadeando-se de maneira a permitir um juízo seguro são elementos probantes suficientes para comprovar a ocorrência da simulação e macular o negócio jurídico que justifique a sua anulação. (TJMG, AC n. 1.0309.04.004546-5/002, Décima Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Antônio de Pádua, julgado em 29.5.2008).

Por fim, quanto ao pedido de redução da verba honorária de sucumbência, assiste razão ao apelo.

De acordo com o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, desde que atendidas as alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do mesmo artigo, o que, contudo, deve ser feito com cautela, por ser essa faculdade exceção ao princípio da igualdade das partes no processo:

> Art. 20 [...].
>
> § 3º [...].
>
> a) o grau de zelo do profissional;
>
> b) o lugar de prestação do serviço;
>
> c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
>
> § 4º - Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Ao comentar sobre as referidas alíneas, ou seja, os critérios para fixação dos honorários advocatícios, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery lecionam que:

> São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levados em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. [...] (*in* **Código de Processo Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 381).

In casu, o juízo *a quo* entendeu por bem julgar procedente o pedido de anulação de partilha, condenando os apelantes ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em R$ 70.000,00 (setenta mil reais) nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

Entretanto, não obstante os atos praticados pelos causídicos da parte autora, ora apelado, entendo que o valor de R$ 70.000,00 (setenta mil reais) arbitrado a título de honorários advocatícios mostra-se exorbitante levando-se em consideração a importância da demanda, e os valores dos bens envolvidos na partilha, qual seja, R$ 637.720,00 (seiscentos e trinta e sete mil, setecentos e vinte reais), consoante cópia da petição da ação de separação (f. 24).

Contudo, não se pode perder de vista que, na hipótese dos autos, o apelado obteve êxito pelo trabalho realizado no juízo de origem, o que resultou na procedência de seu pleito. Disso resulta a necessidade de se valorar adequadamente o trabalho do advogado, a sua responsabilidade, a complexidade da demanda, o tempo exigido para a sua consecução e o serviço prestado.

Embasado nestes fatos, em razão da necessidade de aplicação de critério equitativo e visando a remunerar condignamente o trabalho desenvolvido pelo profissional da advocacia, levando ainda em consideração o grau de zelo do profissional, o tempo, o lugar e a prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado e, por fim, tendo em vista o valor da causa e a possibilidade econômica das partes, reduzo a verba honorária para a importância de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), guardando compatibilidade com os importes envolvidos na demanda, ou seja, com o bem da vida perseguido em juízo.

Nesse sentido, é a jurisprudência *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. REDUÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ NÃO APLICÁVEL NA HIPÓTESE DE EXORBITÂNCIA. VERBA REDUZIDA PARA VALOR RAZOÁVEL.
>
> 1. Nos termos do Código de Processo Civil, são cabíveis os embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Caso o desacordo seja parcial, os embargos ficam restritos à matéria objeto da divergência (art. 530 do CPC). 2. Não há interesse recursal em interpor os embargos infringentes, para fazer valer o entendimento minoritário, quando esse for desfavorável à parte recorrente. Nesses casos, não se aplica a Súmula n. 207 desta Corte. 3. É o entendimento consolidado desta Corte Superior que, em caso de exorbitância, os honorários fixados devem ser revistos. Precedentes. 4. A origem fixou em 5% sobre o valor da causa o montante devido a título de honorários advocatícios, em cada um dos quatro embargos à execução fiscal e na ação anulatória, cujo valor, desta última, é de R$ 1.600.000,00 (um milhão seiscentos mil reais). 5. Configurada a situação de exorbitância, afastando-se tal fixação do critério da equidade previsto no art. 20, § 4º, do CPC, é adequada a sua redução para 1% sobre o valor da causa. 6. Agravo regimental do Instituto Educacional de Passo Fundo não provido [...] (STJ, AgRg no REsp n. 790295/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 14.12.2010 - grifei)
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE FIANÇA – PRELIMINAR – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADA – MÉRITO – GARANTIA PRESTADA EM CONTRATO DE COMPRA E VENDA – FIANÇA – AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA – ATO ANULÁVEL POR INTEIRO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO EQUITATIVA – ART. 20, § 4º, CPC – REDUÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> [...]

> Configurado o excesso na fixação dos honorários sucumbenciais, devem ser reduzidos, tendo em vista o critério de equidade e à luz dos princípios da razoabilidade-proporcionalidade, aos termos do art. 20, § 4°, do CPC. (TJMS, AC n. 2010.033125-0, Caarapó, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 23.3.2011).

Diante destas razões, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, a fim de arbitrar os honorários advocatícios de sucumbência na importância de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, João Batista da Costa Marques e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 6 de setembro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.016207-4 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – TRANSPORTE TERRESTRE – VENDA DE PASSAGENS EM DUPLICIDADE – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DEFEITUOSO – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – DANOS MATERIAIS – RESTITUIÇÃO DO VALOR DOS BILHETES – DANO MORAL – CONFIGURADO – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – JUROS DE MORA INCIDENTES DESDE A CITAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA – A CONTAR DO ARBITRAMENTO PELA SENTENÇA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

A responsabilidade imputável ao transportador é de natureza objetiva, especialmente quando reveste da condição de empresa concessionária do serviço público de transporte e envolve relação de consumo, segundo previsão contida nos artigos 37, § 6º, da Constituição Federal, 734 do Código Civil e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

A venda de passagens de ônibus em duplicidade gera desgaste, dissabor e frustração àquele que, ao embarcar, depara-se com outra pessoa ocupando a poltrona que adquiriu, pouco importando o tratamento cortês dispensado pela empresa rodoviária, que oferece outros assentos disponíveis no veículo de viagem.

Se o juiz *a quo* fixa a indenização por danos morais em valor condizente com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, não há falar em reforma da sentença para reduzi-lo.

Nos casos de responsabilidade contratual, os juros de mora são contados da data da citação.

A correção monetária pelo IGPM/FGV deve incidir a partir do arbitramento da reparação dos prejuízos extrapatrimonais pela sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 16 de agosto de 2011.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Viação Motta Ltda. interpõe recurso de apelação cível, inconformada com a sentença proferida pela Juíza de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de indenização por danos materiais c/c pedido de indenização de danos morais que lhe promove Jane Mary Beletati Mazeto,

julgou parcialmente procedente a pretensão inicial, a fim de condenar a ré ao pagamento de indenização a título de danos materiais no valor de R$ 268,08 (duzentos e sessenta e oito reais e oito centavos), com incidência de correção monetária pelo IGPM-FGV e juros moratórios de 1% ao mês, a partir de 12.1.2008, condenando a requerida, ainda, ao pagamento de indenização de danos morais no valor R$ 3.000,00 (três mil reais) a favor de cada um dos autores, acrescidos de correção monetária pelo IGPM-FGV a partir do ajuizamento da ação, e juros de 1% ao mês, a partir da citação e, por consequência, determinou que a ré arcasse com o pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (dez por cento) sobre o valor da condenação, a teor do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Afirma que o dano moral salientado pelos apelados somente existiu por hipótese, pois nada do que foi relatado ocorreu e, inclusive, não foi provado.

Assinala que os valores das passagens foram devolvidos, conforme ressaltado pela testemunha de f. 134 e, não fosse isso, os recorridos não requereram a devolução das passagens, o que gerou, na verdade, um julgamento *extra petita,* por parte do magistrado *a quo.*

Aponta que, para a fixação dos danos morais, o julgador não levou em consideração a inexistência do dano, o que é por demais absurdo e contrário ao Direito, pois deveria o magistrado ter-se baseado em fatos concretos, já que optou pela procedência da pretensão de indenização por danos morais.

Salienta que o dano moral não se confunde com meros aborrecimentos suportados por alguém em seu cotidiano.

Assegura que apresentou todas as soluções possíveis no momento do embarque, mas os recorridos foram irredutíveis e resolveram aceitar tão somente a restituição do valor das passagens em vez de embarcar no ônibus em outra poltrona.

Considera que os juros de mora e a correção monetária devem incidir desde o arbitramento.

Destaca que, se o entendimento acima não for aceito, que os juros moratórios incidam desde a citação.

Ao final, requer o provimento do recurso para ser julgada improcedente a ação em relação aos pedidos de danos materiais e morais ou, no mínimo, seja reduzido seu valor para evitar enriquecimento ilícito dos recorridos.

As contrarrazões ao recurso foram ofertadas às f. 220-7, nas quais os apelados pugnam pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral, em parecer de f. 234-4, opinou pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Viação Motta Ltda. interpõe recurso de apelação cível, inconformada com a sentença proferida pela Juíza de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de indenização por danos materiais c/c pedido de indenização de danos morais que lhe promove Jane Mary Beletati Mazeto, julgou parcialmente procedente a pretensão inicial, a fim de condenar a ré ao pagamento de indenização a título de danos materiais no valor de R$ 268,08 (duzentos e sessenta e oito reais e oito centavos), com incidência de correção monetária pelo IGPM-FGV e juros moratórios de 1% ao mês, a partir de 12.1.2008, condenando a requerida, ainda, ao pagamento de indenização de danos morais no valor R$ 3.000,00 (três

mil reais) a favor de cada um dos autores, acrescidos de correção monetária pelo IGPM-FGV a partir do ajuizamento da ação, e juros de 1% ao mês, a partir da citação e, por consequência, determinou que a ré arcasse com o pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (dez por cento) sobre o valor da condenação, a teor do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Primeiramente, quanto à preliminar de julgamento *extra petita,* tenho que esta não procede.

Pois bem, como sabido, a sentença *extra petita é* aquela proferida fora do limite dos pedidos delineados na inicial.

Isso não se deu na hipótese dos autos, porquanto se colhe da inicial que os apelados pleiteiam, dentre outras coisas, o ressarcimento dos danos materiais suportados por eles ante a venda em duplicidade de passagens de ônibus pela empresa recorrente, prejuízos que, evidentemente, incluem o valor dos bilhetes não utilizados e discriminados às f. 15-6, que representam a quantia de R$ 268, 08 (duzentos e sessenta e oito reais e oito centavos).

Assim, diante da situação posta, tem-se que agiu com acerto o juiz singular, pois aplicou ao caso o velho brocardo "*dá-me os fatos e eu te darei o Direito*".

Sobre a questão, veja-se a jurisprudência:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – CADERNETA DE POUPANÇA – CORREÇÃO MONETÁRIA – PLANO ECONÔMICO COLLOR II – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE, IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, SENTENÇA *EXTRA PETITA* E PRESCRIÇÃO AFASTADAS – DIREITO ADQUIRIDO – JUROS REMUNERATÓRIOS – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> [...] Não é *extra petita* a sentença prolatada dentro dos limites do pedido de fundo do demandante. (AC n. 2010.022348-9, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 14.9.2010, DJ de 21.9.2010*).*

Assim sendo, afasto a preliminar em questão.

No mérito, perscrutando os autos, verifica-se que a pretensão recursal merece parcial acolhimento.

Pois bem, decorre dos documentos de f. 15-6, que os autores, ora apelados, na data de 10.1.2008, adquiriu, na Viação Motta Ltda,, os bilhetes de passagens n. 558783 e n. 558784, que lhes davam direito de ocuparem as poltronas n. 33 e 34, sendo o embargue marcado para o dia 12.1.2008, às 12:00 horas, para o percurso de Divinópolis-MG até Campo Grande-MS.

Ocorre que, como narrado na inicial e refutado pela recorrente, no dia designado para o embarque, os recorridos, já dentro do ônibus, foram informados que os seus assentos estavam ocupados, tendo eles descido do ônibus, sem, portanto, embarcarem para o destino, fato este, aliás, relatado pela testemunha Paulo Victor Becker da Silva, pessoa que vendeu os bilhetes de viagem (f. 134).

Evidente que, ante os fatos acima tratados, verifica-se a falha na prestação de serviço por parte da apelante por ter permitido que fossem vendidas passagens em duplicidade, conduta esta que, por si só, revela-se potencialmente ilícita e que enseja o reconhecimento do dever da empresa de viagem de indenizar os recorridos, sendo que ela, na qualidade de transportadora, possui responsabilidade objetiva pelos prejuízos que deu causa.

Assim, incide, à hipótese, a norma do artigo 37, § 6°, da Constituição Federal c.c. 734 do Código Civil, *in verbis:*

> Art. 37 [...]
>
> § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.
>
> Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Ademais, havendo falha na prestação do serviço, como de fato houve, e sendo de consumo a relação travada entre os litigantes, na medida em que a apelante é fornecedora de serviços, tendo os passageiros usuários por destinatário final, é de aplicar-se também ao caso dos autos a disposição do artigo 14, *caput,* do Código de Defesa do Consumidor, o que preceitua:

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

Sobre a questão, é a firme o posicionamento da jurisprudência pátria:

> [...]
>
> É objetiva a responsabilidade da empresa transportadora de passageiros, uma vez que assume obrigação de resultado, consistindo em preservar a integralidade de cada passageiro. [...]. (TJMS, AC n. 2009.027437-2, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzy Bossay, julgado em 16.11.2009, DJ de 19.11.2009)
>
> [...] A responsabilidade imputável ao transportador é de natureza objetiva, especialmente quando reveste da condição de empresa concessionária do serviço público de transporte e envolve relação de consumo, segundo previsão contida nos art. 37, § 6º da Constituição Federal, 734 do Código Civil e 14 do Código de Defesa do Consumidor. Do disposto nas referidas normas legais se depreende somente ser a mesma afastável mediante a prova quanto à ocorrência de causa excludente que, ausente, impõe o dever de ressarcimento.(TJRS, AC n. 70031381676, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel, julgado em 8.10.2009).

Superada a questão da responsabilidade da empresa recorrida, passo a seguir para a verificação da existência dos danos alegados na inicial.

No tocante aos danos materiais, torna-se evidente que devem se referir apenas aos valores pagos pelos recorridos quando da aquisição das passagens de viagens de f. 15-6, no valor de R$ 268,08 (duzentos e sessenta e oito reais e oito centavos), isto porque não há nos autos qualquer prova robusta da existência de outros prejuízos nessa ordem que não esses retrocitados.

Em que pesem as testemunhas ouvidas pelo Juízo às f. 104-6 informarem que iriam comprar roupas da apelada Jane Mary no dia previsto para sua chegada neste Capital, tem-se que o prejuízo a amparar o pedido de dano material deve ser robustamente demonstrado, como ocorreu com os bilhetes não utilizados pelos apelados, não sendo crível a condenação com base em suposições ou especulações.

Com relação ao dano moral, entendo, assim como o juiz singular, que a situação experimentada pelos recorridos não representa mero acontecimento corriqueiro, visto que é evidente o dissabor e frustração daquele que, ao embarcar no ônibus, depara-se com outra pessoa ocupando a poltrona que adquiriu, como ocorre no caso, havendo, aliás, descumprimento do contrato de transporte pela empresa apelante.

Pouco importa, neste caso, o tratamento cordial que lhes fora oferecido, aliás, obrigação da empresa, que em nada minimizou o constrangimento dos apelados que, ao entrarem no ônibus e se dirigirem às poltronas adquiridas, encontraram outro passageiro no lugar.

A propósito do entendimento ora externado, vejam-se os seguintes julgados:

> EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - Contrato de Transporte - Obrigação de fim - Descumprimento do dever de transportar o passageiro, com segurança e conforto, até seu destino final - Hipótese de venda de passagens em duplicidade, o que acarretou visível desconforto aos autores - Responsabilidade objetiva - Obrigação de indenizar caracterizada - Pedido procedente - *Quantum* fixado com razoabilidade - Recurso não provido. (TJSP, AC n. 991.08.091190-1, Décima Oitava Câmara de Direito Privado, julgado em 2.3.2010, DJ de 31.3.2010).
>
> EMENTA: AÇÃO CÍVEL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DEFEITUOSA - DANOS MORAIS - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - VOTOS VENCIDOS. A venda de uma mesma passagem de ônibus leito a passageiros diferentes gera desgaste, dissabor e constrangimentos àquele que é impedido de embarcar no horário previsto no bilhete, capazes de justificarem não só o pedido como, também, o pagamento de indenização por danos morais, pouco importando o tratamento cortês dispensado pela empresa rodoviária, que oferece passagem em ônibus comum e sem o mesmo conforto. Embargos acolhidos. VV.: Meros aborrecimentos, comuns a todos que vivem em sociedade, não são capazes de produzir dor à alma e à personalidade do indíviduo. (Des. Pereira da Silva e Des. Roberto Borges de Oliveira). (TJMG, EI n. 1.0024.05.749794-3/003, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Alberto Aluízio Pacheco de Andrade, julgado em 29.4.2008, DJ de 31.5.2008).
>
> JUIZADOS ESPECIAIS. CDC. INDENIZAÇÃO. EMPRESA AÉREA. FALHA NO SERVIÇO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. OCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.
>
> Se a prova reunida nos autos é desfavorável à tese da recorrente, indicando que o evento danoso decorreu exclusivamente de erro na prestação de serviços, não merece qualquer reparo a r. sentença. Recurso improvido. (TJDFT, AC n. 2007 07 1 014562-4, Primeiro Juizado Especial Cível, Rel. Juiz Esdras Neves, julgado em 27.5.2008, DJ de 24.6.2008).

Igualmente, não merece reforma a sentença no tocante à quantificação dos danos morais.

Pois bem, como sabido, o ordenamento jurídico não fixa parâmetros legais rígidos para o *quantum* a ser arbitrado a título dos referidos prejuízos, trata-se, assim, de questão subjetiva, devendo, desta sorte, ser considerada a sua dupla finalidade: compensar o dano experimentado pela vítima e punir o ofensor, de forma a desestimulá-lo a cometer novas infrações da mesma ordem.

Nesse aspecto, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

> Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do

> sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos á personalidade de outrem. (*in* **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 566).

Nesse compasso, fica ao prudente arbítrio do julgador a fixação dos danos em questão, de forma a compensar o dano, levando-se em conta as condições financeiras das partes, a gravidade da conduta da ré e a repercussão na esfera de relação da vitima.

No caso, entendo que o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) foi fixado pelo juiz singular com moderação, proporcionalmente à gravidade da ofensa e ao nível socioeconômico das partes, atendendo, ainda, ao duplo caráter que deve ter este tipo de reparação, qual seja, compensatório-punitivo, sem importar em enriquecimento ilícito por parte dos recorridos.

Amparando tal entendimento, são os seguinte julgados, *in verbis:*

> [...] O valor fixado pra o dano moral está dentro dos parâmetros legais, pois há eqüidade e razoabilidade no *quantum* fixado. A boa doutrina vem conferindo a esse valor um caráter dúplice, tanto punitivo do agente quanto compensatório em relação à vítima. [...]. (STJ. REsp n. 965500/ES, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 1.8.2007, DJ de 25.2.2008).

> EMENTA–APELAÇÕESCÍVEIS–AÇÃODECLARATÓRIADEINEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES – DANO PRESUMIDO – *QUANTUM* MANTIDO – ARBITRAMENTO EM CONSONÂNCIA COM AS PECULIARIDADES DA CAUSA E EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – [...]
>
> Fixando-se o julgador a indenização por danos morais em valor condizente com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, não há falar em reforma da sentença para reduzí-lo ou majorá-lo. (TJMS, AC n. 2011.015862-8, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 22.6.2011, DJ de 29.6.2011).

No tocante aos juros de mora, não merece reparo a sentença, visto que, em se tratando de responsabilidade contratual, tal encargo deve ser computado a partir da data da citação válida, consoante dispõem os artigos 219 do Código de Processo Civil e 405 do Código Civil de 2002.

Por derradeiro, no que concerne à correção monetária, assiste razão à recorrente, pois, em se tratando de sentença condenatória, o termo inicial para a sua incidência é da data do arbitramento do *quantum* indenizatório, conforme preceitua a Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

Nesse sentido, tem decidido a jurisprudência pátria:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE ÔNIBUS. PERDA DE MEMBRO SUPERIOR. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO EM R$ 385.000,00. MANUTENÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. A PARTIR DA FIXAÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 362/STJ.
>
> [...]
>
> 2- A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento (Súmula n. 362/STJ).

> 3- Recurso Especial parcialmente provido, apenas para alteração da data de início de correção monetária.(STJ, REsp n. 1068349/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 5.4.2011, DJ de 27.5.2011).
>
> RECURSO ESPECIAL. SEGURO. [...]. JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA CITAÇÃO. [...]. VII.- Nos casos de responsabilidade contratual, os juros de mora são contados da data da citação. Precedentes. Recurso especial parcialmente provido. (REsp n. 839.123/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 15.9.2009, DJ de 15.12.2009).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO DE DANOS – TRANSPORTE AÉREO – ATRASO DE VÔO DANO MORAL – PREVALÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOBRE A CONVENÇÃO DE VARSÓVIA – EXCLUDENTE DE FORÇA MAIOR – NÃO DEMONSTRADA – JUROS DE MORA – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – INCIDÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> [...] Em se tratando de responsabilidade contratual, o termo *a quo* dos juros moratórios deve ser computado a partir da data da citação válida, não se aplicando o disposto na Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça.
>
> Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJMS, AC n. 2009.026241-8, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 11.2.2010, DJ de 19.2.2010).

Diante dessas razões, conheço desta apelação cível e, em parte com o parecer, dou-lhe provimento parcial, a fim de determinar que a correção monetária pelo IGPM/FGV incida a contar do arbitramento da reparação por danos morais pela sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, João Batista da Costa Marques e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 16 de agosto de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.017715-4 - Cassilândia
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – AÇÃO APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA DE AMPARO SOCIAL C/C PEDIDO DE LIMINAR DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL PARA APRECIAR APELO ORIUNDO DE SENTENÇA PROFERIDA POR DELEGAÇÃO CONSTITUCIONAL – ART. 109, §§ 3º E 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – REMESSA DOS AUTOS AO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO – PRELIMINAR ACOLHIDA.

Tratando-se de benefício previdenciário e não acidentário, compete ao Tribunal Regional Federal o julgamento de recurso tirado de causas processadas na Justiça Estadual por delegação constitucional.

Recurso da autora – Benefício assistencial – Procuradoria-Geral de Justiça ofício preliminar de incompetência da justiça estadual para analisar o recurso – remessa à 3ª Região do TRF.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, declarar a incompetência deste Tribunal, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de agosto de 2011.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Maria Pereira Lima interpõe recurso de apelação cível contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Cassilândia que, nos autos de Ação Reivindicatória de Amparo Social c/c Pedido de Liminar de Alimentos Provisórios que move em face de INSS – Instituto Nacional do Seguro Social –, que julgou improcedente o pedido da autora.

Aduz que, apesar de o laudo pericial negar que a autora apresente incapacidade laborativa, confirma que é portadora de espondiloartrose, envolvendo principalmente os seguimentos dorsal e lombar, além de osteoporose leve, com diagnóstico há vários anos.

Alega que se apresenta com idade elevada (65 anos) com grau de instrução baixa, sendo muito difícil conseguir emprego nos dias atuais.

Ressalta que o juiz da causa não levou em conta o estudo social, no qual ficou constatado que a recorrente toma diversos medicamentos comprados em farmácia, não possuindo renda.

Ao final, requer o provimento do recurso, para julgar procedente o pedido inicial.

O apelado apresentou contrarrazões, manifestando pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou, preliminarmente, que seja determinada a remessa ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, conforme art. 109, parágrafo 4º, da CF, caso superado, no mérito, pelo provimento do recurso, a fim de conceder o benefício assistencial previsto na Lei n. 8.742/93.

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Maria Pereira Lima interpõe recurso de apelação cível contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Cassilândia que, nos autos de Ação Reivindicatória de Amparo Social c/c Pedido de Liminar de Alimentos Provisórios que move em face de INSS – Instituto Nacional do Seguro Social –, que julgou improcedente o pedido da autora.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou, preliminarmente, que seja determinada a remessa ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, conforme art. 109, parágrafo 4º, da CF, já que não se trata de acidente de trabalho e sim de concessão de benefício de amparo assistencial, sendo competente a Justiça Federal.

Tenho que a preliminar levantada pela Procuradoria-Geral de Justiça deve ser acolhida.

Vejamos.

De fato, tratando-se de auxílio previdenciário, e não acidentário, a competência é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88 que dispõe: "*compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falências, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.*"

Verifica-se que, na Comarca de Cassilândia, não há sede de Vara do Juízo Federal, de forma a ser aplicada a delegação da competência à Justiça Estadual para processar e julgar a causa em primeiro grau, conforme previsto no § 3º do art. 109 da Constituição Federal, *in verbis*:

> § 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

Por sua vez, seu § 4º disciplina que, nessa hipótese, ou seja, quando o magistrado da Justiça Comum agir investido por competência constitucional delegada, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal, observe-se: *"§ 4º - Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau*."

Esta 2ª Turma Cível já analisou a questão:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – NATUREZA NÃO ACIDENTÁRIA – AÇÃO DISTRIBUÍDA E DECIDIDA NA JUSTIÇA ESTADUAL POR DELEGAÇÃO CONSTITUCIONAL – ARTIGO 109, §§ 3º E 4º DA CF – COMPETÊNCIA RECURSAL DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO – REMESSA DOS AUTOS.

> As ações que versem sobre benefícios previdenciários e não acidentários são de competência da Justiça Federal, ressalvado o disposto no art. 109, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, caso em que o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal. (TJMS, AC n. 2010.021794-3, Rio Verde de Mato Grosso, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade).
>
> Neste sentido:
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – PEDIDO PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE NATUREZA COMUM (RURÍCOLA) – COMPETÊNCIA – JUSTIÇA FEDERAL – AÇÃO DISTRIBUÍDA E DECIDIDA PELA JUSTIÇA ESTADUAL – DELEGAÇÃO CONSTITUCIONAL (ART. 109, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – COMPETÊNCIA RECURSAL DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO – INTELIGÊNCIA DO § 4º DO ART. 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ACOLHIDA A INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TJMS.
>
> Fundando-se a ação em aposentadoria por invalidez, benefício previdenciário que não guarda relação de causalidade com acidente de trabalho, compete ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região o processamento e julgamento de recurso de apelação tirado dessa demanda, *ex vi* do art. 109, § 4º, da Constituição Federal. (TJMS, AC n. 2009.020246-7, Iguatemi, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 17.5.2010).

Desse modo, resta configurada a incompetência absoluta desta Corte para apreciação do apelo de f. 134-43-v, de modo que devem os autos ser remetidos ao Tribunal Regional competente.

Ante o exposto, de acordo com o parecer ministerial, voto no sentido de se determinar a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região para análise e julgamento da apelação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DECLARARAM A INCOMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, João Batista da Costa Marques e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 16 de agosto de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.019259-6 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS C/C LUCROS CESSANTES – PRELIMINAR – DECADÊNCIA – REJEITADA – MATÉRIA PRECLUSA – MÉRITO: REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – ENERGIA ELÉTRICA – QUEIMA DE APARELHO DE MAMOGRAFIA – OSCILAÇÃO DE ENERGIA – NEXO CAUSAL – INDENIZAÇÃO DEVIDA – DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES – COMPROVADOS – RECURSO IMPROVIDO.

Segundo a regra do art. 471 do CPC, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas. Se não houve interposição de agravo da decisão monocrática que afastou o tema da decadência, não pode a matéria ser novamente discutida, em razão da ocorrência do fenômeno da preclusão.

Comprovada nos autos a queima do aparelho de mamografia, de propriedade da autora, em razão da oscilação de energia elétrica, deve a concessionária responder pelos prejuízos daí advindos, nos termos do art. 14 do CPC, que estabelece a responsabilidade objetiva do prestador de serviço.

São devidos os danos emergentes correspondentes aos gastos que a empresa teve com o reparo do aparelho e os lucros cessantes, no período em que a empresa não pode utilizar o aparelho para realizar os exames de mamografia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de julho de 2011.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Trata-se de apelação cível interposta por Empresa Energética de Mato Grosso do Sul – Enersul –, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais c/c lucros cessantes que lhe move I & D Instituto de Diagnóstico por Imagens Ltda., que julgou procedente o pedido e, com fundamento no art. 14 do CDC, condeno a ré ao pagamento à autora de R$ 65.963,80, corrigidos pelo IGPM/FGV desde 24.5.2005 (Súmula n. 43 do STJ) e acrescidos de juros de 1% ao mês, contados da data da citação.

Sustenta a apelante que, embora tenha ocorrido vício no fornecimento do serviço, o apelado deixou transcorrer o lapso sem reclamar o direito que lhe assistia, o que importa na decadência e, por consequência, na extinção do feito sem julgamento de mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC.

Caso seja superada a tese de decadência, entende a apelante que a ação proposta no primeiro grau e julgada procedente não merece prosperar, porquanto não há comprovação de que o dano experimentado pelo apelado tem nexo de causalidade com a atividade desenvolvida pela apelante, de sorte que não merece prosperar a condenação arbitrada no primeiro grau de jurisdição.

Argumenta que, como não foi encontrada no laudo pericial voltagem que estivesse comprometendo o desempenho e funcionamento dos aparelhos danificados, é certo que a responsabilidade pelo dano é toda do apelado, consiste, portanto, causa excludente de responsabilidade, na forma do art. 14, § 3º, II, do CDC.

Em relação à condenação ao pagamento de danos materiais, determinada no 1º grau, alega que esta deve ser reduzida a um patamar aceito pelas regras de proporcionalidade e razoabilidade, verificando a possibilidade de ter havido, no mínimo, três orçamentos, e a proporção com o menor deles.

Assevera que o apelado não comprovou a extensão dos lucros que supostamente deixou de auferir, de sorte que não se pode condenar com base em parâmetros fictícios ao pagamento dessa parcela, como fez o juízo de 1º grau.

Requer o provimento do recurso.

Embora intimado, o apelado não ofertou contrarrazões (f. 400).

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Empresa Energética de Mato Grosso do Sul – Enersul –, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais c/c lucros cessantes que lhe move I & D Instituto de Diagnóstico por Imagens Ltda., que julgou procedente o pedido e, com fundamento no art. 14 do CDC, condeno a ré ao pagamento à autora de R$ 65.963,80, corrigidos pelo IGPM/FGV desde 24.5.2005 (Súmula n. 43 do STJ) e acrescidos de juros de 1% ao mês, contados da data da citação.

Inicialmente, sustenta a apelante que, embora tenha ocorrido vício no fornecimento do serviço, o apelado deixou transcorrer o lapso sem reclamar o direito que lhe assistia, o que importa na decadência e, por consequência, na extinção do feito sem julgamento de mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC.

A matéria debatida pela ré encontra-se coberta pelo manto da preclusão, porquanto foi objeto de análise na fase de saneamento do processo, não tendo sido impugnada no momento oportuno.

Transcrevo os fundamentos que amparam a decisão:

> Rejeito a preliminar de decadência do direito da autora, pois conforme bem colocado pela parte autora na impugnação à contestação, aplica-se ao presente caso o disposto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, sendo que o prazo para o ajuizamento da ação de reparação de danos causados por fato do produto ou serviço é de cinco anos contados a partir do conhecimento do fato.
>
> Assim, no presente caso como o problema com o equipamento foi verificado em 25.5.2005 e a ação foi ajuizada em 23.5.2006, tem-se que decorreu apenas um ano do prazo prescricional, motivo pelo qual fica afastada a preliminar. (f. 131-3)

Dispõe o art. 471 do Código de Processo Civil:

> Art. 471 - Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:
>
> I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
>
> II - nos demais casos prescritos em lei.

Comentando o mencionado dispositivo legal, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam que:

> **Preclusão. Exame de ofício.** A preclusão é a consequência que decorrer de a parte haver pedido a faculdade de praticar ato processual, circunstância essa que impede o juiz de redecidir questões preclusas. Essa questão – preclusão – é matéria de ordem pública, que deve ser examinada *ex officio* pelo juiz, independentemente da alegação da parte ou do interessado. Neste sentido: Pontes de Miranda, Coment. CPC (1973), t. 5, p. 154).

Assim, constatado que não ocorreu a decadência, passo à análise do mérito.

No mérito, em que pesem as irresignações da apelante, a sentença não esta a merecer reformas.

Restou incontroverso nos autos que, no dia 24.5.2005, ocorreu um "blecaute" na rede de energia elétrica operada pela ré, que atingiu a cidade de Campo Grande e outras 15 cidades do Estado.

Esse fato, segundo comprovam as provas documentais e testemunhais, culminaram na queima do mamógrafo (GE Senographe DMR), de propriedade da autora que, em razão disso, ficou vários meses sem poder utilizá-lo, perdendo vários clientes e ainda teve de dispender alta quantia nos reparos.

A sentença apurou esses fatos com muita propriedade:

> Pois bem, é incontroverso, posto que afirmado pela autora e admitido pela ré, além de estar provado pelos exemplares do jornal Correio do Estado de 25 e 26.5.2005, juntados às f. 17-9, que em 24.6.2005, houve um blecaute, i.e., a interrupção do fornecimento de energia elétrica para Campo Grande e outras 15 cidades do Estado.
>
> Vê-se da matéria da p. 7a, do jornal Correio do Estado de 25.5.2005, o blecaute teve início na tarde do dia 24, tendo durado cerca de 20 minutos em alguns locais e, em outros, mais de uma hora (f. 18).
>
> O representante legal da autora afirmou, em seu depoimento pessoal, que no dia 24.5.2005, por volta das 16 h, após uma forte oscilação da energia elétrica, faltou energia no estabelecimento da autora, tendo sido interrompidos todos os trabalhos da clínica, asseverando, ainda, que a energia não voltou até por volta das 17:30 horas, quando foi encerrado o expediente daquele dia. No dia seguinte a empregada responsável pela limpeza constatou que diversas lâmpadas não acendiam. A secretária verificou que o computador servidor da clínica também não ligava. Mais tarde, a técnica Neli, que operava o aparelho de mamografia, constatou que este também não estava funcionando. (f. 304).
>
> As testemunhas Ilma, copeira da autora, Rosilene, secretária, e Neli, técnica que operava o mamógrafo, inquiridas em juízo, confirmaram os fatos narrados pelo representante legal da autora (f. 311).

Ilma disse que no dia 25.5.2005, chegou na clínica por volta das 6 h e viu que as luzes da frente e da garagem, que ficam acesas a noite, estavam apagadas. Disse que as luzes da sala da frente não estavam acendendo, assim como a luz da sala onde fica o aparelho de mamografia, tendo, então, telefonado para a secretária Rosilene e narrado o ocorrido (f. 311).

Rosilene informou que em 24.5.2005 houve um defeito no mamógrafo da autora. Naquele dia, por volta das 16 h, houve três fortes oscilações de energia. Depois foi interrompido o fornecimento de energia. A energia voltou e, depois, foi novamente interrompida e não voltou mais até as 17:30h, quando se encerrou o expediente. No dia seguinte, por volta das 6:40h, a depoente recebeu o telefonema de Ilma, copeira da autora e primeira a chegar ao serviço, dizendo que as luzes da entrada e das primeiras salas estavam queimadas. A depoente foi para o local e constatou que as luzes das salas da frente, inclusive a da sala do mamógrafo, estavam realmente queimadas. Na sala do mamógrafo, contudo, estava acesa a luz do estabilizador. Em seguida chegou Neli, operadora do mamógrafo, que tentou, infrutiferamente, ligá-lo, por várias vezes. Neli contou este fato para a depoente, que ligou para o eletricista Carlinhos, que foi ao local e constatou que o mamógrafo realmente não funcionava. (f. 307).

Neli, por seu turno, disse que no dia 24.5.2005 estava trabalhando no mamógrafo, quando, por volta das 15:30 horas, começou um 'apagão, devido à chuva'. A energia começou a oscilar, sendo que faltava energia e logo em seguida voltava. O aparelho, então, se desligou automaticamente, por causa do estabilizador. A energia não voltou até as 16 horas, tendo, então, a depoente desligado o aparelho e deixado o serviço, eis que o seu horário de trabalho vai até as 16 horas. No dia seguinte, a depoente chegou ao trabalho por volta das 7:10 horas e viu o estabilizador ligado, mas a luz do *stand by* do mamógrafo estava apagada, diversamente do que ocorria normalmente. A depoente tentou ligar o mamógrafo, mas não conseguiu. Então, tentou, por diversas vezes, ligar o aparelho, seguindo as instruções do manual, mas não conseguiu. A depoente ligou, então, para o seu chefe, Dr. Geraldo Barbieri e narrou o ocorrido, tendo ele dito para a depoente deixar, dizendo que ele ia chamar um técnico. No mesmo dia ele entrou em contato com o técnico que veio de Florianópolis SC, um ou dois dias depois. O técnico disse que haviam queimado muitas placas do aparelho, ressaltando que isso ocorreu em razão dos apagões de energia. O técnico levou as placas para Santa Catarina, retornando dois meses depois, dizendo que não conseguira as placas com a GE, para consertar o aparelho. Então a autora entrou em contato com a GE e cerca de três meses depois, o aparelho foi consertado e a depoente voltou a trabalhar, no dia 10.10.2005. (f. 309).

O eletricista Carlinhos - Antonio Alencar da Costa que, conforme aduziu em seu depoimento, é conhecido por 'Carlinhos Eletricista'- mencionado pela testemunha Rosilene, inquirido pelo juízo, em 14.9.2009, asseverou que há uns 4 ou 5 anos[...] foi chamado para prestar um serviço na sede da autora, no início da manhã, tendo para lá seguido em companhia de Éder, eletricista que o auxilia, e constatado que a fiação que vinha do poste até a caixa do relógio de medição de energia da autora estava queimada, com os fios derretidos. O depoente acionou a Enersul, que mandou técnicos ao local, que examinaram os fios e autorizaram o depoente a trocá-los. O depoente efetuou a troca, os técnicos da Enersul aprovaram o serviço, mediram a voltagem, verificaram que ela estava certa, lacraram o relógio medidor e foram embora. Em seguida, o depoente e Éder entraram na sede da autora e constataram que metade das lâmpadas estavam queimadas, assim como o aparelho de mamografia e um outro painel, que o depoente acredita que era de um aparelho de raio-x. O depoente e Éder trocaram as lâmpadas, mas não mexeram nos aparelhos de mamografia e raio-x, eis que os serviços em tais aparelhos são feitos por técnicos especializados. (f. 351).

> Os documentos de f. 20-3 demonstram que a autora solicitou e recebeu, da empresa GE Healthcare, entre 15.7.2005 e 21.9.2005, serviços de assistência e reparos do seu mamógrafo GE Senographe DMR.
>
> O documento de f. 21, elaborado por técnico da GE Healthcare em 2.9.2005, informa que os defeitos constatados sugerem que o mamógrafo sofreu uma variação de tensão em rede elétrica, e os de f. 22-3 relacionam os serviços de conserto e as peças e componentes que foram substituídos no aparelho de mamografia da autora.
>
> Os orçamentos elaborados pela GE Healthcare e aprovados pela autora, juntados às f. 24-36 demonstram que os serviços e as peças utilizadas no conserto do mamógrafo remontaram em R$ 58.789,18.
>
> Por outro lado, o exame, realizado pelo perito do juízo, nos documentos contábeis que lhe foram disponibilizados pela autora, revelou que durante o período em que o mamógrafo ficou inoperante, a autora deixou de auferir o lucro líquido de R$ 7.174,62 (f. 168).
>
> Como se vê, é incontroverso, além de estar provado pelos documentos de f. 17-9 e pelas testemunhas inquiridas pelo juízo, o fato de que na tarde de 24.5.2005, houve um blecaute, uma séria interrupção no fornecimento de energia elétrica em Campo Grande e em outros 15 municípios, restando provado, também, pelo documento de f. 18, que em alguns pontos da Capital, o fornecimento de energia só foi restabelecido mais de uma hora depois.
>
> Restou provado, outrossim, pelo depoimento pessoal do representante da autora (f. 304-5) e pelos depoimentos das testemunhas Rosilene (f. 307-8) e Neli (f. 309-10), que antes do blecaute, houve forte oscilação da energia elétrica.
>
> Resultou provado, ainda, pelos depoimentos do representante da autora (f. 304-5) e das testemunhas Ilma, Rosilene, Neli e Antonio Alencar da Costa (que, como disse em seu depoimento, é conhecido por "Carlinhos Eletricista") (f. 307-11 e 351-2), o fato de que na manhã do dia 25.5.2005 foi constatado que o mamógrafo GE Senographe DMR da autora (que, cf. o depoimento de Neli, se desligou automaticamente durante as oscilações de energia da tarde de 24.5.2005), deixou de funcionar, tendo o técnico da GE que examinou o equipamento, assentado, no documento de f. 21, que os defeitos constatados sugerem que o mamógrafo sofreu uma variação de tensão em rede elétrica. (f. 21).
>
> Por fim, restou provado pelos documentos de f. 24-36 e pelo exame dos documentos contábeis disponibilizados pela autora ao perito do juízo, que a autora experimentou um dano de R$ 65.963,80, sendo R$ 58.789,18 para o conserto do mamógrafo e R$ R$ 7.174,62, correspondentes ao lucro líquido que deixou de auferir até poder voltar a operá-lo, após o conserto. (f. 371-4)

Ao contrário das alegações da apelante, verifica-se pelos depoimentos das testemunhas e, em especial, pela declaração dos técnicos da empresa GE Healthcare, que efetuou o reparo no aparelho, que os defeitos constatados *"sugerem que o mamógrafo sofreu uma variação de tensão em rede elétrica."* (f. 21)

Ressalte-se que não há nos autos nenhuma comprovação de que o defeito tenha sido ocasionado pela falta de estabilizador no aparelho. Ao contrário, as provas testemunhais são conclusivas no sentido de que o aparelho estava ligado no estabilizador e que o defeito se deu em razão da oscilação da energia elétrica.

A respeito, peço vênia para transcrever os fundamentos da sentença, que bem elucidam essa questão:

> Por outro lado, embora tenha tentado atribuir à autora a culpa exclusiva pelo dano, alegando que só depois dos fatos ela ligou o mamógrafo a um estabilizador, as provas produzidas no processo demonstram o contrário, isto é, que o mamógrafo, antes dos fatos, estava, sim, ligado a um estabilizador.
>
> Com efeito: a testemunha Neli, que operava o mamógrafo disse que quando a energia oscilou, em 24.5.2005, o aparelho se desligou automaticamente, por causa do estabilizador, afirmando, ainda, que, no dia seguinte, quando chegou ao trabalho por volta das 7:10 horas e viu o estabilizador ligado, mas a luz do *stand by* do mamógrafo estava apagada (f. 309).
>
> Do mesmo modo, a testemunha Rosilene, secretária da autora, afirmou que em 25.5.2005, pela manhã, quando chegou na clínica, constatou que as luzes das salas da frente, inclusive a da sala do mamógrafo, estavam... queimadas, ressaltando que na sala do mamógrafo, contudo, estava acesa a luz do estabilizador (f. 307).
>
> A testemunha Antonio Carlos de Alencar, o "Carlinhos Eletricista", também informou, em seu depoimento perante este juízo, que o mamógrafo estava ligado em estabilizador, esclarecendo que o estabilizador da autora era de 10 Kva (f. 352), ou seja, da mesma capacidade recomendada pela GE Healthcare, no documento de f. 21, restando provada, portanto, que, ao contrário do que foi alegado pela ré na contestação, não houve culpa da autora.
>
> Assim, como a ré não se desincumbiu do ônus de provar a inexistência do defeito no fornecimento de energia elétrica em 24.5.2005, consistente na oscilação da tensão, nem a culpa exclusiva da autora, restou definitiva e inquestionavelmente configurada a responsabilidade da ré, nos termos do art. 14 do CDC, com a sua conseqüente obrigação de reparar os danos experimentados pela autora. (f. 378)

O caso em tela retrata relação de consumo, onde os danos ocorridos decorrem da má-prestação de um serviço público, o que enseja a aplicação das regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor.

Dispõe o art. 14 do CPC:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes entre as quais:
>
> I – o modo de seu fornecimento;
>
> II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III – a época em que foi fornecido.

Como se vê, o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria objetiva, ou seja, independente de culpa, bastando que o consumidor comprove o dano, o defeito na prestação do serviço, bem como a relação de causalidade entre ambos.

Comprovados estes requisitos, o fornecedor só se exime do dever de indenizar o consumidor pelos danos causados se comprovar as excludentes do § 3º, *in verbis*:

> § 3 - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

No caso, como observou o juiz singular, a ré "*[...] não se desincumbiu de provar a inexistência do defeito no fornecimento de energia elétrica em 24.5.2005, consistente na oscilação da tensão, nem a culpa exclusiva da autora", de modo que, "restou definitiva e inquestionavelmente configurada a responsabilidade da ré, nos termos do art. 14 do CDC, com a sua consequente obrigação de reparar os danos experimentados pela autora."* (f. 378)

Assim sendo, comprovada a queima no aparelho da ré, em razão da oscilação de energia elétrica, deve a apelante responder pelos prejuízos daí advindos, nos termos do dispositivo legal em comento, que estabelece a responsabilidade objetiva do prestador de serviços, no caso, da empresa ré.

Em relação aos danos materiais, restou demonstrado nos autos que a autora teve de despender a quantia de R$ 58.789,18 (cinquenta e oito mil e setecentos e oitenta e nove reais e dezoito centavos) – f. 24-36) – em reparos com o aparelho, os quais devem ser arcados pela apelante.

Ao contrário do que sustentou a apelante, não há exigir, neste caso, que a apelada tivesse de apresentar três orçamentos, porquanto, pelo que se depreende dos autos, as peças do aparelho somente são fornecidas pela GE Healthcare, empresa que realizou o conserto do aparelho.

Tanto é verdade que, inicialmente, a autora buscou realizar o reparo com uma empresa de Santa Catarina, que não pode realizar o reparo porque não havia conseguido obter as peças necessárias para instalar no aparelho.

Neste sentido, o depoimento do representante da autora:

> [...] A empresa que prestava assistência técnica relativa ao aparelho foi chamada, tendo enviado um técnico do estado de Santa Catarina, onde fica a sede da empresa. O técnico examinou o aparelho, não conseguiu fazê-lo funcionar e disse que algumas placas haviam queimado. O técnico retornou à Santa Catarina e, passados vários dias, informou que não conseguiu as peças necessárias para instalar no aparelho. A autora, então, rescindiu o contrato de assistência técnica com aquela empresa e celebrou outro com a General Eletric, de São Paulo. [...] (f. 304)

Desta feita, vê-se que se trata de um aparelho que requer assistência técnica especializada, o que dispensa a apresentação de três orçamentos.

Por sua vez, também não há falar em reforma da sentença no que tange aos lucros cessantes, porquanto o laudo pericial concluiu que:

> a renda líquida inauferida pela parte REQUERENTE no período de 135 dias nos quais o mamógrafo teria ficado parado para reparos, unicamente para clientes atendidos pelos convênios da Unimed e restritos às imprecisões documentais já mencionadas, alcançaria o montante de R$ 7.174,62 (sete mil, cento e setenta e quatro reais e sessenta e dois centavos) [...] (f. 167)

Deste modo, deve ser mantida a condenação da apelante ao pagamento da quantia de R$ 65.963,80 (sessenta e cinco mil, novecentos e sessenta e três reais e oitenta centavos), referente aos danos emergentes e lucros cessantes, decorrentes do período em que a autora não pode utilizar o aparelho para realização dos exames.

Pelo exposto, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 19 de julho de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.023774-2 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – UNIÃO ESTÁVEL – COMPROVAÇÃO QUE NÃO EXIGE DOCUMENTOS ESPECÍFICOS – LEGITIMIDADE ATIVA DE COMPANHEIRA – RECURSO PROVIDO.

É consabido que, para fins de recebimento de seguro DPVAT, o reconhecimento da união estável pode ser feito nos autos, por meio de documentos suficientes a demonstrar a convivência entre o casal, não sendo exigida a apresentação de documentos específicos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de agosto de 2011.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Noeli Pedrina Martins Nunes, inconformada com a sentença prolatada nos autos da Ação de Cobrança que move em face de Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A, interpõe o presente recurso, objetivando sua reforma.

Na sentença, o feito foi extinto sem resolução do mérito, nos termos do artigo 295, inciso II, c.c. 267, inciso VI, do CPC, sob o fundamento de que não restou comprovada a união estável eventualmente existente entre a autora e a vítima do acidente de trânsito em questão.

A apelante alega, em síntese, ser parte legítima para figurar no polo ativo da presente demanda, visto que os documentos acostados nos autos dão conta de que, de fato, havia a união estável entre ela e a vítima, Sr. João Pereira da Silva.

Salienta que o artigo 16, I, da Lei n. 8.213/91 que regulamenta os benefícios da previdência social, afirma ser a companheira, uma das beneficiárias do segurado.

Pugna pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Noeli Pedrina Martins Nunes, inconformada com a sentença prolatada nos autos da Ação de Cobrança que move em face de Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A, interpõe o presente recurso, objetivando sua reforma.

Na sentença, o feito foi extinto sem resolução do mérito, nos termos do artigo 295, inciso II, c.c. 267, inciso VI, do CPC, sob o fundamento de que não restou comprovada a união estável eventualmente existente entre a autora e a vítima do acidente de trânsito em questão.

Tenho que o recurso merece provimento.

É consabido que para fins de recebimento de seguro DPVAT, o reconhecimento da união estável pode ser feito nos autos, por meio de documentos suficientes a demonstrar a convivência entre o casal, não sendo exigida a apresentação de documentos específicos.

Neste sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO – DPVAT – JULGAMENTO MONOCRÁTICO EMBASADO NO ARTIGO 557, *CAPUT*, CPC – MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA – ENALTECIMENTO DO PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL – MÉRITO – UNIÃO ESTÁVEL DA VÍTIMA COM A PRIMEIRA AGRAVADA RECONHECIDA *INCIDENTER TANTUM* – PROVAS SUFICIENTES – FILHOS LEGITIMADOS À PARCELA DA INDENIZAÇÃO – IRRESIGNAÇÃO TRAZIDA SOMENTE EM AGRAVO REGIMENTAL – TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE – INOVAÇÃO RECURSAL – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NA PARTE CONHECIDA NÃO PROVIDO.
>
> O julgamento monocrático previamente exarado, com fulcro no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, corrobora o princípio da economia processual, constante no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, ao desobstruir pautas para que se agilize o julgamento das ações e dos recursos que realmente precisam ser submetidos à apreciação pelo órgão colegiado.
>
> Para efeito de reconhecimento de união estável em ação na qual se reclama o pagamento de seguro obrigatório, não há exigência de documentos específicos; a prova da qualidade da convivência pode ser feita por qualquer meio.
>
> Sendo possível extrair do conteúdo fático-probatório encartado nos autos a comprovação de tal vínculo e da dependência econômica, de modo que preenchidos os requisitos do artigo 1.723 do Código Civil, impõe-se reconhecer, *incidenter tantum*, a união estável entre a apelada e o *de cujus*.
>
> Carreada a declaração de únicos herdeiros, acompanhada da assinatura de duas testemunhas, aliada ao tempo da morte da vítima e a idade com que faleceu, ressoa desarrazoado estabelecer óbice a que os herdeiros declarados recebam a indenização legalmente assegurada.
>
> É vedado à parte inovar em sede de agravo regimental, de modo que inviável a discussão sobre o termo inicial da correção monetária. (TJMS, AgRg n. 2011.008344-8/0001-00, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, julgado em 18.5.2011)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DO SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) – PROVA DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE A AUTORA E A VÍTIMA – LEGITIMIDADE ATIVA DA COMPANHEIRA – LAUDO PERICIAL PRODUZIDO PELO IML QUE DISPENSA CÓPIA DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA E DA CERTIDÃO DE ÓBITO – SEGURO NO VALOR DE 40 SALÁRIOS MÍNIMOS EM CASO DE MORTE – MONTANTE FIXADO EM LEI VÁLIDA QUE NÃO PODE SER MODIFICADO POR NORMA REGULAMENTAR – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO (SÚMULAS N. 43 E N. 54 DO STJ) – RECURSO IMPROVIDO.

A prova de união estável para fins de recebimento de seguro obrigatório não exige documentos específicos. Qualquer meio admissível em Direito serve para demonstrar relacionamento entre os conviventes. Comprovada a união estável, a companheira tem legitimidade para reclamar o pagamento do seguro. O valor do seguro obrigatório, em caso de morte, é de 40 salários mínimos, norma legal que não foi revogada e se acha recepcionada pela CF; montante que não pode ser reduzido por norma regulamentar. (TJMS, AC n. 2006.013761-1, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Jorge Eustácio da Silva Frias, DJ de 24.10.2006 - g.n.)

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – EMENTA – COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATORIO (DPVAT) – ILEGITIMIDADE ATIVA DA COMPANHEIRA NÃO COMPROVADA – MORTE DA VÍTIMA – CORREÇÃO MONETÁRIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO IMPROVIDO.

A Lei não exige a comprovação da união estável por documento específico, de maneira que qualquer meio de prova admitido em direito é suficiente para atestar a convivência.

Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo - Súmula n. 43⁄STJ.

Arbitramento dos honorários advocatícios na sentença, eis que restaram observados os requisitos e as condições previstas no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Recurso improvido. (TJMS, AgRg n. 2011.010696-6/0001-00, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 31.5.2011).

O STJ não destoa:

SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 6.194/1974. BENEFICIÁRIO. COMPANHEIRA. EQUIPARAÇÃO À ESPOSA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 3° E 4º PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N. 6.194/1974.

1. Na vigência da Lei n. 6.194/1974 (artigos 3 e 4), aplicável à época do sinistro, a companheira da vítima fatal de acidente automobilístico, sendo incontroversa a união estável, tem direito integral a indenização do seguro DPVAT, independentemente da existência de outros herdeiros, porquanto é a única beneficiária do seguro.

2. Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 773072/SP, 2005/0134122-8, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16.9.2010).

No caso dos autos, restou suficientemente comprovada nos autos a união estável existente entre o falecido e a parte autora, por meio dos documentos acostados aos autos em F. TJMS, consistentes em declaração de convivência assinada por duas testemunhas (f. 19 TJMS) e outros documentos (f. 38-50 TJMS) nos quais constam a autora e seu companheiro falecido na qualidade de beneficiários entre si.

Em sendo assim, acerca dos documentos juntados pela apelante, tenho que devem ser considerados suficientes para comprovar a união estável havida entre a autora e a vítima do acidente, para fins de ser considerada parte legítima para figurar no polo ativo da presente demanda.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para julgar insubsistente a sentença, reconhecendo a legitimidade ativa da autora, e determinar a remessa dos autos à comarca de origem, para prosseguimento normal do feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 23 de agosto de 2011.

***

Terceira Turma Cível
Agravo Regimental em Agravo n. 2011.025238-0/0001-00 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL – PENHORA *ON LINE* – BLOQUEIO JUDICIAL – PENSÃO – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO INC. IV DO ART. 649 DO CPC – RECURSO IMPROVIDO.

São absolutamente impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, consoante disposição do inc. IV do art. 649 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de setembro de 2011.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Ita Jóias Ltda. interpõe agravo regimental por não se conformar com a decisão monocrática que, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento ao recurso, *"determinando a liberação da penhora on line procedida junto à conta-corrente da agravante, no Banco Caixa Econômica Federal, destinada ao recebimento de sua pensão, que foi objeto de bloqueio na referida ação de execução."*

Alega que a agravada não comprovou que a conta-corrente em que foi determinada a penhora *on line* é utilizada para depósitos mensais da pensão que recebe.

Salienta que a agravada recebe mais de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) de pensão, quantia mais que suficiente para a sobrevivência, sendo certo que o remanescente é repassado para a conta poupança.

Afirma que a porcentagem de 30% do valor bloqueado não é impenhorável, pois não compromete a receita mensal da executada, bem como não fere sua dignidade, tanto é verdade que o saldo remanescente é chamado pela agravada de "economia".

Requer o provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Ita Jóias Ltda. interpõe agravo regimental por não se conformar com a decisão monocrática que nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento ao recurso, *"determinando a liberação da penhora "on line" procedida junto à conta-corrente da agravante, no Banco Caixa Econômica Federal, destinada ao recebimento de sua pensão, que foi objeto de bloqueio na referida ação de execução."*

Em que pese o inconformismo da agravante, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos:

> Pretende a agravante seja reformada a decisão prolatada pelo Juiz de 1º grau, que deferiu o bloqueio na proporção de 30% (trinta por cento) sobre o valor de R$ 24.458,00 (vinte e quatro mil, quatrocentos e cinquenta e oito reais), pelo sistema Bacen Jud. Assim restou consignada a decisão:
>
> Ainda que proveniente de salário ou de economias de poupança, é possível a penhora parcial dos valores depositados em conta corrente, com a ressalva de que o desconto deve limitar-se a 30%.
>
> No caso em exame, verifica-se que houve a penhora em conta-poupança da executada Maria Abadia, conforme demonstra o extrato de f. 263-v em R$ 24.458,00.
>
> Aliás, convém esclarecer que esse bloqueio em conta da executada em questão foi exclusivo. Não houve bloqueio da importância de R$ 609,98, como alega em sua conta corrente, o que comprovam os extratos de f. 263-4.
>
> Dessa forma, sendo o bloqueio no valor de R$ 24.458,00(vinte e quatro mil, quatrocentos e cinquenta e oito reais), cabível a manutenção, dentro do limite de 30% (trinta por cento) sobre o valor da poupança, o que corresponde a R$ 7.337,40(sete mil, trezentos e trinta e sete reais e quarenta centavos).
>
> Posto isso, defiro o levantamento somente do saldo remanescente, devendo ser mantido o bloqueio de 30% do valor bloqueado na conta poupança da executada, ou seja, deve ser mantida a penhora de R$ 7.337,40 (sete mil, trezentos e trinta e sete reais e quarenta centavos).
>
> Os argumentos da agravante devem prosperar.
>
> Vê-se, ao compulsar os autos, que a agravante é pensionista do Ministério da Aeronáutica (f. 62 TJMS) e, que recebe pensão através da conta corrente 001.00.042.837-0, do Banco Caixa Econômica Federal (f. 63-4 TJMS), no valor de aproximadamente R$ 5.000,00 (cinco mil reais)
>
> Inconformada com o percentual penhorado, a agravante postulou o desbloqueio do valor (30% sobre R$ 24.458,00), da conta corrente onde recebe sua pensão, assegurando que o valor constritado seria impenhorável, por se tratar de créditos de natureza alimentar.
>
> O magistrado, por sua vez, esclareceu que o percentual a ser utilizado deve ser de 30% (trinta por cento) sobre a remuneração da agravante.
>
> Estabelece o inciso IV, do artigo 649 do Código de Processo Civil, verbis:
>
> Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...]

VII – as pensões, as tenças ou os montepios, percebidos dos cofres públicos, ou de institutos de previdência, bem como os provenientes de liberalidade de terceiro, quando destinados ao sustento do devedor ou da sua família.(grifado)

No caso presente, a agravante comprovou que a conta-corrente em que foi determinada a penhora *on line* é utilizada para depósitos mensais da pensão que recebe.

No entanto, conforme se infere do dispositivo legal mencionado, o crédito da agravante é oriundo de pensão, que por sua vez, é absolutamente impenhorável, de modo que não pode ser admitida a penhora e bloqueio sobre a mencionada conta-corrente.

Neste sentido:

EMENTA - PROCESSO CIVIL. PENHORA. DEPÓSITO BANCÁRIO DECORRENTE DE PENSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Os depósitos bancários provenientes exclusivamente da pensão paga pelo INSS e da respectiva complementação pela entidade de previdência privada são a própria pensão, por isso mesmo que absolutamente impenhoráveis quando destinados ao sustento do devedor ou da sua família. Recurso conhecido e provido. (REsp n. 536760/SP, 2003/0062329-9, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 7.10.2003, DJ de 15.12.2003, p. 318)

Outro não é o entendimento desta Corte:

EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – DECLARAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE PENSÃO MILITAR PERCEBIDA PELA EXECUTADA – PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – REJEITADA – MÉRITO – IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA DA PENSÃO MILITAR – ART. 649, INCISO VII, DO CPC – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa, se demonstrado nos autos que foi assegurado à recorrente o contraditório, por ocasião da sua manifestação sobre o pedido de nulidade da penhora.

A teor do artigo 649, VII, do Código de Processo Civil, é absolutamente impenhorável a pensão militar depositada mensalmente na conta corrente da executada. (TJMS, Ag n. 2002.011842-7, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto, DJ de 5.8.2003)

Ademais, quando do julgamento do agravo n. 2009.006764-3 (f. 118-22 TJMS), decidi que a agravante tinha o mesmo direito que ora pretende seja reconhecido.

Pelo exposto, conheço do recurso interposto e, com fulcro no artigo 557, § 1.º-A, do Código de Processo Civil, dou-lhe provimento, por ser manifestamente procedente, determinando a liberação da penhora *on line* procedida junto à conta-corrente da agravante, no Banco Caixa Econômica Federal, destinada ao recebimento de sua pensão, que foi objeto de bloqueio na referida ação de execução.

Deste modo, não tendo a agravante trazido nenhum fundamento capaz de desconstituir a situação jurídica, de modo a alterar o convencimento deste relator, mantenho a decisão agravada, pelos seus próprios fundamentos.

Pelo exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 13 de setembro de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.002797-6 - Bandeirantes
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – REITERAÇÃO DO AGRAVO RETIDO ENVOLVENDO O DEBATE SOBRE PRELIMINARES – ILEGITIMIDADE ATIVA DO PROMOTOR AFASTADA – INTELIGÊNCIA DA ADI N. 1916/MS JULGADA PELO STF – AFERIÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA *IN STATU ASSERTIONIS* – PREFACIAL SUPERADA – VERIFICAÇÃO DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – AÇÃO VISANDO A AFASTAR O PREFEITO DO PODER TÃO SOMENTE COM BASE EM PRECEITOS INSTRUMENTAIS DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INVIABILIDADE – PRIMAZIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – AGRAVO RETIDO PROVIDO, A FIM DE EXTINGUIR A DEMANDA SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

Não há falar em ilegitimidade ativa do Promotor responsável pelo ajuizamento da ação de improbidade contra Prefeito, por ser do Procurador-Geral de Justiça a atribuição exclusiva e imutável para tal mister. Malgrado tenha o STF julgado improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.916/MS, assentando a validade do art. 30, X, da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público (LC n. 72/94), em momento algum a Excelsa Corte vedou a fragmentação ou cessão *longa manus* desta legitimidade do Procurador-Geral de Justiça aos Promotores de Justiça. Justamente por não se tratar de atribuição intransferível, o Chefe do Ministério Público editou a Portaria n. 772/2010-PGJ, de 7.6.2010, delegando aos membros de primeiro grau a legitimidade para aforar ações civis públicas contra os Prefeitos, ratificando, ademais, todos os atos praticados anteriormente em processos de tal natureza.

A impossibilidade jurídica do pedido deve ser aferida *in statu assertionis* e entendida sob a premissa de vedação abstrata do ordenamento em relação a determinado tipo de pedido ou de causa de pedir.

Desponta inadequada a propositura de ação civil pública visando a retirar o Prefeito do poder tão somente em razão da alegação de debilidades surgidas de um acidente cardiovascular, sem nenhuma alegação de prática de improbidade administrativa.

Primazia do devido processo legal, impossibilitando o desvirtuamento da demanda com imposição de restrições políticas ao réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares e dar provimento ao agravo retido, nos termos do voto do relator. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 19 de julho de 2011.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Albertino Nunes Ferreira interpôs recurso de apelação (f. 505-32) contra a sentença (f. 484-7) que julgou procedente o pedido formulado na ação civil pública promovida pelo Ministério Público Estadual, determinando o seu afastamento do cargo de Prefeito de Jaraguari.

Preliminarmente, ratifica o pedido de conhecimento e provimento do agravo retido manejado às f. 430-8, desafiando o saneador de f. 411-3; postula ao Tribunal o acolhimento das seguintes prefaciais: a) ilegitimidade ativa do Promotor responsável pelo ajuizamento da demanda, por ferir a atribuição exclusiva e intransferível do Procurador-Geral de Justiça para tal mister; b) inadequação da via eleita, não cabendo ao Ministério Público manejar ação civil pública visando ao afastamento do Prefeito, sem que antes seja decretada sua interdição com pronunciamento passado em julgado, c) impossibilidade jurídica do pedido, pois a pretensão seria incompatível com os dispositivos previstos na Lei da Ação Civil Pública e c) nulidade do processo por falta de notificação para manifestação prévia quanto à petição inicial.

Quanto ao apelo propriamente dito, suscita as preliminares de nulidade da sentença por: a) ausência de fundamentação jurídica e b) violação à ampla defesa e ao contraditório, ante a negativa de ampla discussão a respeito das provas contra si coligidas.

No mérito, bate-se pelo decreto de improcedência da pretensão inicial, tendo em vista a divergência de diagnósticos sobre o seu estado clínico, afastando a possibilidade de êxito na ação.

Recurso tempestivo, preparado, respondido (f. 576-96) e regularmente processado.

A Procuradoria de Justiça opina pelo afastamento das preliminares e desprovimento do apelo (f. 645-54).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

Trata-se de apelo interposto por Albertino Nunes Ferreira (f. 505-32) contra a sentença (f. 484-7) que julgou procedente o pedido formulado na ação civil pública promovida pelo Ministério Público Estadual, determinando o seu afastamento do cargo de Prefeito de Jaraguari.

Preliminarmente, ratifica o pedido de conhecimento e provimento do agravo retido manejado às f. 430-8, desafiando o saneador de f. 411-3, postulando ao Tribunal o acolhimento das seguintes prefaciais: a) ilegitimidade ativa do Promotor responsável pelo ajuizamento da demanda, por ferir a atribuição exclusiva e intransferível do Procurador-Geral de Justiça para tal mister; b) inadequação da via eleita, não cabendo ao Ministério Público manejar ação civil pública visando ao afastamento do Prefeito, sem que antes seja decretada sua interdição com pronunciamento passado em julgado, c) impossibilidade jurídica do pedido, pois a pretensão seria incompatível com os dispositivos previstos na Lei da Ação Civil Pública e c) nulidade do processo por falta de notificação para manifestação prévia quanto à petição inicial.

Quanto ao apelo propriamente dito, suscita as preliminares de nulidade da sentença por: a) ausência de fundamentação jurídica e b) violação à ampla defesa e ao contraditório, ante a negativa de ampla discussão a respeito das provas contra si coligidas.

No mérito, bate-se pelo decreto de improcedência da pretensão inicial, tendo em vista a divergência de diagnósticos sobre o seu estado clínico, afastando a possibilidade de êxito na ação.

Antes da incursão no julgamento, mostra-se necessário apresentar um breve apanhado do processo, de modo a contextualizar os pares quanto às questões de fato e de direito que serão abordadas no decorrer da fundamentação.

A controvérsia teve origem com o ajuizamento de ação civil pública pelo *Parquet*, embasada em anterior inquérito civil promovido no mês de novembro de 2009, visando a apurar denúncias de falta de condições físicas e psíquicas do Prefeito de Jaraguari – Albertino Nunes Ferreira – para o exercício do cargo, em decorrência de um acidente vascular cerebral por ele sofrido. Segundo a versão Ministerial, por conta desse infortúnio, instalou-se um poder paralelo na Chefia do Executivo, a qual passou a ser ilegalmente ocupada pelo filho do acionado, Sr. César Ferreira.

Sugerindo a absoluta incapacidade do réu para o desempenho do *munus*, o Ministério Público protestou por seu afastamento e ulterior destituição definitiva, com condução de seu Vice ao cargo de Prefeito.

A petição inicial foi recebida, com concessão da liminar para o afastamento requerido (f. 277-89), suspensa por força da decisão tomada pelo eminente Des. Rêmolo Letteriello nesta 4ª TC, nos autos do Agravo de Instrumento n. 2.010.020354-2 (f. 358), posteriormente considerado prejudicado, com o advento da sentença (f. 631).

Sobreveio contestação com alegação de várias preliminares e invocação da plena capacidade do réu para gerir a Prefeitura (f. 373-83).

O magistrado proferiu decisão de saneamento (f. 411-3), afastando todas as prefaciais e determinando a feitura de perícia para apurar o estado clínico do demandado, que, inconformado, interpôs agravo retido, resguardando uma possível reapreciação das questões pelo Tribunal em sede de apelo (f. 430-8).

Juntada a perícia (f. 458-62) e intimadas as partes para manifestação, o magistrado lançou a sentença de f. 484-7, afastando a necessidade de produção de prova oral e dando pela procedência do pedido inicial, com antecipação da tutela para o afastamento do Prefeito. Para facilitar a sua compreensão, colho trechos da decisão:

> O ponto controvertido nos autos é a sanidade mental do requerido.
>
> As partes realizaram o pedido de depoimento pessoal do requerido e a oitiva de provas testemunhais para perquirir a sanidade mental do demandado.
>
> Contudo, tenho que a solução da questão dispensa a oitiva de testemunhas, sendo a prova técnica a mais completa para revelar ao juízo a capacidade mental do requerido, razão pela qual passo à imediata análise do mérito.
>
> O perito judicial, após a realização de exame físico e psíquico, concluiu que Albertino Nunes Ferreira é totalmente incapaz de cuidar da própria vida e negócio de forma autônoma [...]
>
> A perícia técnica foi realizada escorreitamente, inclusive na presença de assistente técnico nomeado pelo requerido. Não houve qualquer impugnação ao procedimento adotado pelo perito, limitando-se o requerido a assegurar que o perito judicial deveria ser especialista em neurologia, e não em psiquiatria.

> Não assiste razão ao requerido ao questionar o conhecimento técnico do perito. Entendo que o médico psiquiatra possui formação suficiente para atestar a sanidade mental de alguém, podendo assegurar ao juízo os efeitos psíquicos de uma doença na vida cotidiana do periciado, não havendo qualquer razão para a nomeação de um neurologista.
>
> Sobre os questionamentos do requerido em relação à baixa escolaridade e os resultados da perícia, razão tampouco lhe assiste. Conforme bem asseverou o perito médico, não há influência do grau de escolaridade, tendo em vista a diminuta complexidade das tarefas solicitadas ao periciado [...]
>
> Diante dos fundamentos expostos, convencido da incapacidade do requerido para o exercício do cargo, julgo procedente o pedido para determinar o afastamento de Albertino Nunes Ferreira do cargo de Prefeito de Jaraguari [...].

Assentadas tais premissas, em ordem lógica, inicio meu voto apreciando as preliminares suscitadas no agravo retido, fazendo-o em ordem de prejudicialidade.

Não há falar em ilegitimidade ativa do Promotor responsável pelo ajuizamento da demanda, sob a justificativa de ser do Procurador-Geral de Justiça a atribuição exclusiva e imutável para tal *mister*.

O STF realmente julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.916/MS, assentando a validade do art. 30, X, da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público (LC n. 72/94), dispondo sobre a legitimidade do Procurador-Geral de Justiça de Mato Grosso do Sul para o ajuizamento de ação civil pública contra Prefeitos. Todavia, a leitura atenta deste paradigma indica ter a Corte Suprema rejeitado o pedido de inconstitucionalidade, entendendo inexistir usurpação legislativa da União, argumentando que a previsão estadual envolveria uma mera repartição interna de atribuições para melhor otimizar a função ministerial, sem invasão de matéria processual, reservada à lei federal.

Por outras palavras, em momento algum a Excelsa Corte vedou a fragmentação *longa manus* desta legitimidade do Procurador-Geral de Justiça aos Promotores de Justiça. Justamente por não se tratar de atribuição intransferível, o Chefe do Ministério Público editou a Portaria n. 772/2010-PGJ, de 7.6.2010, delegando aos membros de primeiro grau a legitimidade para aforar ações civis públicas contra os Prefeitos, ratificando, ademais, todos os atos praticados anteriormente em processos de tal natureza.

Assim, rejeito o supracitado pedido de ilegitimidade, fazendo-o com apoio de vários precedentes no mesmo sentido, já julgados por esta Corte Estadual, destacando os seguintes: Ag n. 2010.011952-0, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, DJ de 9.11.2010; Ag n. 2010.017830-4, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, DJ de 24.8.2010 e Ag n. 2010.009202-8, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, DJ de 10.8.2010.

Venço igualmente a tese de impossibilidade jurídica, pois, a teor da teoria da asserção, com a qual me alinho, só há falar nesse óbice quando houver expressa vedação de determinado tipo de pedido ou causa de pedir pelo ordenamento como ocorre no caso da usucapião de bens públicos, repelida *ex vi legis* nos art. 183, § 3º, da CF e 102 do CCB.

Já no tocante à arguição de inadequação da propositura da demanda, melhor sorte assiste ao apelante.

Evidentemente, é inconteste a importância institucional do *Parquet* no ajuizamento de ação civil pública no combate de atos de improbidade administrativa, haja vista envolver a defesa do patrimônio e princípios públicos um plexo de interesses primacialmente coletivos e fundamentalmente relevantes, consoante dispõe a Constituição Federal em seu art. 129, III. Evidentemente, a singularidade e complexidade de tais pretensões reclamam a aplicação dos procedimentos da Lei n. 7347/85, acrescidos das prerrogativas asseguradas pelos demais diplomas de proteção coletiva, dentre outros, aqueles afetos à ação de improbidade

administrativa (Lei n. 8.429/92), ação popular (Lei n. 4.117/65), ao mandado de segurança coletivo (Lei n. 12.016/09) e ao Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), numa simbiose e intercâmbio de microssistemas visando à tutela satisfatória de direitos transcendentes, denominada por renomados mestres de *regime integrado de mútua complementariedade (Cf.* REsp n. 510150/MA, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17.2.2004, DJ de 29.3.2004, p. 173; GRINOVER, Ada Pellegrini. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007; *GIDI, Antônio.* **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. *SP: Saraiva, p. 77;* MOREIRA, Barbosa. **Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988**. SP: RT, n. 61, p. 187-200; GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. RJ: Lumen Juris, 2002. p. 529).

Todavia, por mais nobre e plástica que seja a ação civil pública, não há alargar o seu espectro a funções incompatíveis com a interpretação sistemática do ordenamento. Segundo a correta advertência do saudoso jusfilósofo Miguel Reale, *"a norma não é uma coisa que se puxe para lá e para cá. Pontes de Miranda dizia, sabiamente, que a norma jurídica tem certa elasticidade. A norma é elástica. Mas chega um certo momento em que a elasticidade não resiste e a norma se rompe. Logo, as variações na interpretação da norma devem ser compatíveis com sua elasticidade"* (Cf. **Teoria tridimensional do direito:** situação atual. São Paulo: Saraiva, p. 127).

Desta forma, uma detida análise da inicial aponta que o Ministério Público ajuizou a ação contra o apelante pretendendo unicamente afastá-lo da Chefia do Município e decretar-lhe a perda do cargo de Prefeito, sob o singular argumento de encontrar-se ele fora de suas capacidades físicas e mentais. Malgrado citada a lei de improbidade administrativa (n. 8.429) como fundamento da ação (f. 2), nenhuma linha da exordial acusa o réu concreta e especificamente de práticas nela previstas, alicerçando-se o pleito em interpretações de dispositivos eleitorais, cuja incidência, de cunho estritamente político, deveria ser deflagrada por quem de direito, no caso, o órgão de controle externo encarnado na Câmara Municipal de Vereadores de Jaraguari.

Instado a pronunciar-se sobre essa inadequação da via eleita, agora devolvida ao Tribunal por força do agravo retido, o juiz da causa chegou ao extremo de afirmar, calcado na manifestação do Promotor, não haver *"na petição inicial da ação civil pública qualquer imputação ao requerido de atos de improbidade administrativa. Assim, devem ser aplicados a Lei n. 7.347/85 e o Código de Processo Civil."* (f. 412).

Ora, respeitado o devido processo legal, torna-se extremamente difícil, sem romper a elasticidade da norma, admitir como apta uma ação que visa a retirar o Prefeito eleito do poder legitimamente constituído tendo por base apenas a lei da Ação Civil Pública e o Código de Processo Civil, dotadas de cunho precipuamente instrumental e desprovidas de vocação para fixar regras materiais e muito menos viabilizar punições avulsas de perda do cargo público. O *Parquet* pode até usar o aparato processual viabilizado por esses diplomas, mas, quando visa a atingir direitos políticos de terceiros, deverá sempre complementá-lo, fundado nas regras substanciais previstas na lei de combate à improbidade administrativa.

Ressalto ainda, como *obiter dictum*, realmente existirem indícios, em tese, de práticas irregulares por parte do filho do Prefeito, Sr. César Augusto de Novaes Ferreira, consistentes na ingerência indevida na administração da cidade. Nada obstante, tais elementos emanam das entrelinhas de depoimentos coletados no inquérito civil, sob a presidência do Promotor de Justiça e sem intervenção judicial. Efetivamente, acusação alguma foi desenvolvida nesse sentido na petição inicial e o Sr. César Ferreira nem sequer consta no polo passivo da demanda, tornando incabível a mutação *ex officio* da causa de pedir, na tentativa de salvar o processamento da ação civil pública. Aliás, assim já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR APÓS ESTABILIZAÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE. Consoante disposto no artigo 264, do Código de Processo Civil, ao autor é vedado alterar a causa de pedir após a estabilização da relação processual. Dessa forma, o julgador, ao proferir a sentença, não pode considerar fatos outros que não os apontados na inicial como fundamentos do pedido. (TJMG, AC n. 1.0476.05.002004-1/001, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Moreira Diniz, DJ de 27.4.2006).

Desta forma, em que pese pautado pela louvável tentativa de tutelar o interesse transindividual, o Órgão Ministerial na verdade aforou ação civil pública de maneira inadequada, visando ao resultado que somente numa ação de interdição poderia atingir. Tanto o é que, paralelamente, promoveu outra ação que está em curso, justamente de interdição, nela obtendo liminar com força para impedir a continuação dos trabalhos do réu à frente da Prefeitura.

Em face do exposto, preliminarmente, conheço e dou provimento ao agravo retido, a fim de decretar a extinção terminativa da ação civil pública proposta, tendo em vista a sua inadequação, dando por prejudicada a análise das demais questões devolvidas e deixando de imputar custas ou honorários, por não verificar a má-fé no ajuizamento. O dispositivo é contrário ao parecer ofertado pelo Ilustre Procurador de Justiça, Dr. Olavo Mascarenhas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO EM PARTE COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Josué de Oliveira e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 19 de julho de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.014328-7 - Dourados
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – EMBARGOS DE TERCEIRO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SUCUMBÊNCIA – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – RESPONSABILIDADE DO EMBARGANTE PELO ÔNUS SUCUMBENCIAIS À MINGUA DO REGISTRO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA, DANDO CAUSA À CONSTRIÇÃO – APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 303 DO STJ – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

De acordo com o princípio da causalidade, as despesas do processo e honorários advocatícios devem recair sobre a parte causadora dos embargos de terceiro, no caso, o embargante, pois não registrou o contrato particular de compra e venda, permitindo que o imóvel sofresse a constrição judicial.

Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios. (Súmula n. 303 do STJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 19 de julho de 2011.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Helio Freitas Mafra interpõe apelação, irresignado com a sentença de f. 372-5 na ação de embargos de terceiro formulada por Ivan Eduardo de Campos, Ivonei Durigon, Patrícia Dayse Paludo Durigon, Marco Antônio S. Riquelme, Adriana de Lima Quirino, Priscila Pesqueira de Souza, Vitor Dee Hoyo Néri, Seiiti Uehara, Jacinta Rodrigues de Andrade Uehara, Gustavo Silva Pelissaro, Janaína Ferreira Furtado, Sérgio da Trindade Viscardi, Vandro Gimenez Pinto, Aparecida de Fátima Máximo dos Santos, Valdenir Pereira de Almeida, Mariana Pereira dos Santos Graciano, Rafael Alves Moreira e Caroline Bombardi Freitas Alves Moreira, aduzindo, em síntese, que foi condenado ao pagamento das custas processuais e honorários sucumbenciais devido ao advogado dos embargantes no valor de R$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais).

Arguiu que deve ser aplicado não apenas o princípio da sucumbência, mas também o princípio da causalidade.

Requer a reforma da decisão para excluí-lo da condenação ao pagamento dos honorários sucumbenciais e das custas processuais.

Em contrarrazões, os apelados pugnam pelo improvimento do recurso (f. 408-12).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Helio Freitas Mafra contra sentença nos autos de embargos de terceiro formulados por Ivan Eduardo de Campos, Ivonei Durigon, Patrícia Dayse Paludo Durigon, Marco Antônio S. Riquelme, Adriana de Lima Quirino, Priscila Pesqueira de Souza, Vitor Dee Hoyo Néri, Seiiti Uehara, Jacinta Rodrigues de Andrade Uehara, Gustavo Silva Pelissaro, Janaína Ferreira Furtado, Sérgio da Trindade Viscardi, Vandro Gimenez Pinto, Aparecida de Fátima Máximo dos Santos, Valdenir Pereira de Almeida, Mariana Pereira dos Santos Graciano, Rafael Alves Moreira e Caroline Bombardi Freitas Alves Moreira, que o condenou ao pagamento dos honorários sucumbenciais devido ao advogado dos embargantes no valor de R$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais) e das custas processuais.

Argui que deve ser aplicado não apenas o princípio da sucumbência, mas também o princípio da causalidade, uma vez que não tinha conhecimento de que o bem arrestado era de terceiros.

O presente recurso limita-se aos honorários advocatícios e custas processuais.

O recurso merece prosperar.

Pelo princípio da causalidade, deve arcar com os encargos de sucumbência aquele que deu causa à instauração do processo ou ao incidente processual.

Inicialmente, faço um breve resumo dos fatos ocorridos na ação de execução interposta pelo recorrente:

a) nos autos de execução interpostos pelo recorrente, foi procedido o arresto do imóvel de propriedade dos apelados (f. 61) e, posteriormente, o recorrente informa ao juízo *a quo* que o Cartório do Registro de Imóveis procedeu à penhora em vez de arresto, conforme cópia da matrícula do imóvel (Registro n. 12 em 20.8.2008) (f. 69).

b) o recorrente, às f. 108-9, requereu o levantamento do arresto em virtude de o imóvel pertencer a terceiros, o que foi deferido pelo magistrado, cujo teor da decisão transcrevo:

> 1. F. 108-9: O exequente noticia erro no cumprimento do registro e levantamento do arresto feito nestes autos, por pertencer a terceiros conforme decisão da justiça do trabalho. Assim, defiro o pedido. Faça-se o levantamento do arresto de f. 61, e remeta-se ofício ao cartório de registro de imóveis, como requerido às f. 108-9, anotando-se inclusive o levantamento do arresto. Revogo o item 3 de f. 104. Junte-se cópia deste despacho no apenso, Processo n. 002.09.101501-6[...]. (g.n.)

Com os relatos ocorridos na ação de execução, verifico que o recorrente não ficou omisso ao saber que o imóvel indicado na inicial era de terceiros, pois logo informou o juízo para proceder ao levantamento, inclusive com erro do Cartório de Registro de Imóveis que em vez de arresto registrou como **penhora**.

Quando intimado na ação de embargos de terceiros para apresentar defesa, o recorrente não opôs resistência à desconstituição da penhora, inclusive requereu a extinção dos autos e a desistência do arresto nos autos de execução (f. 365-7).

Em minuciosa análise dos documentos juntados aos autos, verifico que os contratos de compromisso de compra e venda dos apelados datam entre o período de 5.12005 a 15.7.2005 (f. 40-119), portanto anteriores ao ajuizamento da ação de execução em 1.11.2006.

Assim, houve desídia dos apelados pelo não registro dos contratos de compra e venda referente ao imóvel, no cartório competente, dando causa ao gravame da penhora.

Assim, não tenho dúvida em aplicar a Súmula 303 do STJ, *in verbis*:

Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios.

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. AFASTAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELO EXEQÜENTE QUE DEU CAUSA AO AJUIZAMENTO DOS EMBARGOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. SÚMULA N. 303/STJ. DESISTÊNCIA DA EXECUÇÃO APÓS A APRESENTAÇÃO DE EMBARGOS. SÚMULA N. 153/STJ. RECURSO DESPROVIDO. 1. Em regra, os ônus sucumbenciais devem ser aplicados em conformidade com o princípio da sucumbência. Entende-se, assim, que o sucumbente é considerado responsável pelo ajuizamento da ação, de maneira que deve ser condenado nas despesas processuais. Todavia, há casos em que, embora sucumbente, a parte não deu causa ao ajuizamento da ação, não devendo, por conseguinte, sobre ela recair os ônus da sucumbência. Nessas hipóteses, então, o princípio da sucumbência deve ser aplicado em consonância com o princípio da causalidade, segundo o qual as despesas processuais e honorários advocatícios devem ser suportados por quem deu causa à instauração. (REsp n. 636219/SP, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 7.8.2007).

Nesse sentido tem decido a 4ª Turma Cível:

> APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DE TERCEIRO - PROCEDÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SUCUMBÊNCIA - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 303 DO STJ - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> Em regra, os ônus sucumbenciais devem ser aplicados em conformidade com o princípio da casualidade, segundo o qual as despesas processuais e honorários advocatícios devem ser suportados por quem deu causa à instauração do processo.
>
> Todavia, há casos em que, embora sucumbente, a parte não deu causa ao ajuizamento da ação, não devendo, por conseguinte, sobre ela recair referidos ônus.
>
> Em se tratando de embargos de terceiro, deve o magistrado, na condenação dos ônus sucumbenciais, atentar para os princípios da sucumbência e da causalidade, pois há casos em que o embargante, embora vencedor na ação, é o responsável por seu ajuizamento, devendo sobre ele recair as despesas do processo e os honorários advocatícios.
>
> Se os terceiros, que intentaram os embargos, não averbaram o contrato particular de compra e venda no Registro de Imóveis, denota ter sido a sua própria inércia a causadora da constrição judicial, motivadora da medida judicial.
>
> Incidência, na hipótese, da Súmula n. 303/STJ, segundo a qual "em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios".
>
> Recurso conhecido e provido para afastar a imposição dos ônus da sucumbência. (AC n. 2009.018292-1, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 4.8.2009).

Diante do exposto, conheço do recurso e voto no sentido de dar provimento, para inverter os ônus de sucumbência e determinar a condenação dos embargantes apelados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos) reais, dos quais fica o apelante isento, ficando mantida a extinção do feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Josué de Oliveira e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 19 de julho de 2011.

***

Quarta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.018735-1 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA EM DIVÓRCIO – ALEGAÇÃO DE DOAÇÃO INOFICIOSA PREJUDICIAL A HERDEIRO NECESSÁRIO (ART. 549 DO CCB) – PRELIMINAR DE CONHECIMENTO DE AGRAVOS REJEITADA – AFASTAMENTO DA SÚPLICA DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – MÉRITO – CONFIGURAÇÃO DE CONLUIO PARA BURLAR OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DE FILHO – SENTENÇA DE NULIDADE MANTIDA – PRESERVAÇÃO DA CONDENAÇÃO ÀS PENAS POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – INTELIGÊNCIA DAS PARTICULARIDADES FÁTICAS DO PROCESSO – RECURSO DESPROVIDO.

Tratando-se de processo que envolve réus patrocinados autonomamente por advogados diversos, a requerida - ora apelante - é desprovida de legitimidade para postular o conhecimento do agravo retido interposto unicamente pelo demandado, defendendo a concessão individual e incomunicável de justiça gratuita.

Incabível a utilização do princípio da fungibilidade recursal para o conhecimento de agravo de instrumento incorretamente interposto em primeiro grau, como se fosse agravo retido.

Se os juízes atuantes no feio facultam aos demandados todas as defesas possíveis, não há falar em nulidade da sentença em virtude de cerceamento probatório.

Segundo o art. 549 do CCB, é nula a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. Comprovado o ajuste entre o pai do prejudicado e terceira pessoa, visando a burlar a regra, deve ser reputado nulo o ato jurídico permeado pela mácula, no caso a partilha inoficiosa de bens em sede de divórcio consensual.

Evidenciado o conluio de procrastinação existente entre os réus, não há falar em supressão das penas por litigância de má-fé, arbitradas razoavelmente em 1% sobre o valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de agosto de 2011.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Ridete Garstens da Cunha interpôs apelação (f. 554-69), irresignada com a sentença (f. 535-8) que julgou procedente o pedido formulado na ação anulatória promovida por Mario Victor Fernandes Cunha,

declarando a nulidade da partilha realizada entre ela e o pai do autor, Sr. Stélio Garcia Cunha, nos autos da Ação de Divórcio n. 001.02.824904-7, imputando-lhes o pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa, a título de litigância de má-fé, mais custas e honorários arbitrados em R$ 10.542.29 (dez mil, quinhentos e quarenta e dois reais e vinte e nove centavos), na proporção de 50% para cada um dos requeridos.

Requer preliminarmente: a) o conhecimento e provimento dos agravos interpostos às f. 442-84 e 514-9, de molde a anular o processo, retornando-se à sua fase probatória e b) a nulidade da sentença sob o argumento de cerceamento de defesa, argumentando ser de rigor a concessão da gratuidade legal ao co-réu Stélio Cunha e a revisão do valor cobrado pela perícia nos imóveis envolvidos, baixando-se os autos para rejulgamento dessas questões.

Quanto ao mérito, bate-se pela improcedência do pedido, alegando em síntese: a) não terem sido corretamente avaliadas as provas do processo; b) não haver falar em comprometimento da legítima, mesmo porque, à luz do Código Civil, ninguém pode exigir herança de pai vivo e c) ser incabível a sua condenação às penas da litigância de má-fé, devendo a mora processual ser imputada unicamente ao codemandado Stélio Cunha, a quem cabia regularizar administrativamente os bens discutidos na demanda.

Recurso tempestivo, preparado, respondido e regularmente processado.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

É apelo interposto por Ridete Garstens da Cunha (f. 554-69), irresignada com a sentença (f. 535-8) que julgou procedente o pedido formulado na ação anulatória promovida por Mario Victor Fernandes Cunha, declarando a nulidade da partilha realizada entre ela e o pai do autor, Sr. Stélio Garcia Cunha, nos autos da Ação de Divórcio n. 001.02.824904-7, imputando-lhes o pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa, a título de litigância de má-fé, mais custas e honorários arbitrados em R$ 10.542.29 (dez mil, quinhentos e quarenta e dois reais e vinte e nove centavos), na proporção de 50% para cada um dos requeridos.

Requer preliminarmente: a) o conhecimento e provimento dos agravos interpostos às f. 442-84 e 514-9, de molde a anular o processo, retornando-se à sua fase probatória e b) a nulidade da sentença sob o argumento de cerceamento de defesa, argumentando ser de rigor a concessão da gratuidade legal ao co-réu Stélio Cunha e a revisão do valor cobrado pela perícia nos imóveis envolvidos, baixando-se os autos para rejulgamento dessas questões.

Quanto ao mérito, bate-se pela improcedência do pedido, alegando em síntese: a) não terem sido corretamente avaliadas as provas do processo; b) não haver falar em comprometimento da legítima, mesmo porque, à luz do Código Civil, ninguém pode exigir herança de pai vivo e c) ser incabível a sua condenação às penas da litigância de má-fé, devendo a mora processual ser imputada unicamente ao codemandado Stélio Cunha, a quem cabia regularizar administrativamente os bens discutidos na demanda.

Resumindo, cuida-se na origem de uma ação anulatória de partilha na qual o autor, Mario Cunha, acusa a prática de simulação entre seu pai, Stélio Cunha e a terceira apelante Ridete da Cunha, através da transmissão inoficiosa de bens, visando a burlar os seus interesses enquanto herdeiro necessário. Conforme a versão inicial, escondendo o reconhecimento de sua filiação do juiz responsável pela homologação de acordo firmado na Ação Consensual de Divórcio n. 001.02.824904-7, o requerido doou à requerida praticamente todos os seus bens, na tentativa blindar os direitos sucessórios decorrentes da paternidade, incorrendo na previsão do art. 549 do CCB, que dispõe ser nula a doação quanto à parte que exceder à de

que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

Instados, os acionados limitaram-se a suscitar preliminares de prescrição e decadência, insistindo também na impossibilidade de discussão de herança de pessoa viva e na ausência de agressão à parte legítima do postulante.

Após a réplica, sobreveio a decisão de saneamento (f. 224-7), na qual, além de afastar todas as preliminares, o juiz fixou os pontos controvertidos na apresentação e avaliação de todos os bens que compunham o patrimônio do pai do requerente na época da partilha, imputando ao polo passivo a responsabilidade exclusiva pela consecução e custos desta prova.

Preclusa a interlocutória sem interposição de recursos, malgrado terem recolhido o pagamento dos honorários periciais relativos à avaliação de alguns bens situados em Corumbá, os demandados passaram a travar o processo quanto à avaliação dos bens situados em Campo Grande, alegando pendências administrativas quanto à matrícula e títulos de propriedade e resistindo à fixação de honorários periciais mensurados com base em tabelas oficiais da área de conhecimento envolvida.

Após, várias marchas e contramarchas, destacando-se a suspensão do feito para cumprimento de providências envidadas sem sucesso, os réus peticionaram às f. 431-2 e 438, Stélio requerendo o benefício da justiça gratuita e Ridete pugnando, uma vez mais, pela redução do valor cobrado pelo perito. O magistrado indeferiu os pleitos e, reconhecendo o ânimo de procrastinação, reputou os requeridos litigantes de má-fé, dando por exaurida a fase probatória, seguindo-se então, a sentença de procedência do pedido anulatório, ora atacada unicamente pela demandada Ridete.

Assentadas tais premissas, passo a conhecer da súplica, iniciando com a superação das preliminares.

Os agravos não merecem conhecimento.

Ponderado tratar-se de processo envolvendo réus patrocinados autonomamente por advogados diversos, a requerida - ora apelante - é desprovida de legitimidade para postular o conhecimento do agravo retido interposto unicamente pelo demandado (f. 514-9), defendendo a concessão individual e incomunicável de justiça gratuita.

Ademais, impossível receber como retido o agravo encartado às f. 442-84. A leitura de tal peça expõe a falha de interposição da insurgente ao desafiar decisão interlocutória mediante a distribuição de recurso de agravo de instrumento dirigido ao próprio juiz do processo, quando o correto seria manejá-lo diretamente à Corte Estadual (art. 524, *caput*, do CPC). Bem se vê que os advogados valeram-se, em julho de 2009, do rito previsto para este recurso antes do advento da reforma processual de 1995, ultrapassada há mais de dezesseis anos. Daí, a constatação desse erro crasso revela óbice intransponível à utilização da fungibilidade, a qual pressupõe a pendência de dúvida objetiva acerca do caminho de impugnação a ser seguido, inocorrente na espécie.

Em casos similares, tem sido uníssona a orientação do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO.
>
> Interposição em primeiro grau, endereçada ao respectivo juiz. Procedimento previsto na antiga redação do artigo 524 do Código de Processo Civil, já alterado desde 1995, por força da Lei n. 9.139. Tolerância inadmissível depois de tanto tempo de vigência

> das novas normas, devendo-se considerar que houve erro grosseiro. Intempestividade irremediável. Recurso não conhecido. (TJSP, Ag n. 990.10.236781-9, Rel. Des. Ulisses Ramos, Décima Terceira Câmara de Direito Privado, DJ de 10.5.2010).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO [...]
>
> Interposição em primeiro grau que constitui erro grosseiro e inescusável. Recurso não conhecido. (TJSP, Ag n. 759.806.5-7-00, Rel. Des. Osni de Souza, Nona Câmara de Direito Público, DJ de 2.4.2008).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO [...]
>
> Indevido endereçamento ao Juízo de Primeiro Grau. Erro Grosseiro que não admite tergiversação e desobediência ao comando do artigo 524 do CPC. (TJSP, Ag n. 1209.552-0, Primeira Turma, Rel. Juiz Cunha Garcia, DJ de 22.10.2003).

Assim, não conheço dos agravos.

Por outro lado, é anódina a tese de nulidade da sentença sob o argumento de cerceamento de defesa, pois, conforme já relatado, os juízes atuantes no processo facultaram aos acionados todos os esclarecimentos possíveis. A falta de implementação de determinadas provas só pode ser imputada aos interessados que, combinados, fizeram de tudo para atrasar o desfecho da causa, criando alegações vazias de hipossuficiência financeira e evitando a tomada célere de providências administrativas para regularizar o registro do patrimônio debatido.

Neste aspecto, aliás, conveniente se mostra a citação das lições de Theodoro Jr. (*in* **Curso de direito processual civil**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 370. v. 1), quando, discorrendo sobre as possibilidades probatórias, faz a seguinte advertência:

> O processo é um método de composição dos litígios. As partes têm que se submeter às suas regras para que suas pretensões, alegações e defesas sejam eficazmente consideradas. A mais ampla defesa lhes é assegurada, desde que feita dentro dos métodos próprios da relação processual.
>
> Assim, se a parte não cuida de usas as faculdades processuais [...] culpa não cabe ao juiz[...] Só às partes [...] pode ser imputada semelhante deficiência [...].

Destarte, rejeito igualmente a arguição de cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito, preservo o resultado de procedência do pedido.

Inicio, coletando a correta interpretação do artigo 549 do CCB, condensada no abalizado ensinamento de Nelson Rosenvald (**Código Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Manole. Coordenador Ministro Cezar Peluso. p. 597-8):

> A presente norma objetiva preservar a expectativa patrimonial dos herdeiros necessários do doador, evitando a doação inoficiosa.
>
> A doação inoficiosa consiste em todas as liberalidades que ultrapassem a metade disponível do doador ao tempo da liberalidade. Qualquer alienação gratuita que alcance a metade indisponível dos herdeiros necessários será passível de nulificação por esses interessados – descendentes, ascendentes e cônjuge -, eis que eles detêm de pleno direito à legítima (art. 1789 e art. 1846).

> O fundamento da proteção da legítima é um encontro entre a autonomia privada e a solidariedade familiar. O primeiro princípio se desenvolve na possibilidade de o doador ou testador determinar o destino da metade disponível. O segundo, na proteção da família, visando ao bem comum.
>
> Ora, se ao tempo da morte são redutíveis as disposições testamentárias que excedam a metade disponível (art. 1967 do CC), simetricamente não se poderá alcançar tal excesso mediante doações, esique a tutela da metade indisponível dos herdeiros necessários já existe em vida do doador e não apenas para o tempo de seu óbito[...] a ação de redução das doações inoficiosas poderá ser ajuizada em vida. Equivocam-se os que pensam se tratar de discussão sobre herança de pessoa viva (art. 426 do CC). Em verdade, temos um contrato de doação, negócio jurídico inter vivos cuja nulidade surge ao tempo da liberalidade. Aí nasce a pretensão imprescritível (art. 169 do CC) à redução do excesso, pois se deu a violação do direito subjetivo à legítima do herdeiro necessário. Não se confunda a hipótese com o testamento, negócio jurídico cuja eficácia é postergada para o tempo da morte, só então passível de discussão quanto ao seu conteúdo.

O preceito é adequado à espécie, restando plenamente demonstrado que, ajustados para burlar a legítima cabível ao autor, o seu pai e a ora recorrente firmaram partilha em divórcio consensual, ocultando a existência do sucessor e acordando a transmissão de bens além da parte cabível à meação, num verdadeiro propósito de doação inoficiosa. Assim, ponderada a complexidade da questão e a confusão patrimonial propositadamente criada pelos envolvidos na fraude, o melhor caminho é o decreto de nulidade total da partilha, a fim de que seja constituída outra, observados, desta vez, os exatos limites dos direitos ostentados pelo herdeiro necessário.

Enfrentando caso análogo, assim também já decidiu o Tribunal da Cidadania:

> SEPARAÇÃO CONSENSUAL – RECONHECIMENTO DE QUE HOUVE DOAÇÃO INOFICIOSA – PARTILHA QUE DEVE SER ANULADA – APLICAÇÃO DO ART. 1776 DO CÓDIGO CIVIL. – ART. 535 DO CPC – AUSÊNCIA DE OMISSÃO.
>
> Se foi reconhecido que a partilha, em separação consensual, foi feita em desobediência à Lei, caracterizando verdadeira doação inoficiosa em favor da esposa, a única conclusão lógica é de que ela deve ser refeita, para preservar os interesses das partes envolvidas. Devem ser trazidos à colação todos os bens que integravam o patrimônio do cônjuge falecido, antes da separação, para efeito do cálculo do que fica como liberalidade e do que vai para o acervo partilhável (para a herdeira necessária). (REsp n. 154948/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 19.2.2001, DJ de 4.6.2001, p. 168).

Por fim, evidenciado o conluio de procrastinação existente entre os réus, não há falar em supressão das penas por litigância de má-fé, arbitradas razoavelmente em 1% sobre o valor da causa (R$ 1.054,29). A cominação deve ser mantida, tanto pelo seu caráter punitivo, quanto pedagógico, de modo a vedar que as partes lancem mão de expedientes infundados para atrasar o processo. Neste sentido, tem assentado o STJ, conforme se infere do AgRg no Ag n. 1165641/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17.5.2011, DJ de 20.5.2011.

Em face do exposto, conheço do apelo e a ele nego provimento, mantendo íntegra a sentença hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Josué de Oliveira e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 2 de agosto de 2011.

***

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2010.028393-5 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO REGRESSIVA DE INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – TRANSAÇÃO RELATIVA À FRANQUIA ENTRE SEGURADO E CAUSADOR DO DANO – DIREITO À COBRANÇA DOS PREJUÍZOS PELA SEGURADORA – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS – INCIDÊNCIA A PARTIR DO DESEMBOLSO – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

É lícito à seguradora acionar o causador de danos ao veículo por ela segurado para ressarcimento das despesas que foi forçada a suportar com o seu reparo.

Em se tratando de ação regressiva ajuizada pela seguradora contra o causador do sinistro, em decorrência da sub-rogação, a responsabilidade é aquiliana, porquanto extracontratual, deve, portanto, incidir a correção monetária e os juros moratórios a partir do efetivo prejuízo, que no caso conta-se da data do desembolso pela seguradora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de junho de 2011.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Cuida-se de apelações cíveis interpostas respectivamente pelas partes contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação regressiva de indenização que Indiana Seguros S.A. move em desfavor de Moacir Joaquim de Matos – ME – e Romeu Ferraz.

A empresa-apelante alega, em síntese, que:

A causa determinante do acidente deu-se por culpa exclusiva do segurado da autora, consoante se verifica do registro realizado pela 6ª Cia Independente de Trânsito PM/MS, visto que o automóvel do recorrente se encontrava em uma rotatória e foi abalroado pelo veículo da SAAMET, que não parou para adentrar na rotatória, vindo a colidir violentamente com o automóvel V2, causado pelo excesso de velocidade que imprimia ao adentrar na rotatória (f. 302)

A sentença objurgada deverá no caso de ser mantida, o que não cremos, deverá ser reformada para ser reduzida ao valor dos prejuízos materiais, constantes dos orçamentos dos autos, abatido do

valor auferido pela venda do veículo efetuada pela seguradora, bem maior do que os valores dos danos materiais (f. 314).

Em relação aos cálculos da correção monetária e juros, deverão incidir a partir da citação e não como determinado em sentença (f. 314).

O recorrente Romeu Feraz, por sua vez, afirma que:

> O apelante sempre sustentou que não causou o acidente. Também não anuiu ao pagamento noticiado a f. 100, de modo que, no que lhe diz respeito, não pode ser reputado como reconhecimento de culpa (f. 325).
>
> A seguradora apresentou diversas explicações, mas nenhuma que justifique porque o apelante deva pagar pelo valor total do veículo se a colisão se deu na parte dianteira do veículo e mal chegou a entortar o capô (f. 328).

Ao final, requer "*[...] a reforma da sentença para que seja, julgado improcedente o pedido indenizatório ou, alternativamente, se mantida a condenação, seja esta limitada ao valor do prejuízo efetivamente causado [...].*" (f. 328).

Devidamente intimada, a seguradora-apelada apresentou contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Cuida-se de apelações cíveis interpostas contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação regressiva de indenização que Indiana Seguros S.A. move em desfavor de Moacir Joaquim de Matos – ME – e Romeu Ferraz.

Verifica-se dos autos que a seguradora ora apelada propôs a referida ação regressiva de indenização em face da microempresa-apelante e de Romeu Ferraz, sustentando que o veículo de propriedade da empresa Saamet Serv. de Ass. e Assist. Méd. Trab., segurado da autora através da Apólice n. 5961601, envolveu-se em um acidente de trânsito em 26 de dezembro de 2002, por culpa do recorrente Romeu Ferraz, que se encontrava a trabalho da microempresa.

Afirma a seguradora apelada que em virtude do sinistro noticiado os prejuízos alcançaram o montante de R$ 14.573,74, minimizados pela venda da sucata do referido veículo. Assim, aduz que suportou dano de R$ 8.073,74, razão pela qual requer o recebimento do mencionado valor acrescido dos consectários legais.

De plano, anoto que os recursos serão analisados concomitantemente, pois as matérias neles discutidas se entrelaçam.

Com efeito, consta dos autos que o ora recorrente Romeu Ferraz, no dia 26.12.2002, estava conduzindo o veículo GM/Corsa, de propriedade de Moacir Joaquim de Matos – ME –, quando colidiu com o automóvel de propriedade da empresa Saamet Serv. de Ass. e Assist. Méd. Trab., conduzido por Luiz Henrique Gonçalves Ishikawa, segurado da recorrida, na Rua Aluízio de Azevedo, próximo a uma rotatória.

O cerne da questão posta em julgamento, portanto, cinge-se em saber quem foi o responsável pela causa do sinistro, a fim de que seja responsabilizado a ressarcir a seguradora apelada pelos prejuízos advindos do acidente.

Ora, colhe-se do conjunto probatório, sobretudo pelo recibo de f. 100, que o apelante Romeu Ferraz foi o responsável pelo acidente, tanto que a microempresa também ora apelante, acordou com o proprietário do veículo segurado o pagamento do valor referente à franquia, assumiu, portanto, a culpa pelo resultado do evento.

Ocorre que, de fato, o acordo celebrado entre o causador do dano e o segurado não afasta o direito da seguradora de reclamar os gastos que teve com o conserto do veículo, pois não participou do negócio jurídico firmado entre a empresa e o condutor do seu veículo, de cuja celebração nem sequer teve ciência.

Neste sentido:

> REPARAÇÃO DE DANOS - ACIDENTE DE TRÂNSITO -TRANSAÇÃO RELATIVA À FRANQUIA ENTRE SEGURADO E CAUSADOR DO DANO - DIREITO DE REGRESSO DA SEGURADORA. É lícito à seguradora acionar o causador de danos ao veículo por ela segurado para ressarcimento das despesas que foi forçada a suportar com o seu reparo, em virtude de regresso, posto que a eventual transação extrajudicial ocorrida entre o agente culpado pelo evento e seu segurado em relação à franquia do seguro, sem a sua participação, não tem o condão de impedir a cobrança das despesas que posteriormente foram por ela suportadas e não incluídas na avença[1]. (Grifei)

Portanto, não existe óbice algum no que diz respeito ao ajuizamento de ação regressiva pela seguradora contra o causador dos danos para ver-se ressarcida dos gastos que suportou.

Outrossim, no que tange à alegação de ausência de perda total, oportuno transcrever o posicionamento adotado pelo juízo *a quo* sobre referido tópico:

> […] autor instruiu a inicial com o Boletim de Ocorrência, fotografias e orçamentos atestando a violência da colisão. Juntou também diversos documentos demonstrando a constatação de perda total, com o pagamento do valor correspondente. Há ainda, nota fiscal comprovando a venda do salvado, relatório de inspeção do veículo, e orçamento para conserto. Trata-se de farto conjunto probatório, sendo de se ressaltar que a constatação de perda total não é de interesse da seguradora, pois o desembolso por ela realizado foi muito maior em função disso, não estando certa, sequer, de que viria a ser reembolsada. (f. 285)

Logo, não tendo os réus ora apelantes provado a falsidade ou imprestabilidade de tais documentos, devem ser mantidos como provas válidas.

Em se tratando de ação regressiva ajuizada pela seguradora contra o causador do sinistro, em decorrência da sub-rogação, a responsabilidade resultante de ato ilícito é aquiliana, porquanto extracontratual.

Assim, na espécie, é de se aplicar a Súmula n. 43 do STJ, segundo a qual: "*Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.*"

Destarte, a correção das despesas da seguradora deve ser contada a partir do efetivo desembolso por ela realizado.

Da mesma forma, não merece censura a sentença quanto à incidência dos juros moratórios a partir da data do efetivo prejuízo, porquanto se encontra em consonância com a Súmula n. 54 do STJ, a qual dispõe que "*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*", ou seja, a partir da data do efetivo prejuízo, que, no caso refere-se à data do desembolso.

1 TJMG, AC n. 2.0000.00.304294-4, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Duarte de Paula, DJ de 29.4.2000.

Nesse sentido, é também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Se a espécie é de ação de reparação de danos, ajuizada por seguradora contra o causador do sinistro, a responsabilidade é aquiliana, porquanto decorrente de ato ilícito, devendo os juros de mora fluírem a partir da data do efetivo desembolso e não da citação.[2]

Ante o exposto, nego provimento aos recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Divoncir Schreiner Maran e João Maria Lós.

Campo Grande, 22 de junho de 2011.

***

2 REsp n. 362566/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 15.4.2003, DJ de 5.5.2003, p. 302.

Órgão Especial
Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2011.013479-0/0001-00 - Capital
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – DECRETO N. 13.162/2011 – ICMS SOBRE OPERAÇÕES DE INTERNET – APREENSÃO DE MERCADORIAS – LIMINAR DEFERIDA APENAS PARA DETERMINAR A LIBERAÇÃO DAS MERCADORIAS COMPROVADAMENTE APREENDIDAS – AUSÊNCIA DE FUMAÇA DO BOM DIREITO PARA DETERMINAR A SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO DECRETO N. 13.162/2011 E A PROIBIÇÃO DE APREENSÃO DE MERCADORIAS – REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Presentes os requisitos, defere-se a liminar para determinar a liberação das mercadorias comprovadamente apreendidas, especialmente porque, nos termos do que dispõe a Súmula n. 323 do STF, "*é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos*."

Liminar indeferida em relação aos pedidos de sustação dos efeitos do Decreto n. 13.162/2011 e de proibição de novas apreensões de mercadorias, pois, ao menos por ora, verifica-se, sem prejuízo da apreciação exauriente quando do julgamento do mérito, que eles possuem caráter normativo, o que, a princípio, não se admite em mandado de segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao regimental.

Campo Grande, 6 de julho de 2011.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de agravo regimental interposto por B2W – Companhia Global do Varejo S.A. – Americanas.com, Submarino e Shoptime em face da decisão que deferiu, em parte, a liminar postulada no mandado de segurança impetrado contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e do Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, ato este consistente na edição do Decreto n. 13.162, de 247.4.2011, elaborado com base no Protocolo ICMS CONFAZ n. 21/2011, que lhe impôs o pagamento de ICMS nas operações de venda de produtos a clientes deste Estado e que vem justificando apreensões de mercadoria por ela enviadas aos consumidores sul-mato-grossenses.

Assevera a agravante, em síntese, que (i) não há falar em caráter normativo dos pedidos formulados no *writ,* pois o que se pretende ver suspensos são os efeitos do Decreto Estadual n. 13.162/2011, que são concretos e que estão causando enormes danos à agravante e aos consumidores deste Estado; (ii) a edição

do Decreto n. 13.162/2011 e a apreensão de mercadorias até que a impetrante pague o ICMS viola o artigo 155, § 2º, da Constituição, bem como o artigo 3º do Decreto n. 406/1968; (iii) não é possível criar fato gerador ou alíquota por decreto; (iv) "*são, pois, ilegais todas as apreensões passadas, presentes e futuras, realizadas com fundamento no não pagamento de ICMS neste Estado, tributo este, instituído ilegalmente pelo Decreto n. 13.162/2011*" (f. 16).

Requer, ao final, a reconsideração da decisão ou o provimento do recurso pelo Colegiado "*para o fim de sustar de imediato os efeitos do Decreto n. 13.162, ou, para impedir que as mercadorias presentes ou futuras comercializadas pela agravante sejam apreendidas ou retidas por conta da aplicação de tal decreto, como medida coercitiva para que o imposto nele previsto seja recolhido*" (f. 17).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por B2W – Companhia Global do Varejo S.A. – Americanas.com, Submarino e Shoptime em face da decisão que deferiu, em parte, a liminar postulada no mandado de segurança impetrado contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e do Secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, ato este consistente na edição do Decreto n. 13.162, de 24.4.2011, elaborado com base no Protocolo ICMS CONFAZ n. 21/2011, que lhe impôs o pagamento de ICMS nas operações de venda de produtos a clientes deste Estado e que vem justificando apreensões de mercadoria por ela enviadas aos consumidores sul-mato-grossenses.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, a decisão agravada restou assim fundamentada:

Com efeito, a liminar requerida no presente *writ* contém, em si, três pedidos, quais sejam, (i) imediata liberação das mercadorias apreendidas; (ii) proibição de novas apreensões e retenções com base no referido decreto; e (iii) sustação dos efeitos do Decreto n. 13.162/2011.

No que se refere ao primeiro pedido supramencionado, os requisitos para o deferimento da liminar encontram-se presentes.

Com efeito, o requisito da relevância dos fundamentos está evidenciado pela constatação, neste juízo perfunctório, típico desta fase processual, de que o Estado apreendeu mercadorias enviadas pela impetrante como forma de obter o pagamento de tributos (f. 44-50), o que encontra óbice expresso na Súmula n. 323 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "*é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos*."

Vale anotar que a apreensão ou retenção da mercadoria, segundo CARRAZA, "*visa apenas assegurar a prova material da infração cometida. Por isso mesmo, deve subsistir somente enquanto estiver sendo realizada a coleta dos elementos necessários à caracterização de eventual ilícito tributário*."

E continua o referido tributarista:

As questões tributárias-penais existentes deverão ser resolvidas no procedimento administrativo ou no processo judicial adequado.

Em suma, é injurídica a retenção da mercadoria apreendida, para forçar o recolhimento do tributo ou da multa.[1]

No caso, as informações constantes nos documentos de f. 44-50 são suficientes para a instauração de processo administrativo para apurar eventual infração fiscal, não mais havendo, a princípio, motivo para a manutenção da retenção das mercadorias enviadas pela impetrante a seus clientes.

De outro norte, não vislumbro os requisitos para a concessão de liminar em relação aos demais pedidos, pois, ao menos por ora, verifico, sem prejuízo da apreciação exauriente quando do julgamento do mérito, que eles possuem caráter normativo, o que, a princípio, não se admite em mandado de segurança.

Ante o exposto, defiro a liminar requerida para determinar a liberação das mercadorias indicadas nos documentos de f. 44-50, desde que o único motivo da referida apreensão seja o não recolhimento do ICMS previsto no Decreto n. 13.162/2011.

As razões apresentadas neste regimental não me convencem a rever o posicionamento adotado monocraticamente, pois, como dito, verifico, ao menos nesta análise perfunctória, que os pedidos de sustação dos efeitos do Decreto n. 13.162/2011 e de proibição da apreensão de mercadorias possuem caráter normativo.

Diante de tais argumentos, conheço do agravo regimental, porém nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, Oswaldo Rodrigues de Melo, Josué de Oliveira, João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Marilza Lúcia Fortes, Dorival Renato Pavan e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 6 de julho de 2011.

***

1 CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 522.

Primeira Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.025213-9 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRELIMINAR DE DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – CONTRATO DE SEGURO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – EMBRIAGUEZ DO FILHO DO SEGURADO QUE CONDUZIA O VEÍCULO – COMPROVAÇÃO – AGRAVAMENTO DE RISCO – NEGATIVA DE COBERTURA – POSSIBILIDADE – RECURSO NEGADO PROVIMENTO.

O estado etílico do filho do segurado, também devidamente autorizado na apólice, além de importar em agravamento do risco objeto do contrato, foi determinante para a ocorrência do acidente, o que afasta o dever da seguradora de efetuar o pagamento dos valores reclamados.

A cláusula do contrato de seguro que enumera os riscos com cobertura contratual e exclui aqueles que não são garantidos não é abusiva, nos termos do artigo 760 do Código Civil o Código de Defesa do Consumidor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de agosto de 2011.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelação cível interposta por Joubert Receres Mateus contra sentença que julgou improcedente a ação de cobrança cumulada com indenização por dano material e moral proposta em face da Itaú Seguros S.A.

Aduz o apelante que:

> - […] julgamento dos embargos de declaração foi genérico, devendo, bem por isso, ser anulado ante a total ausência de fundamentação. (f. 259)
>
> - […] Não há nos autos nenhuma prova de que o condutor do veículo segurado estava dirigindo embriagado e que tal situação foi determinante para a verificação do evento sinistroso (f. 263)
>
> - [...] outro ponto revelante que milita em desfavor da recorrida e que não foi considerado pela sentença recorrida, diz respeito a manifesta ausência de publicidade e prévio conhecimento pelo segurado das cláusulas limitativas de cobertura securitária (f. 268)

Por fim, requer o provimento do presente recurso.

Devidamente intimada, a apelada apresentou contrarrazões (f. 281-336).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Joubert Receres Mateus contra sentença que julgou improcedente a ação de cobrança cumulada com indenização por dano material e moral proposta em face da Itaú Seguros S.A.

Com efeito, o autor ora apelante sustenta que firmou contrato de seguro de veículo com a seguradora apelada e que, no período de vigência da apólice 1.31.2094658-0, seu filho, João Paulo de Souza Mateus, envolveu-se em um acidente, oportunidade em que houve perda total do veículo.

Entretanto, a seguradora negou cobertura aos danos decorrentes do sinistro, sob o argumento de que o condutor, no momento do acidente, estava sob efeito de álcool, circunstância que exclui o risco conforme o item 4, subitem 4.1 das Condições Gerais da Apólice.

Diante de tais fatos, o autor, ora apelante, ajuizou ação de cobrança cumulada com danos materiais e morais contra a seguradora apelada, pleiteando ressarcimentos no importe de R$ 31.646,17 e R$ 10.000,00, respectivamente.

O magistrado de piso, ao analisar a matéria, decidiu que:

> Diante do exposto, julgo improcedente o pedido inicial formulado por Joubert Receres Mateus contra Itaú Seguros. Via de consequência o feito tem o mérito resolvido a par do que determina o artigo 269, I do CPC. Como corolário, condeno o autor no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo, em atenção ao comando inserto no artigo 20, § 4º do CPC, em R$ 3.000,00 (três mil reais), os quais, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, deverão ser quitados sob pena de incidência da multa decenal prevista no artigo 475-J do CPC.

Da preliminar de ausência de dialeticidade suscitada em sede de contrarrazões.

A apelada, em suas contrarrazões, afirma que "*ao interpor o presente recurso, o apelante limitou-se a discutir que suas ponderações lançadas na inicial estavam corretas, não atacando a sentença objurgada, não tendo, em nenhum momento, apontado em que consiste o desacerto da decisão*" (f. 283)

Sem razão, entretanto, a recorrida.

Com efeito, observa-se que a petição do recurso de apelação contém os fundamentos que embasaram o inconformismo dos recorrentes, demarcando, por conseguinte, a extensão do contraditório perante este órgão recursal e apontando, portanto, as razões pelas quais pretendem a reforma da sentença, tanto que isto possibilitou à ora recorrida manifestar a sua contrariedade.

Destarte, está o apelo suficientemente motivado e, por conseguinte, não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade.

Por tais razões, afasto a preliminar.

Sustenta o ora apelante, no mérito, que "*como o d. julgador monocrático negou-se a apreciar e a enfrenta as pertinentes questões ventiladas pelo recorrente nos embargos de declaração, impõe-se, com fulcro no artigo 533, II do CPC, a decretação de nulidade da sentença*" (f. 262)

O cerne da questão posta no recurso como se tratando de preliminar confunde-se com o mérito e, com ele, passo à sua análise.

É fato incontroverso que, em 29.3.2008, o veículo segurado sofreu perda total, após acidente de trânsito envolvendo João Paulo de Souza Mateus, filho do autor ora apelante, devidamente listado na apólice como um dos condutores habituais do veículo.

Acionada a proceder ao pagamento da indenização, a seguradora apelada negou-se a fazê-lo, sob o argumento de que ocorreu hipótese de exclusão da cobertura, pois "*a seguradora não indenizará: 4.1 – Nenhum tipo de dano decorrente de [...] e) acidente envolvendo o veículo segurado quando dirigido por pessoa, qualquer que seja, sob o efeito de álcool, entorpecente ou de substância tóxicas*" (f. 48)

Pois bem. Dispõe o artigo 760 do Código Civil:

> Art. 760. A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os ricos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário.
>
> Parágrafo único. No seguro de pessoas, a apólice ou o bilhete não podem ser ao portador.

Como se observa, o Código Civil possibilita à seguradora eleger os riscos a que dará cobertura contratual e excluir aqueles que não pretende garantir.

No caso em apreço, a apelada, para justificar a negativa de pagamento da indenização, baseia-se no disposto das condições gerais do contrato de seguro, mais especificadamente no tópico que trata dos riscos excluídos.

Trata-se, na realidade, de cláusula limitativa dos riscos assumidos pelo segurador, o que é perfeitamente admissível em nosso direito, desde que formulada dentro dos parâmetros legais.

Nesse sentido:

> EMENTA: COBRANÇA – CONTRATO – SEGURO –VEÍCULO AUTOMOTOR – COBERTURA – RISCO – EXCLUSÃO – EMBRIAGUEZ – CONDUTOR – CLÁUSULA – LEGALIDADE – PAGAMENTO – INDENIZAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. Nos contratos de seguro de veículo automotor não torna-se abusiva a cláusula limitativa do risco em razão de embriaguez do seu condutor, por consentânea com a legislação de trânsito. Constando cláusula expressa excluindo o risco nos contratos de seguro de veículo automotor, justifica-se a negativa de indenização quando verificada a ingestão excessiva de bebida alcoólica pelo seu condutor. (Grifei)
>
> COBRANÇA – SEGURO DE AUTOMÓVEL – PERDA TOTAL – EMBRIAGUEZ DO MOTORISTA – HIPÓTESE COMPROVADA – RISCO NÃO COBERTO – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – RECURSO PROVIDO. Comprovada nos autos através do Boletim de Ocorrência e do diagnóstico médico a embriaguez do motorista, fica a Segurado isenta do pagamento da indenização decorrente da perda total do veículo.

Na hipótese, aliás, cumpre ressaltar o posicionamento do magistrado ao analisar os embargos de declaração opostos pelo recorrente:

> [...] esse juízo tem firmado entendimento de que desaparece o direito ao seguro quando provado que o motorista, voluntariamente, se colocou em situação de aumento de risco. Ora, acaso seria necessária uma cláusula contratual para que o autor não dirigisse a 150 Km/h numa via de 40 Km/h? Ou ainda que não atravessasse o sinal vermelho, sob pena de, um eventual acidente? (f. 248)

Destaca-se, ainda, a propósito, que a ficha de atendimento médico acostado aos autos às f. 50 é suficiente para sedimentar a provada alcoolemia, pois o plantonista constatou o uso de bebida alcoólica e o médico que atendeu o condutor do veículo reafirmou, às f. 221, a embriaguez com base no exame físico do condutor.

Consta, inclusive, do documento de f. 50:

> [...] acidente de carro, [...] às 22:00 h. Agora com cefaleia. Acordado, alcoolizado

Por sua vez, a declaração prestada pelo médico em juízo afirma que:

> Esclareço que atendi a João Paulo de Souza Mateus no Prontomed da Santa Casa, na Madrugada de 30.3.2008, com história de acidente de carro; ao exame neurológico sem sinais de focalização; perguntado se tinha ingerido bebida alcoólica, respondeu que tinha bebido um pouco; clinicamente encontrava-se com conjuntivas oculares muito congestionadas. [...] Minha avaliação só confirmou o primeiro exame clínico feito pelo plantonista Dr. Kleber Francisco Meneguel Vargas que também registrou que o paciente tinha utilizado bebidas alcoólicas, ante esta situação a conduta foi permanecer em observação. (Grifei)

Portanto, não há afastar o alegado estado de embriaguez do filho do apelante, o que evidencia a sua culpa pela ocorrência do evento danoso, inclusive o agravamento do risco, conforme dispõe o artigo 768 do Código Civil.

Nessa senda, sabendo-se que a ingestão de álcool combinada com a direção de um automóvel, por si só, já representa risco de acidentes, cumpre à parte que estava alcoolizada demonstrar que o estado de embriaguez em nada contribuiu para o sinistro. No caso, portanto, era do autor o ônus de comprovar cabalmente que, em que pese seu filho estivesse embriagado, não fora ele o responsável pelo acidente.

Não se pode olvidar, ainda, que o veículo dirigido pelo filho do apelante capotou sozinho, sem a participação de qualquer outro veículo ou circunstância externa que pudesse justificar tal sinistro, a não ser a imprudência do motorista decorrente de ingestão de bebida alcoólica.

Neste contexto, a hipótese fática permite a aplicação da cláusula contratual que prevê o perdimento da indenização securitária, previsão esta que não se revela abusiva, desde que, como no caso dos autos, encontra-se evidenciado o nexo causal entre o estado de embriaguez e o acidente.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 31 de agosto de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.026792-7 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO E CANCELAMENTO IMOTIVADO DE LINHA DE TELEFONE CELULAR – RESPONSABILIDADE CIVIL RECONHECIDA – VALOR DA INDENIZAÇÃO MAJORADO – *ASTREINTES* MANTIDA – RECURSOS CONHECIDOS, PROVIMENTO DO APELO AUTORAL E IMPROVIMENTO DO APELO DA DEFESA.

1. A imotivada interrupção dos serviços de telecomunicações e o cancelamento de número de telefone móvel vai além de um simples inadimplemento contratual, consubstanciando grave e patente ofensa aos termos da lei de regência e sério constrangimento ao consumidor, dependente deste serviço para o regular desempenho de suas atividades cotidianas, daí o caráter essencial e ininterrupto. 2. Diante dos limites da questão posta, do ato abusivo praticado pela concessionária e sua dimensão na esfera particular e geral do consumidor, visando, além do conforto da reparação, também e especialmente, a limitar a prática de atos como o noticiado, o montante fixado (R$ 3.000,00) mostra-se insuficiente, devendo ser majorado para R$ 10.000,00 (dez mil reais), valor alternativo pedido pela apelante, mais condizente com os parâmetros apontados, especialmente quanto ao aspecto pedagógico da reparação civil, sem implicar, contudo, enriquecimento do consumidor, conforme autoriza a jurisprudência reinante no Superior Tribunal de Justiça. 3. As *astreintes* arbitradas em decisão irrecorrida não podem ser suprimidas quando da prolação da sentença. Não se justifica, por outro lado, sua redução, se até módico o valor máximo admitido na sentença (R$ 4.000,00).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o apelo de Luciana da Costa Higa e negar provimento ao recurso de Brasil Telecom S/A, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de setembro de 2011.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Luciana da Costa Higa ajuizou Ação de Indenização por Danos Morais c/c Obrigação de Fazer contra Brasil Telecom S/A, alegando que experimentou danos morais em razão do cancelamento indevido da sua linha telefônica. A pretensão inicial foi julgada procedente, com a condenação da concessionária ao pagamento de R$ 3.000,00 a título de danos morais, além de R$ 4.000,00, resultante das *astreintes* devidas pelo descumprimento de ordem judicial (religamento da linha telefônica).

Luciana da Costa Higa apela, defendendo a necessidade de majoração da indenização, considerando irrisório o montante de R$ R$ 3.000,00, tendo em vista a extensão do dano e os valores adotados pelos tribunais. Nesse sentido, requer o provimento do recurso e a reforma da sentença.

Brasil Telecom S/A também apela, e defende que não há nexo de causalidade entre os prejuízos alegados e sua conduta. Assevera que não houve dano moral à apelada, destacando que os prejuízos narrados não vão além de mero dissabor cotidiano. Insurge-se contra a fixação das *astreintes*, considerando exorbitante o montante de R$ 4.000,00 (resultante de 40 dias de atraso no cumprimento da decisão judicial). Defende, ainda, que o valor da indenização pelos danos morais, arbitrado em R$ 3.000,00, é "estratosférico". Pede o provimento do recurso, a fim de reformar a sentença e julgar improcedente a pretensão inicial ou reduzir o valor da indenização, bem como para afastar as *astreintes* ou reduzi-las.

Ambas as partes responderam, pugnando pelo improvimento dos recursos.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por ambas as partes da Ação de Indenização por Danos Morais que Luciana da Costa Higa ajuizou contra Brasil Telecom S/A. O autor defende a necessidade de majoração da indenização, ao passo em que a concessionária alega a inexistência de ato ilícito, nexo de causalidade e dano moral indenizável, bem como a necessidade de suprimir ou reduzir o valor das *astreintes* e, finalmente, a redução do valor da indenização, arbitrada em R$ 3.000,00.

Visto que o recurso autoral aborda o mesmo tema ventilado no apelo da defesa, o valor da indenização por danos morais, entendo possível o julgamento conjunto dos recursos.

Pois bem. Extrai-se dos autos que o consumidor mantinha com a concessionária contrato de prestação de serviços de telefonia móvel desde 2005 e que, sem nenhum aviso ou justificativa, em junho de 2009, o serviço foi interrompido e seu número transferido à outra pessoa. Verifica-se, também, que a concessionária disse apenas que foi o consumidor quem requereu o cancelamento dos serviços, mas não demonstrou tal alegação. Consta dos autos, também, que determinado o restabelecimento dos serviços, sob pena de multa diária, em antecipação de tutela, a decisão judicial nunca foi cumprida. Assim, o Juízo da causa acolheu integralmente a pretensão inicial, condenando a Brasil Telecom ao pagamento de indenização por danos morais arbitrados em R$ 3.000,00

Em que pese o inconformismo da concessionária, entendo que a sentença não merece reparos, ao menos quanto ao reconhecimento da responsabilidade civil. Nesse ponto, alega a concessionária que inexistiria ato ilícito; nexo de causalidade ou mesmo dano moral indenizável.

Com efeito, restou incontroverso nos autos que a interrupção dos serviços foi imotivada, de sorte que não há falar em licitude da sua conduta, mormente se considerarmos que os serviços de telecomunicação, notadamente essenciais, têm caráter contínuo. Daí que o nexo de causalidade entre esse ato (interrupção indevida dos serviços) e os danos alegados pela autora estão bem delineados (constrangimento de ter de justificar às pessoas do seu convício social e profissional a interrupção do serviço e alteração do número de telefone, usualmente associada à falta de pagamento), são bastante evidentes e dispensam maiores considerações.

No tocante aos danos, não prospera a tese de que os fatos narrados na inicial consubstanciariam mero dissabor. Não se trata de simples inadimplemento contratual, mas de conduta arbitrária, ilegal e desrespeitosa

da concessionária apta a sujeitar o consumidor a uma enorme gama de consequências indesejáveis. Não se pode negar que a utilização do serviço de telefonia móvel assumiu, nos dias atuais, um fator de inclusão e uma exigência social. Assumiu tamanha relevância na vida do cidadão comum, que a lei o erigiu a serviço público essencial e contínuo. É situação notoriamente constrangedora a interrupção do serviço e mais ainda o cancelamento da linha, situações usualmente associadas à falta de pagamento.

Em contrapartida, existe por parte dos consumidores e da sociedade uma expectativa de confiabilidade no serviço, daí sua essencialidade. A indisponibilidade do serviço, ainda que momentânea, é apta a causar transtornos. A interrupção imotivada causa transtornos e viola a norma de regência. O Superior Tribunal de Justiça já entendeu caracterizar dano moral a simples interrupção indevida do serviço. Veja-se:

> CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CLONAGEM DE TELEFONE CELULAR. BLOQUEIO DA LINHA SEM AVISO PRÉVIO. ENVIO DE INDEVIDA FATURA PARA PAGAMENTO. FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. 1. Dissídio jurisprudencial comprovado, nos termos dos artigos 541, § único, do CPC, e 255, § 2º, do Regimento Interno desta Corte. 2. No presente pleito, o Tribunal de origem, ao concluir pela responsabilidade da empresa-recorrente no bloqueio, sem aviso prévio, do telefone celular do autor, além do encaminhamento de indevida fatura de pagamento, fixou a indenização por danos morais em R$ 30,000,00 (trinta mil reais). 3. Diante das particularidades do caso em questão, dos fatos assentados pelas instâncias ordinárias, e dos princípios de moderação e de razoabilidade, o valor fixado pelo Tribunal mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso. Assim, para assegurar ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, reduzo o valor indenizatório para fixá-lo na quantia certa de R$ 7.000,00 (sete mil reais). 4. Recurso conhecido e provido. (REsp n. 871.628/AL, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 7.12.2006, DJ de 12.2.2007, p. 267).

No âmbito da jurisprudência desta Corte, tem-se reconhecido a responsabilidade civil pela falha no serviço:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CLONAGEM DE LINHA TELEFÔNICA MÓVEL – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – OBRIGAÇÃO DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA EM OFERECER SERVIÇOS SEGUROS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA DE TELEFONIA – DANOS MORAIS QUE INDEPENDEM DE PROVA – QUANTUM INDENIZATÓRIO – VALOR PROPORCIONAL – RECURSO PROVIDO. Incumbe à empresa prestadora de serviços públicos a observância das mais modernas técnicas, de modo a evitar falhas e fraudes que acarretem prejuízos ao consumidor, sob pena de responder objetivamente pelos danos causados. Age com negligência e omissão a empresa concessionária que permite que a linha móvel do consumidor permaneça defeituosa ("clonada") por longo período, ocasionando-lhe prejuízos de ordem moral, notadamente por ter sofrido injusto constrangimento no seu ambiente de trabalho, já que em decorrência do sucedido deixou de participar de missões por não ter sido localizado, gerando a imagem de desidioso perante seus colegas e superiores. Em tema de indenização por dano moral, deve o julgador estipular um valor proporcional à lesão experimentada pela vítima, calcado na moderação e razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, sempre atento à realidade dos fatos e as peculiaridades de cada caso, evitando o enriquecimento sem causa. (TJMS, AC n. 2007.029803-9, Campo Grande, Quarta Turma, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 30.10.2007).

Ainda,

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES DECORRENTE DE COBRANÇA INDEVIDA – **CLONAGEM – ERRO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA DE TELEFONIA – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – DANO MORAL PURO QUE INDENPENDE DE PROVA PARA A SUA INDENIZAÇÃO** – REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. É cabível a indenização por danos morais quando se demonstrar a inscrição indevida do nome de consumidor em órgão de proteção de crédito por cobrança indevida de contas telefônica oriundas de falhas na prestação do serviço, tal como a clonagem. O dano moral decorrente da ofensa é presumido, não sendo necessária a produção de prova para sua demonstração, basta a ocorrência a inscrição indevida do nome de consumidor em órgão de proteção de crédito. A indenização por danos morais deve ser reduzida, levando-se em conta a intensidade do sofrimento do ofendido, sua gravidade e natureza, a capacidade econômica dos causadores do dano e as condições pessoais do ofendido, quando se verifica que foi arbitrada em valor excessivo para as circunstâncias da causa. Considerando a natureza da causa, a sua baixa complexidade e o trabalho despendido pelo patrono da ré, em atenção aos princípios da razoabilidade e da eqüidade, impõe-se a redução da verba honorária arbitrada pela instância singular. (TJMS, AC n. 2006.021157-7, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 27.2.2007).

O que se verifica, na espécie, é uma conduta reiteradamente displicente, descompromissada com o consumidor, contrária à boa-fé objetiva e capaz de atingir a própria confiabilidade do cidadão na capacidade de o Estado viabilizar serviços por ele encampados, dada a essencialidade, e posteriormente transferidos por concessão.

Assim, muito mais que uma falha no serviço, restou evidenciado nos autos patente ofensa à boa-fé objetiva pela concessionária, ao proceder de forma temerária na execução do contrato celebrado com o consumidor. Mais ainda, essa violação à boa-fé objetiva e a direitos básicos do consumidor, na hipótese, trouxe sérios transtornos ao consumidor, que dependia dos serviços de telecomunicações para desempenhar sua atividade laboral, conforme demonstrado nos autos. E com isso, o consumidor acabou perdendo seu antigo número de telefone por falha no procedimento de portabilidade numérica.

Assim, entendo que tais fatos revelam sim circunstâncias características do dano moral indenizável, ensejadoras da responsabilidade civil.

Noutro vértice, não há cogitar da falta de prova do dano, uma vez que este é presumível, por se tratar de dano moral puro. Desnecessária, também, a comprovação da culpa, tendo em mente que a responsabilidade civil dos prestadores de serviço é objetiva, ou seja, prescinde de culpa, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Verificada a responsabilidade civil da apelante, o *an debeatur*, passo à análise do valor da indenização, o *quantum debeatur*.

Insurgem-se ambas as partes contra o valor arbitrado na sentença, a título de danos morais (R$ 3.000,00). Nesse ponto, a doutrina e a jurisprudência são acordes de que a reparação se faz independentemente dos danos patrimoniais e deve compensar a dor ou o sofrimento causado, procedendo-se ao pagamento de uma determinada soma à vítima, quantificada mediante *arbitruim boni viri* do juiz, tendo-se em vista as posses do ofensor e a situação do ofendido.

Considerando esse raciocínio, o valor da indenização deve ser capaz de amenizar a dor e compensar os efeitos do prejuízo sofrido. Daí que, diante dos limites da questão posta, do ato abusivo praticado pela concessionária e sua dimensão na esfera particular e geral do consumidor, visando, além do conforto da reparação, também e especialmente, a limitar a prática de atos como o noticiado, entendo que o montante fixado realmente se mostra insuficiente, devendo ser majorado para **R$ 10.000,00** (dez mil reais), valor alternativo pedido pela apelante, que reputo condizente com os parâmetros apontados, especialmente quanto ao aspecto pedagógico da reparação civil, sem implicar, contudo, enriquecimento do consumidor, conforme autoriza a jurisprudência reinante no Superior Tribunal de Justiça:

> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. - Quando o *quantum* fixado a título de indenização por danos morais se mostrar irrisório ou exorbitante, incumbe ao Superior Tribunal de Justiça aumentar ou reduzir o seu valor, não implicando em exame de matéria fática. Precedentes deste Sodalício. (REsp n. 331279/CE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 3.6.2002).

Esta Corte já se pronunciou em demandas similares:

> APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS – INSTALAÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME NOS ÓRGÃOS RESTRIÇÃO CADASTRAL – DANOS MORAIS – VALOR EXCESSIVO – REDUÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A inscrição nominal indevida nos órgãos de restrição ao crédito é ato que por si só causa ao ofendido prejuízo moral indenizável, independente de provas quanto ao dano. A fixação do valor a ser pago não pode tomar por base apenas a condição do apelado, mas também a da apelante, devendo, pois, ser reduzido de R$ 15.000,00, para R$ 10.000,00. O percentual de 10% fixado a título de honorários advocatícios mostra-se razoável, e, principalmente, dentro do limite fixado pelo artigo 20, § 3º, do CPC. (AC n. 2007.026368-9, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, julgado em 25.9.2008).

Finalmente, não merece prosperar o recurso da defesa quanto às *astreintes*. Nesse sentido, vale registrar que a decisão que fixou multa diária em R$ 100,00 restou irrecorrido, motivo pelo qual não pode ser simplesmente afastada, como pretende a concessionária, até porque não se declinou nenhuma razão para isso.

Quanto ao valor total das *astreintes*, limitados pelo Juízo da causa em R$ 4.000,00, também não assiste razão à requerida quando alega ser "estratosférico" esse montante, que, pelo contrário, revela-se bastante módico, sob qualquer ponto de vista, especialmente diante do capital social da concessionária. E o que é pior, penso que o valor realmente foi módico, já que com tal valor não se conseguiu alcançar a finalidade da lei, que é o caráter coercivo da multa com relação ao cumprimento da determinação judicial, que até o presente momento, segundo consta, não foi cumprida, preferindo a empresa pagar a multa a cumprir a respectiva ordem judicial. Talvez, se tivesse sido fixada em valor bem maior, a empresa teria preferido cumprir a ordem a pagar a multa.

Diante do exposto, **conheço dos recursos, e nego provimento ao apelo interposto pela Brasil Telecom S/A e dou provimento ao apelo autoral** apenas para majorar para R$ 10.000,00 (dez mil reais) o valor da indenização por danos morais, mantendo-se os demais termos da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O APELO DE LUCIANA DA COSTA HIGA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE BRASIL TELECOM S/A, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 15 de setembro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.026886-4 - Aquidauana
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PLANO DE SAÚDE – NÃO COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO – CLÁUSULA LIMITADORA DE CONTEÚDO GENÉRICO – OFENSA ÀS NORMAS DE DEFESA DO CONSUMIDOR – NULIDADE – RESTITUIÇÃO DOS VALORES DESEMBOLSADOS PELO USUÁRIO – RECURSO PROVIDO.

1. Verificando-se que a cláusula utilizada para justificar a não cobertura do procedimento de embolização de fístula arteriovenoza não foi suficientemente clara e de fácil compreensão (art. 54, § 4º, do CDC), inarredável o reconhecimento do direito do apelante quanto à pretensão em ver-se ressarcido dos valores que foi obrigado a desembolsar com seu tratamento médico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de setembro de 2011.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Edson Luiz de Souza interpôs recurso de apelação em face de Unimed Campo Grande-MS – Cooperativa de Trabalho Médico –, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente pedido formulado nos autos da ação de cobrança. Aduz que desde a inicial afirmou que a apelada deixou de lhe prestar tratamento médico, sob o argumento de que o procedimento indicado não contava com a respectiva cobertura contratual; que, como se esperava, a defesa bateu-se unicamente nesse sentido; que, entretanto, trata-se de relação de consumo; a cláusula limitativa em que se baseia a apelada (Radiologia Intervencionista) revela-se extremamente ampla e genérica, não oportunizando à parte contratante conhecer o alcance da sua limitação, colocando o consumidor em desvantagem extremada; que, inclusive, o juiz *a quo* recorreu à *internet* para se inteirar do procedimento médico em questão; que, como a apelada deixou de fornecer o serviço a que estava obrigada, o apelante dispôs de recursos próprios, fazendo jus ao devido ressarcimento. Pugnou pelo provimento do recurso, declarando-se nula a cláusula restritiva de prestação de serviços médicos ao recorrente, com a condenação da apelada ao ressarcimento dos valores dependidos no procedimento cirúrgico.

Em contrarrazões, a apelada sustentou a possibilidade de limitação da cobertura em plano de saúde, ressaltando que havia previsão clara, precisa e destacada; que, nos termos do art. 5º, XXXVI, a Constituição Federal conferiu ao ato jurídico perfeito *status* de garantia fundamental, assim como o art. 6º da LICC. Requereu o improvimento do recurso ou, ainda, o conhecimento e provimento do agravo retido nos autos.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Edson Luiz de Souza interpôs em face de Unimed Campo Grande-MS – Cooperativa de Trabalho Médico –, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente pedido formulado nos autos da ação de cobrança.

No caso em tela, não restam dúvidas de que a relação entabulada entre as partes é típica de consumo. Dito isso, em conformidade com o artigo 54, § 4º, do CDC, tem-se que: "*As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão*."

E mais: "*Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor."*

Pois bem, de acordo com o contrato de prestação de serviços avençado entre o Sindicado dos Trabalhadores em Instituições de Extensão Rural, Pesquisa, Assistência Técnica, Serviços Agropecuários e Afins do Estado de Mato Grosso do Sul – Sinterpa – e a Unimed Campo Grande-MS – Cooperativa de Trabalho Médico –, ao qual aderiu o ora apelante, restou consignado:

> **6.3 Na Assistência Hospitalar: dos serviços não cobertos ou autorizados por custo operacional com acréscimo de 10% (dez por cento) de custo administrativo.**
>
> **[...]**
>
> j) Radioterapia e quimioterapia; Radiologia Intervencionista;

Muito embora aludida cláusula encontra-se em destaque, o fato é que, ao limitar os serviços de radiologia intervencionista, o contrato foi extremamente genérico. Note-se que, em uma primeira leitura, sem os conhecimentos técnicos necessários, não é possível concluir exatamente qual o serviço não assegurado pelo plano. Tanto assim o é que, para sentenciar, o juiz *a quo* recorreu à *internet*.

Em situações como esta, o STJ já se posicionou:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE COBERTURA. RESTRIÇÃO DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE DESTAQUE. CLÁUSULA INEFICAZ. 1. A jurisprudência deste Tribunal Superior prega que nos contratos de adesão, consoante o art. 54, § 4º, do CDC, a cláusula restritiva a direito do consumidor, para ser exigível, deverá ser redigida com destaque, **a fim de permitir sua imediata e fácil compreensão**. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 714.138/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina - Desembargador Convocado do TJ/RS -, julgado em 24.8.2010, DJ de 1.9.2010 – destaquei)

Portanto, verificando-se que a cláusula utilizada para justificar a não cobertura do procedimento de embolização de fístula arteriovenoza - 6.3 "j" (f. 21) não foi suficientemente clara e de fácil compreensão, facilmente se conclui que ela não tem força para alcançar o consumidor (REs n. 255.064, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes, DJ de 4.6.2001).

Daí que, em virtude da aplicação das normas de defesa do consumidor, inarredável o reconhecimento do direito do apelante quanto à pretensão em ver-se ressarcido dos valores que foi obrigado a desembolsar com o seu tratamento médico, razão pela qual não há falar em ofensa a ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF e art. 6º da LICC), ou aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Assim, analisando-se os documentos de f. 23-4, busca o apelante restituir-se do valor gasto com ressonância magnética, ou seja, duas parcelas de R$ 513,81 cada, bem como dos valores indicados nas notas fiscais de f. 25-7 (R$ 4.800,00) e f. 38 (R$ 1.140,67), totalizando R$ 6.968,29. Ainda, a título de restituição, aduz que faz jus ao recebimento da quantia de R$ 3.734,53 (f. 34), cobrada pela Cassems a título de coparticipação (quando não há cobertura integral do tratamento desejado).

Com relação a tais valores, não houve qualquer insurgência por parte da apelada de forma que a condenação à restituição da quantia de R$ 10.702,82 é medida que se impõe.

Finalmente, há ser esclarecido que se equivoca a apelada ao fazer alusão à interposição de agravo retido, uma vez que inexiste tal recurso nos presentes autos.

Posto isto, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento, a fim de declarar a nulidade da cláusula 6.3, "j", na parte em que impôs a não cobertura para o procedimento de Radiologia Intervencionista. Consequentemente, condeno a apelada à restituição dos valores desembolsados pelo apelante, ou seja, R$ 10.702,82 (dez mil, setecentos e dois reais e oitenta e dois centavos), a ser corrigido desde o desembolso, acrescido de juros de mora de 1% a partir da citação. Em virtude da sucumbência, condeno a apelada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 15% sobre o valor da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 15 de setembro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.028061-9 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ATRASO, AVARIAS E EXTRAVIO NA MUDANÇA DO APELANTE PELA TRANSPORTADORA – REPARAÇÃO PELO DANO MORAL MANTIDA EM R$ 10.900,00 – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado de acordo com as peculiaridades de cada caso, observando-se as condições pessoais e econômicas das partes, não podendo gerar enriquecimento ilícito para o ofendido, de modo a compensar a vítima e desestimular a reincidência do ilícito. Na hipótese dos autos, em que houve entrega de mudança pela transportadora com atraso, avarias e extravio de bens, o montante de R$ 10.900,00 revela-se adequado para os fins a que se destina, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de setembro de 2011.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

André de Lima Oliveira interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais que promove em face de Mudanças Triunfo Pires Transporte Ltda. Sustenta que firmou contrato de depósito e transporte de mudança com a apelada; que a entrega foi feita com meses de atraso e com objetos danificados e extraviados; que a demora na entrega de sua mudança causou grande desconforto a si e a sua família, pois ficou desprovido de objetos essenciais a vida digna, como geladeira, fogão, camas etc; que a apelada também extraviou diversos álbuns de fotografia da família do apelante; que o valor de R$ 10.900,00 arbitrados na sentença a título de danos morais não representa valor compatível com o dano suportado e que deve ser majorado o valor indenizatório para R$ 45.900,00, conforme pleiteado na inicial. Cita jurisprudência e pugna pelo provimento.

A apelada não foi intimada para contrarrazões por ser revel.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

O pedido indenizatório, como se depreende dos autos, tem sua razão de ser no atraso, avarias e extravios na mudança do apelante pela transportadora apelada. O julgamento de procedência, com condenação ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.900,00, assentou-se na presunção da veracidade dos fatos alegados em virtude da revelia. Insurge-se o autor-apelante contra o valor indenizatório fixado, pretendendo sua majoração, e pugna para que se considere o elevado tempo em que ficou desprovido de bens de uso pessoal, bem como de sua moto, que também fazia parte da carga, além do extravio de fotografias e outros objetos de valor inestimável.

Pois bem. Primeiramente, importa deixar claro que a indenização por dano moral, para a vítima, não leva a um ressarcimento, mas a uma compensação. Já para o causador do dano, representa uma forma de punição suficiente para inibir a sua reincidência. Segundo os ensinamentos de Caio Mário**:**

[...] quando se cuida de reparar o dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma some que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido. (**Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 97)

Para tanto, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, analisa-se o grau de culpabilidade do ofensor e as consequências do ato. Além disso, na quantificação da reparação do dano moral, há observar, também, a atividade, a condição social e econômica do ofendido, bem como a capacidade do ofensor em suportar o encargo, sem dar azo ao enriquecimento sem causa.

In casu, levando em conta todos esses fatores, tenho que os R$ 10.900,00 fixados pelo juízo da causa constitui *quantum* capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que a empresa torne-se reincidente, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, pelas razões expostas, conheço e nego provimento ao recurso de apelação, mantendo incólume a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 22 de setembro de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2008.003746-5 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS – TAXA DE FRUIÇÃO – DEVIDA A PARTIR DA DATA DO INADIMPLEMENTO DO CONTRATO – RECURSO IMPROVIDO.

É devido o pagamento de indenização pela fruição do bem a partir do momento em que o promitente comprador permanece no imóvel sem pagar as prestações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 12 de julho de 2011.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Enccon – Engenharia, Comércio e Construções Ltda. –, inconformada com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos de Ação de Revisão Contratual ajuizada por Fernando Mendes da Silva, recorre a esta Corte.

Aduz que a sentença deve ser reformada no seguinte aspecto: para que seja aplicado na íntegra o disposto no parágrafo quinto da Cláusula Sétima a título de perdas e danos pela fruição do imóvel, devendo incidir por todo o período de ocupação do imóvel e não somente a partir da inadimplência do comprador.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença neste aspecto.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por Enccon – Engenharia, Comércio e Construções Ltda. –, inconformada com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da Ação de Revisão Contratual, movida por Fernando Mendes da Silva.

Em síntese, deseja a apelante a reforma da decisão *a quo*, para que seja determinada a incidência da fruição por todo o período que o apelado permaneceu no imóvel e não somente a partir da inadimplência do comprador.

A parte dispositiva do *decisum* combatido restou assim redigida, *in verbis*:

> Pelas razões expostas, julgo parcialmente procedente os pedidos deduzidos na ação revisional n. 001.03.034651-8, para afastar a atualização mensal das prestações vencidas após o advento da Lei n. 9.069/1995, a cobrança de resíduo, da taxa de transferência e de taxa de fruição a partir da assinatura do contrato, por considerá-la devida apenas após o inadimplemento e declarar nulas as disposições constantes dos §§ 1º e 3º da Cláusula Sétima no que se refere aos custos operacionais mencionados (honorários advocatícios, custas cartorárias e processuais estabelecidos no contrato) e dos §§ 2º e 4º da mesma cláusula. (f. 376).

A meu ver, razão não assiste à recorrente.

Com efeito, não há pretender que a indenização por fruição incida a partir da data da ocupação do imóvel, quando se sabe que o recorrido, ao entrar no bem, estava pagando as parcelas contratadas.

Isso porque, se a taxa de fruição tem como fato gerador a ocupação indevida do comprador que usufruiu o imóvel sem efetuar o devido pagamento das prestações, é evidente que deve ser a data em que o apelado tornou-se inadimplente como o termo inicial para o pagamento da referida taxa de fruição, mesmo porque, se estabelecido de outra forma, caracterizaria verdadeiro *bis in idem*, que não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico.

A propósito, esta Corte de Justiça tem decidido reiteradamente nesse sentido. Vejamos:

> APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE – INADIMPLÊNCIA DA PROMISSÁRIA COMPRADORA – RESCISÃO DO CONTRATO – TAXA DE FRUIÇÃO – RECURSO PROVIDO EM PARTE. É devida a indenização a título de fruição do imóvel, como forma de aluguel pelo tempo em que o devedor permaneceu inadimplente na posse do bem, incidindo sobre o valor atualizado do imóvel e a partir da inadimplência do devedor até a desocupação do imóvel. (TJMS, AC n. 2009.022068-5, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 18.1.2011).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE – TAXA DE FRUIÇÃO – TERMO INICIAL E TERMO FINAL DA INCIDÊNCIA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. Se a taxa de fruição tem como fato gerador a ocupação indevida do imóvel pelo promitente comprador, deve esta ser cobrada a partir do período de inadimplência, no qual o comprador usufruiu o bem sem efetuar o pagamento das prestações, até a data da efetiva desocupação do imóvel. Recurso provido. (TJMS, AC n. 2010.038277-6, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 12.4.2011).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – SENTENÇA QUE DECLAROU A RESOLUÇÃO DO CONTRATO EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – PRETENSÃO DOS RECORRENTES DE DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS – IMPOSSIBILIDADE – RETORNO DO BEM PARA A ESFERA DO PATRIMÔNIO DO PROMITENTE VENDEDOR – TAXA DE FRUIÇÃO DEVIDA A PARTIR DA DATA DE INADIMPLÊNCIA DO CONTRATO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> Se no contrato as partes convencionaram expressamente cláusula resolutiva expressa, o contrato se resolve de pleno direito, uma vez sobrevindo o evento futuro e incerto nele previsto, no caso, o inadimplemento, restituindo-se as partes ao *statu quo ante*, hipótese em

> que é cabível a indenização pelo tempo de fruição do bem, com obrigação de o promitente-vendedor devolver as parcelas pagas, mormente quando haja previsão contratual nesse sentido, não havendo necessidade de reconvenção ou ação autônoma para tal fim.
>
> Resolvido o negócio, o bem deve ser devolvido ao compromissário vendedor, que deverá devolver as quantias pagas pelo compromissário comprador, restando este obrigado ao pagamento de indenização pelo tempo de fruição do bem, previamente fixada em 1% ao mês de ocupação, calculada sobre o preço do imóvel, e passível de cobrança desde a data de inadimplência do contrato, se já na posse do bem, até a efetiva desocupação do imóvel. Recurso conhecido e parcialmente provido.[...]. (TJMS, AC n. 2010.035185-0, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 10.3.2011).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL, REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO – TAXA DE FRUIÇÃO DE 1% DO PREÇO ATUALIZADO DO BEM A PARTIR DO INADIMPLEMENTO – RECURSO IMPROVIDO. A taxa de fruição corresponde à indenização pelo período em que o comprador usufruiu do imóvel sem efetuar o pagamento, dando razão à rescisão contratual. (TJMS, AC n. 2005.012977-6, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, ,julgado em 23.4.2009).

Desse modo, a taxa de fruição deve corresponder à indenização pelo período em que o adquirente usufruiu o imóvel sem efetuar o pagamento das prestações.

Por tais razões, entendo que o recurso não merece provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 12 de julho de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2009.018130-7 - Coxim
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA – MORTE POR ELETROCUSSÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – PENSIONAMENTO AOS FILHOS – FIXAÇÃO EM DOIS TERÇOS DA RENDA MENSAL DA VÍTIMA ATÉ QUE OS DESCENDENTES ATINJAM 25 ANOS DE IDADE – MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO RELATIVO AOS DANOS MORAIS – VALOR RAZOÁVEL – INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO – DENUNCIAÇÃO À LIDE DA SEGURADORA – CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO INTEGRAL DA QUANTIA PAGA PELA CONCESSIONÁRIA – AUSÊNCIA DE CLÁUSULA LIMITADORA DA RESPONSABILIDADE NO CONTRATO DE SEGURO – RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA PELAS CUSTAS E HONORÁRIOS.

Na seara da responsabilidade civil, aplica-se à concessionária de serviço público a teoria do risco, motivo pelo qual, não demonstrada nenhuma excludente de responsabilidade, persiste sua condenação ao pagamento de indenização em razão de morte causada pelo rompimento de cabo de alta tensão.

O pensionamento mensal deve ser calculado com base na renda mensal da vítima, deduzida a terça parte que se destinaria aos gastos pessoais, devendo ser paga até que os filhos adquiram 25 anos, pois se presume que a partir dessa idade não dependem mais dos pais.

A fixação da indenização pelo dano moral fica a critério do julgador, ao qual cabe analisar as peculiaridades de cada caso, norteando-se pela razoabilidade e pelo bom senso.

Incide correção monetária sobre o valor indenizatório dos danos morais a partir da data do arbitramento, nos termos da Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça.

Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros moratórios incidentes sobre a indenização contam-se da data da citação.

Mantém-se a responsabilidade da seguradora ao ressarcimento integral dos valores despendidos pela segurada quando inexiste no contrato cláusula limitadora da sua responsabilidade, mormente se há previsão de cobertura de danos que anteriormente haviam sido excluídos.

Demonstrada nos autos a resistência da seguradora denunciada à lide, impõe-se a sua condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso da Companhia de Seguros Aliança do Brasil e da Enersul; e dar parcial provimento ao recurso de Anne Caroline Rodrigues Lima e outros, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 28 de junho de 2011.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Companhia de Seguros Aliança do Brasil interpõe recurso de apelação em face da sentença, integrada por decisão prolatada em embargos de declaração, proferida nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Anne Caroline Rodrigues Lima, representada por Sandra Gisele Rodrigues Lima e outros em desfavor de ENERSUL – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A.

Sustenta que o acidente, cujo resultado foi a morte da genitora dos autores, ocorreu em razão de descarga atmosférica, o que configura caso fortuito, não havendo nos autos prova do nexo de causalidade, de ilícito e tampouco de culpa da requerida Enersul para o evento.

Aduz que, em observância ao princípio da Particularização dos Riscos, sua responsabilidade restringe-se aos limites estabelecidos na apólice do seguro contratado, na ordem de 20%, não sendo o caso de responsabilização solidária com a segurada Enersul, mas de indenização regressiva.

Alega, ainda, a inexistência de lide secundária, portanto o não cabimento de sua condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais, sobretudo porque não houve resistência à pretensão da denunciante Enersul, não deu ensejo à ação e é totalmente estranha ao evento danoso.

Requer, por fim, o prequestionamento do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil e que fiquem a cargo dos recorridos as custas processuais e os honorários advocatícios.

Anne Caroline Rodrigues Lima e outros interpõem recurso adesivo à apelação da seguradora e pleiteiam a incidência, sobre a indenização que lhes é devida pela Empresa Energética, de correção monetária a partir da data da prolação da sentença e juros moratórios de 1% ao mês a contar do evento danoso.

Termina por pedir a condenação das recorridas aos ônus sucumbenciais.

ENERSUL – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. – também apela, argumentando que o valor da pensão mensal, a cujo pagamento foi condenada, deve ser reduzido, pois o magistrado estimou o ganho mensal da genitora dos autores e não há nos autos prova dos valores por ela auferidos com o seu trabalho, sendo que o respectivo pagamento deve-se dar até que os descendentes completem a maioridade civil.

Pugna, ademais, pela diminuição do *quantum* indenizatório relativo aos danos morais, porquanto o montante arbitrado é aviltante e sua fixação deve obedecer aos critérios objetivos e subjetivos, à proporcionalidade entre a ofensa e o grau de culpa, às condições da vítima, sem permitir o seu enriquecimento ilícito.

Os recorrentes apresentaram contrarrazões às f. 386-90, f. 444-51, f, 452-6, f. 458-66 e f. 468-72, pelo improvimento dos recursos interpostos pelas partes adversas.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento dos recursos da Companhia de Seguros Aliança do Brasil e Empresa Energética de Mato Grosso do Sul e, ainda, pelo conhecimento e provimento parcial do recurso interposto por Anne Caroline Rodrigues Lima e outros (f. 483-504).

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de recursos de apelação e recurso adesivo, interpostos por Companhia de Seguros Aliança do Brasil, Anne Caroline Rodrigues Lima, representada por Sandra Gisele Rodrigues Lima, e outros e ENERSUL

– Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. – com relação à sentença, integrada por decisão prolatada em embargos de declaração, proferida nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais.

Consta dos autos que em 6.5.2004 faleceu a sra. Valdecira da Cruz Rodrigues, vítima de descarga elétrica, provocada pelo rompimento de um cabo de alta tensão da rede de energia, que a atingiu no interior de sua residência, localizada na estrada que liga a cidade de Coxim a Silviolândia.

Depreende-se da inicial que a empresa Enersul não prestou assistência necessária à conservação da rede de energia elétrica, fato que motivou o acidente e ocasionou a morte de Valdecira da Cruz Rodrigues, a qual exercia sua atividade laborativa na própria residência, onde funcionava um pequeno restaurante, com fornecimento diário de refeições.

Relatou-se, ainda, que, com o ganho auferido no restaurante, denominado "Comida Caseira", a vítima mantinha a subsistência de sua família, três filhos menores e duas filhas maiores, sendo que apenas uma delas trabalha, mas é casada e possui dois filhos.

Diante desses fatos e tendo em vista as inúmeras dificuldades financeiras e todo o sofrimento causado aos filhos da sra. Valdecira da Cruz Rodrigues com o seu óbito, sua prole, Anne Caroline Rodrigues Lima e outros ajuizaram a presente ação, em cuja sentença o juiz *a quo* condenou a empresa energética ao pagamento de:

I. Indenização por danos materiais – pensão aos requerentes Anne Caroline Rodrigues Lima, Hudeson Rafael Rodrigues Lima e Bruna Muriele Rodrigues Lima, no valor correspondente a um terço de dois salários-mínimos para cada um, até que completem 25 anos ou até a data em que a genitora completaria 65 anos de idade, o que ocorrer primeiro, além de ressarcimento pelos danos emergentes, no montante de R$ 1.400,00, com correção monetária pelo IGPM desde o desembolso e juros de 1% ao mês a partir da citação;

II. Indenização por danos morais, fixada em R$ 60.000,00, para cada um dos requerentes, totalizando a quantia de R$ 300.000,00, acrescida de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês a contar da intimação da sentença.

O magistrado julgou procedente, também, a denunciação à lide da Companhia de Seguros Aliança do Brasil, condenando-a ao ressarcimento integral dos valores que a empresa Enersul desembolsar em virtude da presente ação e, por fim, condenou a requerida e a denunciada a arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios, na proporção de 50% para cada, arbitrando os honorários em 20% do valor da condenação.

Houve interposição de embargos de declaração pela Enersul, que foram acolhidos pelo juiz, resultando na complementação da sentença, com a condenação da seguradora ao pagamento de honorários ao patrono da empresa energética, relativos à denunciação à lide, em 10% do valor de sua condenação.

Irresignada, Companhia de Seguros Aliança do Brasil interpõe apelação e sustenta que o acidente cujo resultado foi a morte da genitora dos autores ocorreu em razão de descarga atmosférica, o que configura caso fortuito, não havendo nos autos prova do nexo de causalidade, de ilícito e tampouco de culpa da requerida Enersul para o evento.

Aduz que, em observância ao princípio da Particularização dos Riscos, sua responsabilidade restringe-se aos limites estabelecidos na apólice do seguro contratado, na ordem de 20%, não sendo o caso de responsabilização solidária com a segurada Enersul, mas de indenização regressiva.

Alega, ainda, a inexistência de lide secundária, portanto o não cabimento de sua condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais, sobretudo porque não houve resistência à pretensão da denunciante Enersul, não deu ensejo à ação e é totalmente estranha ao evento danoso.

Requer, por fim, o prequestionamento do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil e que fiquem a cargo dos recorridos as custas processuais e os honorários advocatícios.

Anne Caroline Rodrigues Lima e outros interpõem recurso adesivo à apelação da seguradora e pleiteiam a incidência, sobre a indenização que lhes é devida pela empresa energética, de correção monetária a partir da data da prolação da sentença e juros moratórios de 1% ao mês a contar do evento danoso.

Termina por pedir a condenação das recorridas ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

ENERSUL – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. – também apela, argumentando que o valor da pensão mensal, a cujo pagamento foi condenada, deve ser reduzido, pois o magistrado estimou o ganho mensal da genitora dos autores e não há nos autos prova dos valores por ela auferidos com o seu trabalho, sendo que o respectivo pagamento deve ocorrer até que os descendentes completem a maioridade civil.

Pugna, ademais, pela diminuição do *quantum* indenizatório relativo aos danos morais, porquanto o montante arbitrado é aviltante e sua fixação deve obedecer aos critérios objetivos e subjetivos, à proporcionalidade entre a ofensa e o grau de culpa, às condições da vítima, sem permitir o seu enriquecimento ilícito.

Os recorrentes apresentaram contrarrazões às f. 386-90, f. 444-51, f, 452-6, f. 458-66 e f. 468-72, pelo improvimento dos recursos interpostos pelas partes adversas.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento dos recursos da Companhia de Seguros Aliança do Brasil e Empresa Energética de Mato Grosso do Sul e, ainda, pelo conhecimento e provimento parcial do recurso interposto por Anne Caroline Rodrigues Lima e outros (f. 483-504).

Os recursos serão analisados em conjunto.

I. Responsabilidade da Empresa Enersul

A Enersul é concessionária de serviço público e, nessa qualidade, possui responsabilidade objetiva por eventuais danos provocados a terceiros.

Nessa linha de raciocínio, tenho que o dano causado por rompimento de cabo de energia é passível de indenização independentemente da demonstração de dolo ou culpa da empresa, cuja responsabilidade somente é afastada em caso de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior e, ainda, desde que tais fatos impeditivos sejam por ela alegados e devidamente comprovados.

A propósito, este é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ATIVIDADE DE ALTA PERICULOSIDADE. TEORIA DO RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONSERVAÇÃO INADEQUADA DA REDE DE TRANSMISSÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CULPA DA EMPRESA RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.
>
> 1. A empresa que desempenha atividade de risco e, sobretudo, colhe lucros desta, deve responder pelos danos que eventualmente ocasione a terceiros, independentemente da comprovação de dolo ou culpa em sua conduta.
>
> 2. Os riscos decorrentes da geração e transmissão de energia elétrica, atividades realizadas em proveito da sociedade, devem, igualmente, ser repartidos por todos, ensejando, por conseguinte, a responsabilização da coletividade, na figura do Estado e de suas concessionárias, pelos danos ocasionados.

> 3. Não obstante amparar-se na Teoria do Risco, invocando a responsabilidade objetiva da concessionária, as instâncias ordinárias também reconheceram existência de culpa em sua conduta: a queda de fios de alta tensão era constante na região, mesmo assim a empresa não empreendeu as necessárias medidas de conservação da rede, expondo a população a risco desnecessário.
>
> 4. Não se conhece do recurso no tocante à redução da pensão mensal, porquanto os danos materiais foram fixados na sentença, sem que a parte ora recorrente impugnasse tal ponto em seu recurso de apelação, conformando-se com o *decisum*. [...] (REsp n. 896.568/CE, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Rel. p/Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 19.5.2009, DJ de 30.6.2009);
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. ELETROCUSSÃO. MORTE DE MENOR. [...]. TEORIA DO RISCO OBJETIVO. APLICABILIDADE. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INADMISSIBILIDADE. DESPESAS DE LUTO E FUNERAL. FATO CERTO. PENSIONAMENTO DOS PAIS. POSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. PRECEDENTES. DANOS MORAIS. VALOR RAZOÁVEL.
>
> [...] II - A obrigação das empresas concessionárias de serviços públicos de indenizar os danos causados à esfera juridicamente protegida dos particulares, a despeito de ser governada pela teoria do risco administrativo, de modo a dispensar a comprovação da culpa, origina-se da responsabilidade civil contratual.
>
> III - Consoante deflui do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, basta ao autor demonstrar a existência do dano para haver a indenização pleiteada, ficando a cargo da ré o ônus de provar a causa excludente alegada, o que, segundo as instâncias ordinárias, não logrou fazer. [...] (REsp n. 506.099/MT, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 16.12.2003, DJ de 10.2.2004, p. 249).

Tratando-se, portanto, de responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público, basta, no caso, a demonstração do nexo de causalidade entre e o rompimento do cabo de energia e a morte da sra. Valdecira da Cruz Rodrigues.

Conforme se percebe, o rompimento do cabo de alta tensão está evidenciado pelo laudo pericial e fotografias realizados *in loco* (f. 35-46), em que se constatam vestígios de descarga elétrica exatamente no local por onde passam os mencionados cabos e onde ocorreu o óbito, fato confirmado pelo registro da ocorrência na Delegacia de Polícia da cidade (f. 30).

Ademais, é incontroversa nos autos a morte de Valdecira da Cruz Rodrigues, conforme certidão de óbito de f. 29 e laudo de exame de corpo de delito (f. 32-4).

Diante disso, torna-se evidente que a genitora dos autores faleceu por eletrocussão, conclusão a que chegou o médico encarregado do exame necroscópico, nos seguintes termos: "*concluímos que examinamos um corpo em estado de morte real. A causa mortis procedeu-se em virtude de eletrocussão provocado em virtude de descarga elétrica.*" (f. 34).

Do mesmo modo, restou certa nos autos a omissão da empresa concessionária na conservação da rede de energia, por se ter verificado no local o rompimento de um dos fios, próximo às bases de fixação no poste, além de emendas nos cabos de alta tensão (f. 35-46).

Aliado à referida constatação, há o depoimento testemunhal de um dos vizinhos da vítima, que relatou o seguinte:

> Que na época dos fatos estava garoando e não estava ventando. Que o fio arrebentou sem a presença de força externa. Que foi a segunda vez que o fio arrebentou e o depoente estava presente quando o mesmo fato ocorreu na primeira vez. (f. 295-6).

A testemunha José Carlos de Assis, por sua vez, declarou:

> que o depoente estava presente quando os fatos ocorreram. Que o depoente trabalhava no Posto Taquari que fica em frente ao local dos fatos. Que no momento estava garoando e não havia vento forte. Que não houve força externa no poste. Que o fio arrebentou sem forçar. Que após o rompimento o fio caiu sobre a casa da vítima. (f. 297).

Ora, se a seguradora entende que, mesmo diante dessas provas, houve caso fortuito em virtude de descarga atmosférica e não restou provada a responsabilidade da empresa energética pelo evento danoso, cabia-lhe provar a excludente de responsabilidade, do que ela não se desincumbiu.

Ressalto que era ônus da requerida ou mesmo da apelante demonstrar que, na data e local mencionados na peça inaugural, não houve rompimento ou defeito nos cabos de alta tensão.

Por conseguinte, ante a ausência de prova da alegação de caso fortuito, a responsabilização da Enersul pelo acidente ocorrido é medida que se impõe, mormente ao se considerar a previsão constitucional acerca da responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público.

Tal entendimento é corroborado pelo posicionamento jurisprudencial pacífico, consoante se extrai dos julgados do Superior Tribunal de Justiça supramencionados e dos proferidos por este Tribunal, *in verbis*:

> APELAÇÕES CÍVEIS – RECURSOS DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA E DA SEGURADORA DENUNCIADA À LIDE – APRECIAÇÃO CONJUNTA – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO MORAL E MATERIAL – MORTE DE MENOR – ELETROCUSSÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – TEORIA DO RISCO OBJETIVO – APLICABILIDADE – NEGLIGÊNCIA COMPROVADA – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA E DE TERCEIROS – AFASTADA – PENSIONAMENTO DOS PAIS – POSSIBILIDADE – LIMITE DE IDADE PARA RECEBIMENTO DA PENSÃO – 65 ANOS – DANOS MORAIS – VALOR RAZOÁVEL – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.
>
> A responsabilidade civil do concessionário é objetiva, já que executa o serviço em nome do Poder Público, fundamentando-se no mesmo preceito do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, onde basta, tão-somente, a comprovação da existência do dano e do nexo causal, independentemente de dolo ou culpa do concessionário ou de seus agentes.
>
> Incumbia à concessionária o ônus da prova da culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro. [...] (TJMS, AC n. 2001.008541-0, Coxim, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 16.3.2006, Unânime);
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO – ROMPIMENTO DE FIO DA REDE ELÉTRICA – MÁ-CONSERVAÇÃO – NEGLIGÊNCIA – MORTE POR ELETROCUSSÃO – REDE DE ENERGIA ELÉTRICA – RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA – ALTERAÇÃO DE RITO – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.
>
> Ainda que situado em terreno particular, a rede de transmissão de energia elétrica é da responsabilidade da ENERSUL. Compete-lhe fiscalizar permanentemente a manutenção e conservação da linha de abastecimento do poste até a unidade consumidora.

> A empresa concessionária de energia elétrica explora serviço perigoso e possui responsabilidade objetiva, portanto deve responder pelos danos ocasionados por ação ou omissão ou mau-funcionamento do serviço, independentemente de culpa.[...]. (TJMS, Ag n. 2005.004996-6, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 27.6.2005);
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA – ELETROCUSSÃO – MORTE DE MENOR – RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL – TEORIA DO RISCO OBJETIVO – APLICABILIDADE – FALTA DE FISCALIZAÇÃO – CULPA COMPROVADA – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – INADMISSIBILIDADE – FATO DE TERCEIRO – NÃO COMPROVADO – DANO MORAL E MATERIAL – CUMULATIVIDADE – PENSIONAMENTO DOS PAIS – POSSIBILIDADE - DANOS MORAIS - VALOR RAZOÁVEL – PROCEDENTE O PEDIDO DE DENUNCIAÇÃO À LIDE – CUSTAS E HONORÁRIOS – RESPONSABILIDADE DA LITISDENUNCIADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.
>
> A obrigação das empresas concessionárias de serviços públicos de indenizar os danos causados à esfera juridicamente protegida dos particulares, a despeito de ser governada pela teoria do risco administrativo, de modo a dispensar a comprovação da culpa, origina-se da responsabilidade civil contratual.
>
> Consoante deflui do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, basta ao autor demonstrar a existência do dano para haver a indenização pleiteada, ficando a cargo da ré o ônus de provar a causa excludente alegada, o que, não logrou fazer.
>
> [...]
>
> Julgada procedente a lide secundária, a litisdenunciada, vencida, pagará as despesas judiciais e os honorários do advogado. (TJMS, ACnN. 2004.002596-3, Miranda, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 4.5.2004, Unânime).

Aqui faço minhas as palavras do Desembargador Rêmolo Letteriello, Relator do último julgado aqui mencionado:

> Ademais, é uníssono o entendimento que cabe ao concessionário de serviço público executar em seu nome e por sua conta e risco as obras e os serviços que lhe foram concedidos, assumindo a inteira responsabilidade pelas conseqüências que seus atos, comissivos ou omissivos, causarem aos usuários e a terceiros em geral. Essa responsabilidade tem repercussão na esfera civil, uma vez que impõe a obrigação de reparar o dano. Pode provir da lei, do ato ilícito ou da inexecução de contrato.
>
> Outra não é a dicção da legislação, conforme se verifica no artigo 1º do Decreto n. 98.335/89, que alterou o Decreto n. 41.019/57, que regulamenta os serviços de energia elétrica, aqui transcrito no que interessa:
>
> Art. 1º [...] O concessionário de serviços públicos de eletricidade é obrigado a fornecer energia elétrica, nos pontos de entrega, pelas tarifas aprovadas, nas condições estipuladas neste Capítulo [...], aos consumidores de caráter permanente localizados dentro dos limites das zonas concedidas respectivas, sempre que as instalações elétricas das unidades de consumo, destinadas ao recebimento e à utilização de energia, satisfaçam condições técnicas de segurança, proteção e operação adequadas.
>
> Destarte, cumpria à concessionária, já que fornecia energia elétrica para a região e recebia pela prestação do serviço, fiscalizar, de maneira cuidadosa, as instalações elétricas do local.

> Segundo opinião dominante na doutrina e na jurisprudência, a responsabilidade civil do concessionário é objetiva, já que executa o serviço em nome do Poder Público, fundamentando-se no mesmo preceito do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. *Mister* se faz, tão-somente, a comprovação da existência do dano e do nexo causal, independentemente de dolo ou culpa do concessionário ou de seus agentes.
>
> O dever de indenizar o ilícito civil decorre do fato lesivo, do nexo causal e da conduta dolosa ou culposa do agente. Tratando-se de responsabilidade contratual aplica-se a teoria objetiva, pelo que incumbia, a Enersul, o ônus da prova da culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro. Não se demonstrando a violação do dever geral de cautela, sendo muito frágil à prova coligida e os argumentos expostos, impõe-se a improcedência da tese enfocada pela apelante de culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro, tal como corretamente entendeu a sentença.

Em virtude do exposto, mantenho a condenação da Enersul ao pagamento de indenização pelos danos ocasionados aos autores.

II. Danos Materiais

A empresa energética insurge-se com relação ao valor da pensão fixada pelo magistrado de primeiro grau, contudo razão não lhe assiste.

Noto que, para arbitrar o montante da pensão, o juiz, de modo acertado, observou os documentos constantes nos autos e baseou-se no provável valor da renda mensal da vítima (3 salários-mínimos), do qual abateu um terço, que se destinaria aos seus gastos pessoais, dividindo o restante pelo número de filhos menores (3), que se presumem dependentes da genitora, portanto, com direito ao pensionamento.

A propósito, constou da sentença:

> Seria desarrazoado afirmar que a vítima percebia menos que três salários mínimos com seu trabalho diante da afirmação da testemunha Josefa Jardim Fria de que gastava diariamente entre R$ 200,00 e R$ 250,00 em compras de supermercado (f. 294) e diante da conta de energia elétrica acostada às f. 313 que aponta o valor de R$ 151,00, enquanto o salário, à época, era de R$ 240,00, bem como o fato de que sustentava três filhos menores.
>
> Assim considerado, tem-se que cada um dos filhos dependentes da vítima tem direito a um terço do equivalente a dois salários mínimos até o advento de um dos termos fixados nesta fundamentação. (f. 345-6).

Com efeito, verifico que o pensionamento em dois terços do valor dos rendimentos recebidos pela vítima representa o entendimento jurisprudencial consolidado, sendo o que melhor se coaduna com o caso dos autos.

A respeito do tema, confiram-se os julgados abaixo colacionados:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS C/C LUCROS CESSANTES – ACIDENTE DE TRÂNSITO – TRANSPORTADORA PROPRIETÁRIA DE SEMI-REBOQUES ACOPLADOS NO CAMINHÃO-TRATOR CAUSADOR DO ACIDENTE – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – REFUTADA – MÉRITO – CULPA DO CONDUTOR – RECONHECIDA PELA TRANSPORTADORA – PENSÃO POR MORTE – RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA – DEMONSTRADA – REMUNERAÇÃO PERCEBIDA PELA VÍTIMA – COMPROVADA – PENSÃO – FIXAÇÃO EM 2/3 DA RENDA DA VÍTIMA – PRECEDENTES DO STJ – PENSÃO VITALÍCIA – FILHO

INVÁLIDO – POSSIBILIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO ENTRE A PENSÃO DECORRENTE DE ATO ILÍCITO E A DE ORDEM PREVIDENCIÁRIA – NATUREZA JURÍDICA DIVERSA – INDENIZAÇÃO DANO MORAL – CABÍVEL – QUANTUM ARBITRADO EM 100 VEZES O VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO PARA CADA UM DOS BENEFICIÁRIOS – PROPORCIONALIDADE ENTRE O ATO LESIVO E O DANO MORAL SOFRIDO – MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.

[...] Deve-se fixar a indenização sob forma de pensão com base na renda correspondente ao salário da vítima, descontado 1/3 deste valor, pois, presume-se ser de destinação ao próprio sustento da vítima. [...]. (TJMS, AC n. 2008.015427-3, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 1º.7.2008);

RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRABALHO - PENSIONAMENTO - 1. Demonstrada a culpa do empregador, nasce a sua obrigação de indenizar empregado vítima de acidente no trabalho, independentemente do ressarcimento pelo órgão da previdência social (CF. Súmula n. 229 do STF e art. 121 da lei n. 8.213⁄91). 2. **Afigura-se razoável e justo fixar a indenização em 2⁄3 (dois terços) da renda da vítima, deduzindo 1⁄3 (um terço) correspondente ao que esta, por presunção, despenderia com seu próprio sustento**. 3. A pensão arbitrada deve ser integral até os 25 anos, idade em que, pela ordem natural dos fatos da vida, a vítima constituiria família, reduzindo-se, a partir de então, essa pensão à metade, até a data em que, também por presunção, o ofendido atingiria os 65 anos. (TJRR, AC n. 069⁄01⁄0010.03.000971-5, Turma Cível, Rel. Des. Ricardo Oliveira, DJ de 3.2.2004, p. 4 - JLBPS n.121 - grifo nosso);

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ACIDENTE RODOVIÁRIO - MORTE - INDENIZAÇÃO - ARBITRAMENTO PELO TRIBUNAL *A QUO* - VALOR RAZOÁVEL – [...] - PENSÃO MENSAL - REDUÇÃO DE 1/3 RELATIVO AOS PRESUMÍVEIS GASTOS PESSOAIS DA VÍTIMA - NECESSIDADE.

1 - Não sendo constatado valor exacerbado na fixação, pelo Tribunal local, do montante indenizatório do dano moral (R$ 130.000,00) em razão da morte da vítima, por acidente rodoviário, inviável sua revisão por esta Corte.[...] 4 - **A teor da jurisprudência desta Corte, do cálculo da pensão mensal deve ser deduzida a terça parte, correspondente as presumíveis despesas pessoais da vítima** 5 - Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido, para reduzir de um terço o valor da pensão mensal fixada pelo Tribunal local, bem como para determinar a atualização monetária do valor indenizatório dos danos morais, a partir desta data. (REsp n. 826.491/CE, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 16.5.2006, DJ 5.6.2006, p. 295 - destacou-se).

Ademais, apenas para corroborar o posicionamento, tenho que a Enersul, caso quisesse realmente desconstituir o pensionamento arbitrado, deveria ter colacionado provas aos autos, demonstrando que a vítima percebia menos do que três salários-mínimos ou que os dois terços de tal verba seria dispensável aos filhos, o que não ocorreu.

Assim, mantenho a condenação da empresa energética ao pagamento da pensão nos valores estabelecidos na sentença.

No que se refere ao termo final do pensionamento, a Enersul pede que seja o dia em que os autores completarem a maioridade civil, tendo constado na sentença ser a data em que cada um dos filhos completar 25 anos de idade ou o dia em que a genitora completaria 65 anos, o que ocorrer primeiro.

Esclareço que os autores Anne Caroline Rodrigues Lima, Hudeson Rafael Rodrigues Lima e Bruna Muriele Rodrigues Lima completarão 25 anos de idade em 2017, 2016, 2014, respectivamente, o que ocorrerá antes da data em que a vítima completaria 65 anos (ano de 2026), razão pela qual mantenho a sentença, visto que se tem entendido ser devida a pensão até que os filhos adquiram 25 anos de idade, *in verbis*:

> EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS E LUCROS CESSANTES CONFIGURADOS – PENSÃO ALIMENTÍCIA ATÉ QUE O MENOR COMPLETE 25 ANOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS NÃO PROVIDOS.
>
> [...] O responsável pela morte de mãe que provia o sustento do filho menor deve a este, pensão alimentícia mensal, fixada no patamar de 2/3 da remuneração da vítima até que o menor complete 25 anos. (TJMS, AC n. 2008.026429-9, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 30.3.2010);
>
> EMENTA – RECURSO OBRIGATÓRIO E DE APELAÇÃO CÍVEL DA AUTORA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – DANOS MATERIAIS RECONHECIDOS – AUSÊNCIA DE PROVA DOS GANHOS MENSAIS DA GENITORA DA RECORRENTE – FIXAÇÃO DA PENSÃO EM 2/3 DO SALÁRIO MÍNIMO – PENSIONAMENTO DEVIDO ATÉ A MENOR COMPLETAR 25 ANOS DE IDADE – DANOS MORAIS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO SATISFATÓRIO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.
>
> [...] O limite temporal para o pensionamento é a data em que a menor completar 25 (vinte e cinco) anos de idade quando, normalmente, os filhos não dependem mais de seus pais. [...]. (TJMS, AC n. 2006.020470-9, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 12.2.2007).

III. Danos Morais

No que tange aos danos morais, vislumbro que o seu cabimento é irrefutável no caso, insurgindo-se a empresa recorrente com relação à quantia arbitrada.

A respeito do *quantum* indenizatório, cumpre salientar que, visando à compensação da dor e do sofrimento experimentados, deve ser compatível com o dano sofrido, consoante se tem reiteradamente decidido:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REPARATÓRIA DE DANOS DECORRENTE DE ATO ILÍCITO - MORTE DE FILHO MAIOR QUE CONTRIBUÍA PARA O SUSTENTO DOS PAIS - DANO MATERIAL E MORAL RECONHECIDOS, SENDO O PRIMEIRO EM FORMA DE PENSÃO ALIMENTÍCIA FIXADA EM 1/3 SOBRE OS RENDIMENTOS DA VÍTIMA, ATÉ QUE A MESMA COMPLETASSE SESSENTA E CINCO ANOS - VERBA HONORÁRIA IMPOSTA EM PERCENTUAL DE 15% - RECURSO PROVIDO.
>
> O que se indeniza, via de indenização por danos morais, é a dor e o sofrimento imposto à vítima em decorrência do fato.
>
> A indenização imposta à parte em situação tal deve ser compatível com o dano sofrido e com a condição econômica das duas partes. (TJMS, AC n. 1000.064602-8, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 27.9.2002, DJ de 4.10.2002).
>
> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRABALHO - PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM - REJEITADA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - CULPA *IN VIGILANDO* DA EMPREGADORA - OBRIGAÇÃO DA LITISDENUNCIADA AFASTADA POR NÃO

TER O DEVER DE FISCALIZAR - PENSÃO JÁ PAGA PELO INSS - DESCONTO DE SEGURO RECEBIDO - AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

> Na indenização por dano moral deve o julgador agir com bom senso, de acordo com as particularidades de cada caso. O valor não deve ser baixo a ponto de ser irrelevante para o condenado nem alto de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do beneficiado, levando-se em conta também o caráter preventivo da reparação, evitando-se assim a ocorrência de novos danos. (TJMS, AC n. 2001.000260-7, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, julgado em 27.9.2002, DJ de 17.10.2002);

> [...] Além daqueles critérios de razoabilidade, da moderação e do bom senso, dos quais deve se valer o magistrado para a fixação do valor indenizatório, busca-se atender a outros critérios como o padrão social e cultural das partes litigantes, a gravidade da lesão ao direito do ofendido, a grau de intensidade do sofrimento suportado, a condição do ofensor de suportar o encargo reparatório, além de buscar adequar o valor arbitrado a outras indenizações fixadas em casos semelhantes. (TJMS, AC n. 2005.008780-1, Quarta Turma, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 16.8.2005).

Desta feita, resta certo que a fixação do montante indenizatório relativo ao dano moral fica a critério do julgador, ao qual cabe analisar as diversas circunstâncias fáticas de cada caso, norteando-se pela razoabilidade e pelo bom senso.

No caso dos autos, verifico que se afigura razoável o valor arbitrado pelo magistrado, equivalente a R$ 60.000,00 para cada um dos cinco filhos da vítima, conforme constou da sentença, *in verbis:*

> Óbvio que não só pelo fato de sustentar os filhos é que a indenização seria cabível, mas principalmente porque se trata de morte abrupta de uma mãe de família que deixou filhos desconsolados e que se pode afirmar assustados diante da violência do acidente, o que obviamente provocou consideráveis abalos de ordem psicológica nos seus descendentes, inclusive pela súbita notícia da morte. (f. 344-5).

Acrescento, ainda, que a indenização no mencionado valor apresenta-se legítima ao se considerar, além do modo como ocorreu o acidente, a sua causa, justamente em razão da omissão da requerida que não procedeu à manutenção da rede de energia da forma como deveria.

Logo, sem razão a recorrente quanto ao pedido de redução do montante arbitrado para os danos morais, visto que a quantia arbitrada em primeira instância serve como razoável compensação aos autores, sem que represente enriquecimento sem causa, e, igualmente, cumpre com o seu caráter pedagógico, sancionando justamente a responsável pelo ilícito.

IV. Termo Inicial de Incidência da Correção Monetária e Juros

No recurso adesivo interposto pelos autores, o pedido formulado é para que a correção monetária incida da data da sentença e os juros moratórios a partir do evento danoso.

Quanto à correção monetária incidente sobre a indenização pelos danos materiais-emergentes, mantenho a determinação da sentença, de aplicação do índice IGPM desde o desembolso, em observância à vedação da *reformatio in pejus*.

No que se refere à correção do *quantum* indenizatório relativo aos danos morais, tem aplicação o disposto na Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: "*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.*"

Assim, visto que o magistrado estabeleceu a incidência da correção a partir da data da intimação da sentença, mantenho a determinação, pois a intimação ocorreu com a publicação do *decisum*, a partir de quando são considerados válidos os seus efeitos.

Sobre os juros de mora, tenho que devem incidir a partir da citação, tanto para a indenização referente aos danos morais como a pertinente aos danos materiais, conforme tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSOS ESPECIAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL - ALUNA BALEADA EM CAMPUS DE UNIVERSIDADE - DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS - ALEGAÇÃO DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, CONSISTENTE EM GARANTIA DE SEGURANÇA NO CAMPUS RECONHECIDO COM FATOS FIRMADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - FIXAÇÃO - DANOS MORAIS EM R$ 400.000,00 E ESTÉTICOS EM R$ 200.000,00 - RAZOABILIDADE, NO CASO - PENSIONAMENTO MENSAL - ATIVIDADE REMUNERADA NÃO COMPROVADA - SALÁRIO MÍNIMO – SOBREVIVÊNCIA DA VÍTIMA - PAGAMENTO EM PARCELA ÚNICA - INVIABILIDADE – DESPESAS MÉDICAS - DANOS MATERIAIS - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO – JUROS MORATÓRIOS - RESPONSABILIDADE CONTRATUAL - TERMO INICIAL - CITAÇÃO - DANOS MORAIS INDIRETOS OU REFLEXOS - PAIS E IRMÃOS DA VÍTIMA - LEGITIMIDADE - CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL - TRATAMENTO PSICOLÓGICO - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ.
>
> [...] 6.- Os juros de mora, em casos de responsabilidade contratual, são contados a partir da citação, incidindo a correção monetária a partir da data do arbitramento do *quantum* indenizatório, conforme pacífica jurisprudência deste Tribunal. [...]. (REsp n. 876448/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 17.6.2010);
>
> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ACIDENTE AÉREO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. FALECIMENTO DO COMPANHEIRO. DANO MORAL. REDUÇÃO. ADEQUAÇÃO AO PATAMAR ADMITIDO PELO STJ. DANO MATERIAL. 13º SALÁRIO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. IMPOSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA N. 362-STJ. JUROS MORATÓRIOS. RELAÇÃO CONTRATUAL. TERMO *A QUO*. CITAÇÃO.
>
> [...] IV. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora fluem a partir da citação. V. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 922390/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 27.10.2009).

Dessa forma, considerando-se que o juiz *a quo* observou o entendimento supracitado somente com relação aos danos materiais, determino que os juros moratórios referentes à indenização pelo dano moral, estabelecidos na sentença a partir da intimação do *decisum*, também incidam a contar da citação válida.

V. Responsabilidade da Seguradora Denunciada

Diante da denunciação à lide, entendo que a denunciada deverá concorrer para o pagamento da indenização devida aos autores, ressarcindo os gastos que a denunciante Enersul tiver, do modo estabelecido no contrato de seguro firmado.

Do aludido contrato (f. 233-47), não se verifica nenhuma cláusula limitadora da responsabilidade da seguradora apelante, capaz de provar sua alegação de que foi contratado limite na ordem de 20%, motivo pelo qual mantenho sua condenação ao ressarcimento integral do montante que a empresa energética despender com esta ação.

Esclareço, ainda, que há cláusula de exclusão da cobertura dos danos morais (n. III, 2, U), porém com a ressalva de que pode haver convenção em contrário, a qual foi feita no caso, conforme se infere do anexo ao contrato, acostado às f. 240.

Por fim, sobre o pagamento dos honorários pela seguradora, ressalto que o entendimento firmado é de não cabimento da condenação caso ausente resistência quanto à denunciação à lide.

A propósito, segue julgado proferido por esta Relatora e também pelo superior Tribunal de Justiça:

> DENUNCIAÇÃO DA LIDE – CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA DA LITISDENUNCIADA – ACEITAÇÃO DA DENUNCIAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA EXCLUIR SUA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS.
>
> Na denunciação da lide, quando aceita pelo litisdenunciado, assumindo a qualidade de litisconsorte na lide principal, é vedada a condenação em ônus sucumbenciais em relação à demanda secundária. (TJMS, AC n. 2004.013116-3, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Tânia Garcia de Freitas Borges, julgado em 30.5.2006);
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - ACIDENTE - DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - HONORÁRIOS - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - São cumuláveis os danos estético e moral, ainda que oriundos do mesmo fato. - Denunciada que aceita denunciação e comparece ao processo, unicamente, para proteger o capital segurado, não responde pela verba de sucumbência correspondente à denunciação da lide. (STJ, REsp n. 200000616311, (264119 RJ), Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 3.10.2005, p. 239).

No caso em apreço, embora a seguradora tenha reconhecido sua responsabilidade, ela ofereceu resistência quando alegou limitação em sua responsabilização, provando-se, posteriormente, justamente o contrário de sua tese defensiva, de modo que deve arcar com o pagamento dos honorários.

Posto isso, em parte com o parecer, nego provimento ao recurso de apelação da Companhia de Seguros Aliança do Brasil e da Enersul – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul – e dou provimento parcial ao recurso interposto por Anne Caroline Rodrigues Lima e outros, apenas para determinar que os juros moratórios incidentes sobre a indenização pelos danos morais incidam a partir da citação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL E DA ENERSUL; E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE ANNE CAROLINE RODRIGUES LIMA E OUTROS, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 28 de junho de 2011.

***

Segunda Turma Cível
Apelação Cível n. 2009.029070-9 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO CONTRATUAL – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL FINANCIADO PELA CAIXA – CONTRATO DE GAVETA – INADIMPLÊNCIA DA COMPRADORA-APELADA – TITULARIDADE NÃO TRANSFERIDA – INSCRIÇÕES DO NOME DA VENDEDORA NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO – SENTENÇA REFORMADA – POSSIBILIDADE DE RESCISÃO – RETORNO AO *STATUS QUO ANTE* – DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO A TÍTULO DE ENTRADA DEVIDAMENTE CORRIGIDO PELO IGPM-FGV E ACRESCIDO DE MULTA CONTRATUAL DE 10% – COMPENSAÇÃO DA TAXA DE FRUIÇÃO DEVIDA PELA APELADA COM AS PARCELAS PAGAS À CAIXA – IPTU, CONDOMÍNIO, ÁGUA E LUZ UTILIZADOS DURANTE A OCUPAÇÃO – ENCARGOS DE RESPONSABILIDADE DA APELADA-COMPRADORA – RECURSO PROVIDO.

O pedido de resolução do contrato deve ser julgado procedente, pois fugiria da razoabilidade o Poder Judiciário avalizar a perpetuação de uma relação jurídica excessivamente onerosa para uma das partes, como no caso em espeque, onde o descumprimento contratual da apelada traz à apelante prejuízos de ordem prática, pois seu nome é constantemente inscrito em cadastros de restrição ao crédito.

Com a constitucionalização do Direito civil, tem-se no princípio da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, da CF – a origem de vários outros princípios, como a liberdade, igualdade fraternidade, bem como os direitos da personalidade, dentre eles, à imagem e à honra. Indubitável que tais institutos sobrepõem-se ao direito patrimonial.

O pedido de rescisão contratual procede, mas deve ficar condicionado à restituição da apelante, à apelada, da quantia paga como entrada, qual seja R$ 30.000,00 (trinta mil reais), valor que deverá ser devidamente corrigido pelo IGPM-FGV, visando à manutenção do patrimônio despendido pela apelada, bem como acrescida da multa prevista na cláusula 5ª do contrato entabulado, no percentual de 10%, a incidir sobre o valor atualizado da quantia.

Quanto à taxa a título de fruição/aluguel, pleiteada pela apelante na inicial, entendo ser devida, sob pena de enriquecimento sem causa da apelada. Contudo, o referido valor deve ser compensado com o das parcelas do financiamento pagas pela apelada durante a ocupação do imóvel, não remanescendo crédito para nenhuma das partes. Somente será devida alguma quantia a esse título se, no momento da desocupação do imóvel pela apelada, houver débitos na Caixa, podendo esse eventual valor ser descontado da quantia a ser ressarcida à apelada.

No que tange ao pagamento das despesas inerentes à utilização imóvel, como IPTU, água, luz e condomínio, merece guarida a alegação da apelante, visto que é de inteira responsabilidade da apelada arcar com despesas ocorridas durante o interregno que ocupou e utilizou o imóvel, bem como os referidos serviços.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso de Lia Sebastiana Martins e parcial provimento a reconvenção, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 20 de setembro de 2011.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Lia Sebastiana Martins**,** inconformada com a sentença prolatada pelo MM. Juiz da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente a Ação de Rescisão Contratual ajuizada em desfavor de Carla Geórgia Rodrigues Guimarães Souto, recorre a esta Corte.

Aduz que ingressou com a presente demanda visando à rescisão do contrato de compra e venda de imóvel residencial celebrado com a apelada, tendo por objeto a transferência do direito sobre imóvel financiado pela Caixa – contrato de gaveta –, em razão da inadimplência daquela, mas o juízo de primeiro grau julgou improcedente a demanda, assim como a reconvenção.

Entende que a sentença deve ser reformada, pois o juízo singular não levou em consideração a inadimplência da apelada, que obrigou a apelante a promover a quitação do débito para que fosse excluída dos cadastros de restrição de crédito. Afirma que o débito reclamado era de 2006, enquanto a apelada ajuizou ação de consignação em pagamento para restituição do valor desembolsado pela apelante somente em 2008, após o ajuizamento desta demanda, oportunidade em que também se encontrava inadimplente na Caixa.

Assevera que a decisão merece reforma, ante a flagrante inadimplência contratual da apelada, devendo o respectivo instrumento ser rescindido. Ademais, o contrato em questão contém cláusula de arrependimento, podendo a apelante se utilizar de tal prerrogativa, que também possui amparo legal – art. 420 CC. Pugna pelo provimento do recurso, a fim de reformar a sentença recorrida no que tange ao indeferimento da rescisão de contrato pleiteado.

A apelada apresentou contrarrazões, postulando pela manutenção da sentença. Prequestionou o art. 131 do CPC.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Lia Sebastiana Martins, pretendendo a reforma da decisão que julgou improcedente a Ação de Rescisão Contratual n. 001.07.055767-6, ajuizada em desfavor do Carla Geórgia Rodrigues Guimarães Souto, e, por consequência, improcedente a reconvenção formulada, recorre a esta Corte.

A decisão recorrida assim restou proferida:

> ISTO POSTO, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem julgar totalmente improcedentes os pedidos realizados pelas partes, de modo a manter firmes as cláusulas do contrato firmado. Ante a sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas, compensando-se os honorários advocatícios, atentando-se em ambos os casos ao disposto no artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

Em que pesem os fundamentos contidos na decisão de primeiro grau, tenho que o recurso merece ser provido.

É que o juízo de primeiro grau entendeu que o pedido de rescisão não poderia ser acolhido em razão de não haver cláusula expressa, no contrato em espeque, de rescisão no caso de inadimplemento.

Contudo, como ensina Flávio Tartuce[1], *"Também gera a extinção do contrato por resolução a cláusula resolutiva tácita, aquela que decorre de lei e gera a resolução do contrato em decorrência de um evento futuro e incerto, geralmente relacionado ao inadimplemento (condição)."*

Nesse passo, vejamos o disposto no Código Civil:

> Da Cláusula Resolutiva
>
> Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.
>
> Art. 475. 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.

Vê-se, portanto, ser desnecessária a previsão contratual acerca da rescisão do contrato para que ele seja resolvido em razão da inadimplência de uma das partes, bastando que haja a interpelação judicial para a constituição em mora do devedor. Deve ser ressaltado, ainda, que a referida interpelação pode muito bem ser substituída pela presente demanda, sendo desarrazoado condicionar a procedência de uma demanda iniciada há muito tempo a uma outra ação, de jurisdição voluntária – interpelação.

Tecidos tais esclarecimentos, passo ao exame das provas trazidas.

Extrai-se dos autos que em 26.4.2004 as partes firmaram um contrato de compra e venda de imóvel, onde a apelada comprou a transferência do bem em questão por R$ 30.000,00 (trinta mil reais), assim como se responsabilizou por continuar a pagar as prestações subsequentes até a quitação do financiamento existente na Caixa.

Ocorre que, conforme se denota da documentação acostada, a apelada constantemente atrasava o pagamento das parcelas do imóvel na Caixa, chegando a ficar cumulativamente 7 meses inadimplente em 2005. Em 2006, totalizou 8 meses sem o aludido pagamento, tanto que a própria apelante teve de quitar os débitos por conta própria – março a agosto/2006 –, viabilizando a retirada de seu nome dos cadastros de inadimplentes (f. 17).

No ano de 2007, a apelante teve crédito negado pela Caixa em razão de as parcelas relativas aos meses de março e abril do respectivo ano estarem inadimplidas, fato que, na verdade, ensejou a presente demanda, ajuizada em agosto de 2007. Deve ser ressaltado que somente em dezembro de 2007, ou seja, após o manejo do presente feito, a apelada ajuizou a Consignação em Pagamento n. 001.07.054674-7, tendo como objeto a restituição do pagamento dos débitos de 2006, realizado pela apelante, ação esta que foi julgada procedente e transitou em julgado.

1 *In* **Direito Civil:** Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 233.

Tenho que o pedido de resolução do contrato deve ser julgado procedente, pois fugiria da razoabilidade o Poder Judiciário avalizar a perpetuação de uma relação jurídica excessivamente onerosa para uma das partes, como no caso em espeque, onde o descumprimento contratual da apelada traz à apelante prejuízos de ordem prática, pois seu nome é constantemente inscrito em cadastros de restrição ao crédito.

Nesse sentido já decidiu este Tribunal:

> EMENTA – APELAÇÃO CIVEL – RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C INDENIZAÇÃO – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE TERRENO – INADIMPLÊNCIA – CLÁUSULA RESOLUTIVA – POSTERIOR EDIFICAÇÃO – BENFEITORIAS NECESSÁRIAS – DANO MORAL – MERO DISSABOR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> **A inadimplência dos requeridos é causa suficiente para rescindir o contrato de compra e venda, reintegrar os autores na posse do imóvel, e por corolário lógico, o cancelamento do registro na matrícula.**
>
> Meros aborrecimentos e contrariedades não são suficientes para configurar o dano moral.
>
> Devem ser pagas as benfeitorias necessárias e úteis realizadas, sob pena de, nos termos do art. 1.219 do Código Civil ser garantido o direito de retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis realizadas no imóvel, a fim de que, não haja o enriquecimento sem causa do vendedor. (TJMS, AC n. 2010.019475-5, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 14.9.2010).

Com a constitucionalização do Direito civil, tem-se no princípio da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, da CF – a origem de vários outros princípios, como a liberdade, igualdade fraternidade, bem como os direitos da personalidade, dentre eles, à imagem e à honra. Indubitável que tais institutos sobrepõem-se ao direito patrimonial.

No presente caso, enquanto o contrato celebrado estiver vigente, a imagem e a honra da apelante pode ser constantemente afetada em razão dos inadimplementos da apelada, sem falar no constante abalo psicológico, situação que deve ser repelida pelo Judiciário.

Como bem ensina Flávio Tartuce[2]:

> [...] observa-se que os direitos de personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa. Na sua especificação, a proteção envolve aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até sua morte. [...]
>
> Em síntese, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade (art. 1º, III, da CF/88).
>
> [...]
>
> Pela técnica de ponderação, em casos de difícil solução (*hard cases*) os princípios e direitos fundamentais devem ser sopesados no caso concreto pelo aplicador do Direito, para se buscar a melhor solução.

2 *In* **Direito Civil**: Lei de Introdução e Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 163-4.

Ademais, a cláusula 5ª do instrumento em discussão (f. 9) prevê possibilidade de desistência do negócio pelas partes, inclusive pela parte vendedora, que, nesse caso, deverá devolver a quantia paga pelo comprador, além da multa de 10% sobre o valor do contrato.

Portanto, o pedido de rescisão contratual procede, mediante a devolução da quantia desembolsada pela apelada, retornando a relação jurídica a seu *status quo ante*.

Passo a apreciar as questões acessórias, levantadas tanto na inicial quanto na reconvenção. Deve ser salientado que, em razão da improcedência da demanda principal, a reconvenção foi julgada prejudicada, devendo ser apreciada neste momento, por força do que dispõe o art. 515, §§ 1º e 3º, do CPC[3].

A apelante requereu fosse descontado do valor a restituir à apelada a quantia referente ao uso do imóvel, analogicamente a aluguéis, a ser fixado, no mínimo, da data de 26.4.2004 até a efetiva desocupação do bem. Também requereu fosse a apelada responsabilizada pelo pagamento do IPTU, água, luz e condomínio de todo o período da ocupação.

A apelada, por sua vez, em sede de reconvenção, requereu que, em caso de procedência da rescisão, fosse-lhe ressarcido os R$ 30.000,00 (trinta mil reais) pagos a título de entrada, mais as prestações do financiamento ao longo da ocupação, e ainda a devolução dos valores pagos a título de IPTU e condomínio.

Pois bem. Tenho que a devolução dos R$ 30.000,00 (trinta mil reais) é incontroversa, assim como a multa, que a apelante entende ser devida no patamar de 10% sobre tal quantia, pois se constata não ter sido impugnada pela apelada.

Dessa forma, o pedido de rescisão contratual procede, mas deve ficar condicionado à restituição da apelante, à apelada, da quantia paga como entrada, qual seja R$ 30.000,00 (trinta mil reais), valor que deverá ser devidamente corrigido pelo IGPM-FGV, visando à manutenção do patrimônio despendido pela apelada.

Ressalto não ser devida, neste caso, a incidência de juros, em razão da inexistência de mora por parte da apelante, que não deu causa à rescisão, devendo apenas ser restituída a quantia desembolsada pela apelada. Sabe-se que os juros moratórios *"constituem um ressarcimento imputado ao devedor pelo descumprimento parcial da obrigação [...]."*[4].

Tal quantia, a pedido da apelante, ainda deve ser acrescida da multa prevista na cláusula 5ª do contrato entabulado, no percentual de 10%, a incidir sobre o valor atualizado da quantia.

Quanto à taxa a título de fruição/aluguel, pleiteada pela apelante na inicial, entendo ser devida, sob pena de enriquecimento sem causa da apelada, que não pode ter residido no imóvel objeto da demanda por todo esse tempo em caráter gratuito.

Contudo, o valor devido a esse título deve ser compensado com o valor das parcelas do financiamento pagas pela apelada durante a ocupação do imóvel, não remanescendo crédito para nenhuma das partes. Isto porque, como pode ser visto pelos carnês do respectivo IPTU (alíquota de 1% sobre o valor venal do imóvel), a parcela do financiamento existente junto à Caixa corresponde a menos de 1% do valor do bem, mostrando-se razoável a compensação.

Somente será devida alguma quantia a esse título se, no momento da desocupação do imóvel pela apelada, houver débitos na Caixa, podendo esse eventual valor ser descontado da quantia a ser ressarcida à apelada.

---

3 **Art. 515.** A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. **§1º** Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. [...] **§ 3º** Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

4 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** 5. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 230.

No que tange ao pagamento das despesas inerentes à utilização imóvel, como IPTU, água, luz e condomínio, merece guarida a alegação da apelante, visto que é de inteira responsabilidade da apelada arcar com despesas ocorridas durante o interregno que ocupou e utilizou o imóvel, bem como os referidos serviços.

Esta questão já restou decidida por este Tribunal por diversas vezes, *in verbis*:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E PERDAS E DANOS – RECURSO DA REQUERENTE – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – INADIMPLEMENTO – RESCISÃO – RESTITUIÇÃO DE TODAS AS PARCELAS PAGAS – PERDAS E DANOS – DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS CORRIGIDAS E ACRESCIDAS DE JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO – TAXAS DEVIDAS PELA OCUPAÇÃO – IPTU – ÁGUA – LUZ – CONDOMÍNIO – QUITAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> Ainda que a causa da rescisão contratual tenha se dado por culpa exclusiva da apelada, é lícito que esta receba os valores das prestações pagas com a incidência de juros, sob pena de desequilíbrio contratual entre as partes.
>
> **Fica ao encargo do comprador inadimplente as despesas e taxas que incumbem a qualquer locatário, tais como IPTU, consumo final de água, luz e condomínio.** (TJMS, AC n. 2008.016329-6, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 7.12.2010).
>
> EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO DE CONTRATO COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE – CLÁUSULA PENAL ABUSIVA – VALOR DE PERDAS E DANOS SERÁ APLICADO A PARTIR DO MOMENTO DA INADIMPLÊNCIA DA APELADA – **AS TAXAS DEVIDAS PELA OCUPAÇÃO HÃO DE SER QUITADAS – IPTU – ÁGUA – LUZ – CONDOMÍNIO –** A REINTEGRAÇÃO DA POSSE DEVE SER REALIZADA APÓS RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS PAGAS E INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (TJMS, AC n. 2004.013836-3, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, julgado em 28.5.2009).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, reformando a sentença de primeiro grau, a fim de julgar procedente o pedido de rescisão de contrato e parcialmente procedente a reconvenção, resolvendo o processo nos termos do art. 267, III, do CPC, devendo ser devolvido o *status quo ante* das partes, motivo pelo qual determino à apelante a restituição da quantia de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) em favor da apelada, quantia que deverá ser devidamente corrigida do desembolso desta pelo índice IGPM/FGV, resultado que deverá ser acrescido de multa de 10%, determinando, ainda, a compensação dos valores devidos a título de fruição/aluguel com aqueles pagos pela apelada a título de parcela do financiamento na Caixa, e, no caso de haver débitos na instituição financeira no momento da desocupação, essa eventual quantia deverá ser descontada do valor a ser ressarcido à apelada, assim como eventuais débitos relativos a IPTU e condomínio, devidos pela apelada por corresponderem ao período em que ocupou o imóvel, mas registrados em nome da apelante.

Quanto a eventuais débitos relativos à utilização de energia elétrica e água quando da desocupação do imóvel, por não ter demonstrado a apelante estarem em seu nome, deixo de determinar sua compensação com o valor a ser ressarcido à apelada, mas reputo a esta última a obrigação pelo pagamento de tais encargos.

Ante a sucumbência mínima da apelante, inverto os ônus sucumbenciais, condenando a apelada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, cuja cobrança fica sobrestada, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE LIA SEBASTIANA MARTINS E PARCIAL PROVIMENTO A RECONVENÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 20 de setembro de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.016914-0 - Camapuã
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PARCERIA PECUÁRIA – SIMULAÇÃO – PRESCRIÇÃO – ANULAÇÃO DO TÍTULO – PRAZO QUADRIENAL E NÃO VINTENÁRIO – REJEITADA – MÉRITO – ILIQUIDEZ DO TÍTULO – NULIDADE DA EXECUÇÃO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – RECURSO PROVIDO.

Rejeita-se a prejudicial de prescrição vintenária, por força do que dispõe artigo 178, § 9º, inciso V, alínea "b", do Código Civil de 1916, vigente à época da celebração do contrato, que previa o prazo de quatro anos para ajuizamento de ação anulatória, por vício de simulação.

O contrato, popularmente conhecido como "vaca-papel", não se reveste das características de título executivo, justamente por faltar-lhe liquidez; devendo ser reconhecida, de ofício, a nulidade da execução, por tratar-se de matéria de ordem pública.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de julho de 2011.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Antonio de Assis Campeiro interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Camapuã, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos autos dos embargos à execução, Autos n. 006.09.001615-2, opostos em face de Maria da Silva Gonçalves.

Insurge-se quanto ao reconhecimento da prescrição, uma vez que, tratando-se de hipótese de simulação, o é vintenário.

Alega que houve simulação, visto que os semoventes nunca foram entregues, mas, sim, quantia em dinheiro, configurando-se o contrato conhecido popularmente como "vaca-papel", utilizado para dissimular empréstimo em dinheiro, mediante cobrança de juros extorsivos.

Sustenta que o gado descrito na exordial executiva representa diferença de valores a juros de trinta por cento ao mês, que deveriam ser pagos em dinheiro e não em bezerros.

Frisa ter quitado o débito mediante a entrega de uma casa e um terreno em favor da apelada.

Afirma não haver qualquer indício de prova de transação envolvendo gado; todavia, em contrapartida, há documentos e depoimentos que comprovam que a apelada vinha praticando agiotagem.

Ressalta que devem ser consideradas prescritas as rendas vencidas e não exigidas no interstício de três anos de seus respectivos vencimentos, bem como sua redução ao patamar de dez por cento ao ano.

Ao final, requer o provimento do recurso, reformando-se a sentença proferida.

Não foram ofertadas as contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Antonio de Assis Campeiro, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Camapuã, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos autos dos embargos à execução, Autos n. 006.09.001615-2, opostos em face de Maria da Silva Gonçalves.

Visando o apelante à anulação do negócio jurídico em razão da prática de simulação, deve ser aplicado o prazo prescricional quadrienal, a teor do que dispõe o artigo 178, § 9º, inciso V, alínea *b*, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos.

Nesse sentido, vem sendo o posicionamento adotado em casos análogos:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – CONTRATO DE ARRENDAMENTO DE GADO BOVINO – SIMULAÇÃO – PRESCRIÇÃO – ART. 178, § 9º, I, "b", CC/1916 – CONFIGURAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Nos termos do art. 178, § 9°, inc. V, alínea b, do Código Civil de 1916, é de quatro anos o prazo prescricional para o ingresso com ação anulatória de contrato fundado em vício de consentimento decorrente de simulação ou fraude.[1]
>
> EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CONTRATO – PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA – MÉRITO – SIMULAÇÃO – CONTRATO DENOMINADO "VACA PAPEL" – CONTRATAÇÃO CELEBRADA SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – PRESCRIÇÃO – PRAZO DE QUATRO ANOS – ART. 178, § 9º, INC. V, ALÍNEA "B", DO CC/1916 – ACOLHIMENTO – EXTINÇÃO DO PROCESSO – VERBA HONORÁRIA DE SUCUMBÊNCIA – MAJORAÇÃO – EQUIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO DOS AUTORES IMPROVIDO E DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> Se o processo encontrar-se apto para julgamento e o magistrado entender ser dispensável a produção de outras provas, a prolação da sentença é medida que se impõe, à vista dos princípios da economia e celeridade processual, respeitado o devido processo legal.
>
> Prescreve em quatro anos, aos termos do art. 178, § 9º, inc. V, letra b, do CC/1916, a contar do dia da celebração do contrato, a pretensão de anulá-lo sob fundamento de simulação (vaca-papel).

1 TJMS, AC n. 2011.013241-1, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 8.6.2011.

> Os honorários advocatícios arbitrados conforme apreciação equitativa do julgador, por constituir ato discricionário, deve atender ao grau de zelo do profissional, ao lugar da prestação do serviço, à natureza e importância da causa e ao tempo exigido para o seu serviço, observados os parâmetros de razoabilidade-proporcionalidade.[2]

Assim, considerando que a contagem do prazo inicia-se na data em que foi celebrado o contrato, ou seja, 8 de outubro de 1997, seu termo final expira em 8 de outubro de 2001.

Ocorre que os presentes embargos foram opostos apenas em 1º de setembro de 2009, época em que se encontrava prescrito o direito do apelante.

Por tais razões, rejeita-se a prejudicial de prescrição vintenária.

Em 8 de outubro de 1997, as partes firmaram contrato de parceria pecuária, tendo por objeto o arrendamento de *"70 (setenta) vacas solteiras, de 3 anos acima, comum/comercial, robustas e sem defeitos físicos, em perfeito estado sanitário, pesando em média 8 (oito) arrobas por cada rês"*. (f. 26-8)

O contrato foi celebrado com prazo certo de três anos, iniciando-se em 5 de outubro de 1997 e terminando no mesmo dia e mês do ano de 2000, período em que seriam devidas três rendas, vencíveis anualmente, fixadas da seguinte forma: *"20% (vinte por cento), em bezerros machos, robustos e sem defeitos físicos, em perfeito estado sanitário, de 8 (oito) meses acima de idade cada, comum/comercial"*.

Como matéria de defesa, o apelante alegou que o contrato objeto da execução havia sido celebrado em simulação, pois proveniente da prática de agiotagem, onde eram cobrados encargos extorsivos, pugnando por sua nulidade.

São requisitos indispensáveis à propositura da execução o inadimplemento do devedor relativo à obrigação certa, líquida e exigível, estampada em título executivo extrajudicial, artigo 586 do Código de Processo Civil, de sorte que a ausência de qualquer desses implica o indeferimento da execução por carência de ação.

Configurando-se como condição da ação a presença dos referidos requisitos legais, portando, matéria de ordem pública, compete a este Relator analisar o título que aparelha a execução, a fim de aferir a presença de eventual irregularidade que o macule ou impeça o prosseguimento da execução, ainda que se encontre prescrito o direito de postular a anulação do negócio jurídico.

No ato da lavratura do Instrumento Particular de Parceria Pecuária (f. 26-8), declararam os parceiros criadores (apelante) que se encontram sob sua posse e guarda a quantia de 70 (setenta) vacas solteiras, de 3 anos acima, comum/comercial, robustas e sem defeitos físicos, em perfeito estado sanitário, pesando em média 8 (oito) arrobas por cada rês, cuja propriedade pertence à parceira proprietária.

Todavia, colhe-se do depoimento prestado às f. 129-30 que o apelante não recebeu da apelada o gado objeto da avença, mas sim quantia em dinheiro e que o débito representado pelo contrato teria como origem o saldo devedor proveniente de um contrato de mútuo celebrado no ano de 1995, cujo débito passou a ser representado pelas 70 (setenta) vacas que supostamente lhe teriam sido entregues em arrendamento.

Para melhor visualização, transcrevo trechos do depoimento prestado (f. 129-30):

> JUIZ: Sr. Antonio, o senhor fez um negócio com a dona Maria, que negócio foi esse que o senhor fez com ela?

2 TJMS, AC n. 2011.016914-0, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 13.4.2011.

DEPOENTE: O senhor diz assim[...]

JUIZ: Com respeito a um arrendamento de um gado

DEPOENTE: Eu peguei dela foi dinheiro.

JUIZ: Foi dinheiro:

DEPOENTE: Dinheiro.

JUIZ: Quanto o senhor pegou dela em dinheiro?

DEPOENTE: A quantia exata, exata, exata, eu não lembro, se foi 5 ou se foi 7, aí ocorre o juro e juro de 15% e aí uma época, isso foi mais ou menos em 95, quando foi na época de 97, mais ou menos, ela chamou par fazer um contrato, eu passei a procuração para um seguro de um terreno de 100 metros quadrados com uma casa e paguei uma parte da dívida, então eu acho que naquele acerto nós já ficávamos, meio liquidado a dívida, quitado. Mas aí ela ainda mandou eu fazer um contrato de 70 vacas a corresponder o valor. E eu assinei, porque eu sempre fui um cara que tentei andar direito, até então tina condição, sempre fui bem honesto, bem direito, mas acabei a condição de pagar, não tenho mais nada, doutor, eu não tenho renda, eu[...]

JUIZ: Esse contrato aqui o senhor fez com ela, então?

DEPOENTE: É, eu assinei, ela mandou eu fazer, eu assinei

JUIZ: Folha 26,27,28.

DEPOENTE: É. Eu assinei ele, mas eu não peguei vaca, eu peguei dinheiro.

JUIZ: Pegou dinheiro, mas[...[

DEPOENTE: Dinheiro, dinheiro com juros de 15%.

JUIZ: Mas neste contrato aqui, consta um contrato de parceria pecuária, um prazo de 3 anos, iniciando em 5 de outubro de 97, terminando dia 5 de outubro de 2000. E nesse contrato foi entregue ao senhor, né, uma quantidade de vaca é isso?

DEPOENTE: Não ela não entregou o gado.

JUIZ: Sim, mas com respeito (ininteligível)

DEPOENTE: Ela faturou o gado pelo valor do dinheiro que ela disse que ainda faltava, ela corrigiu em gado, mas eu não recebi gado.

[...]

JUIZ: O senhor efetuou algum pagamento desses bezerros?

DEPOENTE: Não senhor, a parte que eu paguei foi no dia que fez o contrato, eu paguei.

[...]

JUIZ: O senhor devia para ela quanto em dinheiro na época?

DEPOENTE: Eu não me lembro, doutor, da quanta certa. Eu só sei que eu pagava juros de 15% e acumulou juro e ajuntou. Eu só sei que eu dei a casa para pagar com terreno, eu acho que já supri a dívida ou pagaria lá uns 80, 90 por cento, mas ela apresentou mais essa quantia e fez o contrato e [...]

> JUIZ: E por que, que o senhor assinou, que o senhor autorizou a fazer?
>
> DEPOENTE: De boa intenção né doutor. A gente fica assim, a gente fica furado, a gente não tem costume, sempre gostou de pagar as coisas, só que a condição acabo, né. Na época eu passei essa casa para ela, o que me restava era essa casa aqui, esse terreno eu passei para ela pagar. E aí a gente sempre quis ser certo, cumpridor com as coisas, no fim acontece que a gente fica na situação que eu fiquei, com a dívida.

Diante disso, é certo que o débito ora executado teve como origem o inadimplemento de mútuo celebrado no ano de 1995, de maneira que não houve a entrega dos animais, visando a ocultar uma situação preexistente, bem como a cobrança de encargos extorsivos.

A constatação do vício apontado implica a iliquidez do título, tornando-o inábil a aparelhar a execução, seja para a entrega de coisa incerta, seja para o pagamento de quantia certa, na medida em que, nitidamente, gado algum foi entregue em parceria ao devedor primário, ou seja, a obrigação por ele representada nem sequer chegou a existir.

Desse modo, o credor fica privado do uso da execução por aplicação do artigo 618-I do CPC, o qual estabelece que "*é nula a execução, se o título executivo extrajudicial não corresponder à obrigação certa, líquida e exigível"*.

Aplica-se ao presente a máxima *"nulla executio sine título*". Não há execução sem título. E no caso, não há título. Não há obrigação de entrega da coisa, porque coisa alguma foi anteriormente entregue em arrendamento. A verdadeira operação existente entre as partes é de empréstimo de dinheiro a juros, que deverá ser discutida em ação própria, pelo processo de conhecimento, jamais de execução.

Assim**,** inexistindo título executivo, pela descaracterização do contrato que aparelha a execução, não se afigura possível a execução por título extrajudicial, conforme intentada, quer para entrega de coisa incerta – já que coisa alguma, reafirmo, foi entregue –, quer pelo seu equivalente em dinheiro, pois a obrigação não se traduz em 70 (setenta) vacas, mas no valor do saldo remanescente do débito contraído em 1995, o qual deverá ser cobrado mediante a propositura do respectivo processo de conhecimento, seja qual for a via eleita pelo credor.

Acerca da matéria, este Egrégio Tribunal vem se manifestando nos seguintes termos:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – ESCRITURA PÚBLICA DE PARCERIA PECUÁRIA EMBARGOS À EXECUÇÃO – SIMULAÇÃO – COMPROVAÇÃO – INVALIDAÇÃO – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ILIQUIDEZ OBRIGACIONAL – EXTINÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO – SENTENÇA DE ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR – PRETENSÃO DE REDUÇÃO – RECURSO DA PARTE EXEQUENTE NÃO PROVIDO.
>
> O contrato denominado vaca papel não se reveste das características de título executivo, justamente por faltar liquidez. Precedente desta Turma Cível. O valor arbitrado a título de honorários advocatícios deve ser consentâneo com o postulado da razoabilidade e subserviente à inteligência do artigo 20 do Código de Processo Civil.[3]
>
> EMENTA – EXECUÇÃO – CONTRATO DE ARRENDAMENTO DE GADO – EXECUÇÃO DE ENTREGA DE COISA INCERTA – TRANSFORMAÇÃO EM QUANTIA CERTA – EMBARGOS DO DEVEDOR – CONDIÇÕES DO NEGÓCIO QUE INDICAM TRATAR-SE DE ATO SIMULADO – CONTRATO DE VACA-PAPEL –

3 TJMS, AC n. 2010.037468-3, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, julgado em 14.12.2010.

POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO (ART. 102, II, do CC de 16) – DESQUALIFICAÇÃO DO DOCUMENTO COMO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – CARÊNCIA DA AÇÃO DE EXECUÇÃO – REMESSA DO CREDOR PARA AS VIAS ORDINÁRIAS, PARA DISCUSSÃO DA VERDADEIRA LEGITIMIDADE OU IMPORTÂNCIA DE SEU CRÉDITO – DOCUMENTO QUE, COM A DECLARAÇÃO DE NULIDADE, PERDE SUA CONDIÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – *NULLA EXECUTIO SINE* TITULO (artigos 586 e 618-I, do CPC) – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

O contrato de arrendamento de gado, do qual conste a obrigação de entrega de coisa, findo o prazo contratual, é título executivo extrajudicial que legitima o credor a intentar a execução específica de entrega de coisa incerta.

Nessa modalidade de execução, se o gado não for encontrado, ou não entregue, é possível a transformação da execução de entrega de coisa incerta para pagamento de quantia certa, nos termos do artigo 627 do CPC.

Todavia, verificando dos elementos constantes dos autos, em especial da confissão do próprio credor, que a origem da obrigação era pagamento de quantia certa, em face de cheque que foi devolvido por falta de fundos, bem assim como constatando-se pelos próprios termos do contrato de arrendamento que é ele ato simulado, contendo declaração e cláusulas não verdadeiras, para encobertar contrato de mútuo com juros onzenários, configurando-se o denominado contrato de vaca-papel, deve-se declarar a nulidade do documento, para fins de desconstituí-lo como título executivo extrajudicial, o que torna nula a execução, por falta de título, sem prejuízo de ser possível ao credor postular pela via do processo de conhecimento o reconhecimento da existência de seu crédito, de sua legitimidade e importância.

É possível que um dos contratantes, com base na existência de simulação, requeira, em face do outro, a anulação judicial do contrato simulado de parceria pecuária, que encobre mútuo com juros usurários.

Recurso conhecido e provido para reformar a sentença e julgar procedentes os embargos, com extinção da execução e condenação do credor ao pagamento dos ônus decorrentes da sucumbência.[4]

APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PARCERIA PECUÁRIA – NÃO CARACTERIZADA – VACA-PAPEL – SIMULAÇÃO – ENTREGA DE DINHEIRO – RELAÇÃO NEGOCIAL COMPROVADA – TRANSMUDAÇÃO PARA CONTRATO DE MÚTUO O QUAL DEVE-SE SUJEITAR ÀS NORMAS LEGAIS PERTINENTES – RECURSO PROVIDO.

Constata-se a simulação de contrato de parceria pecuária para acobertar contrato de mútuo, quando a parte entrega dinheiro para o parceiro criador.[5]

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA – ALEGAÇÃO DE SIMULAÇÃO – CONTRATO "VACA-PAPEL" – PARTE INTIMADA PARA PRESTAR DEPOIMENTO PESSOAL COM AS ADVERTÊNCIAS DA LEI – NÃO-COMPARECIMENTO – APLICAÇÃO DA PENA DE CONFISSÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 343, § 2º, DO CPC – TÍTULO ILÍQUIDO – NULIDADE DA EXECUÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO ADESIVO – PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – CONFIGURADA – RECURSO NÃO CONHECIDO.

4 TJMS, AC n. 2009.011104-9 Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 8.9.2009.

5 TJMS, AC n. 2007.020042-9, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 23.10.2007.

> Se a parte, apesar de intimada para prestar depoimento pessoal na audiência de instrução e julgamento com as advertências que a lei impõe, deixar de comparecer àquele ato processual, o julgador lhe aplicará a pena de confesso, a não ser que se convença do contrário.
>
> O contrato "vaca-papel" não preenche um dos requisitos do art. 586 da lei adjetiva, isto é, liquidez.
>
> Descumprido o princípio da dialeticidade, o não-conhecimento do recurso é a medida que se impõe.[6]

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar a sentença e decretar, de ofício, a nulidade da execução, nos termos do que dispõe o artigo 618 do Código de Processo Civil.

Condeno o embargado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 5.000,00 (cinco mil reais), a teor do que dispõe o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 14 de julho de 2011.

***

6 TJMS, AC n. 2003.000053-4, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 10.4.2007.

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.016931-5 - Anaurilândia
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – NÃO INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – TERMO INICIAL – VIOLAÇÃO DO DIREITO – FATO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – APLICAÇÃO DO ART. 2.028 DO NOVO CÓDIGO CIVIL – RECURSO IMPROVIDO.

Às sociedades de economia mista, concessionárias de serviço público não incide a prescrição quinquenal prevista para a Fazenda Pública.

O marco inicial para prescrição é contado da efetiva lesão, ou seja, a formação do reservatório até a cota de 257m.

Nos exatos termos do art. 2.028 do novo Código Civil, não mais persiste a aplicação dos prazos prescricionais previstos no diploma revogado, quando reduzidos e, se na data em que passou a viger, ainda não houver transcorrido mais da metade do prazo anteriormente previsto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 7 de julho de 2011.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Hélio Godoy, interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, que reconheceu o fenômeno da prescrição, extinguindo com resolução do mérito, o feito proposto em face da Companhia Energética de São Paulo – CESP.

Alega que não se consumou a prescrição, pois o ato praticado é sucessivo, de acordo com a Súmula n. 85 do STJ, achando-se prescritas apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Sustenta, com relação ao mérito, que a apelada é responsável pelo dano moral, material e psicológico que vem sofrendo desde a perda de sua fonte de sustento, quando, com a formação do lago até a cota de 257m, a draga de sua propriedade que estava atracada no porto desapareceu, não sabendo se afundou, ou foi levada pelas águas.

Requer, ao final, o provimento do recurso, afastando-se a prescrição, condenando-se a apelada a indenizar o apelante nos termos do pedido da inicial.

Contrarrazões (f. 255-68).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Helio Godoy, irresignado com a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, que reconheceu o fenômeno da prescrição, extinguindo com resolução do mérito o feito proposto em face da Companhia Energética de São Paulo – CESP.

Relatou o autor em sua exordial que era arrendatário de um porto de areia denominado "Porto de Areia Nova Esperança", onde possuía uma draga com capacidade de extração de 50m³ por dia, um depósito com aproximadamente 10m² e uma casa, mas, com a formação do reservatório, a draga que estava estacionada no porto desapareceu, não sabendo se afundou ou foi levada pelas águas, fato que fez cessar sua atividade, não podendo mais sustentar sua família, sobrevivendo apenas com a ajuda de parentes.

Afirmou que a requerida não o incluiu em programa de migração dos impactos, alegando que não residia na área e não explorava o porto de areia.

Pediu, assim o ressarcimento dos danos sofridos, inclusive de ordem moral.

A sentença (f. 223-7) declarou prescrita a pretensão e extinguiu a ação com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

Primeiramente, frise-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, em relação às sociedades de economia mista, concessionárias de serviço público, não se aplica o prazo quinquenal previsto para a Fazenda Pública, conforme se extrai das ementas abaixo colacionadas.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA - CEEE. IMPLEMENTAÇÃO DE REDE DE ELETRIFICAÇÃO RURAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. DEVOLUÇÃO DO INVESTIMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O prazo prescricional para as ações movidas contra sociedade de economia mista, concessionária de serviço público, é de vinte anos. Precedentes. 2. Jurisprudência pacífica desta Corte quanto à ilegalidade de cláusula reguladora da restituição, sem correção monetária, do valor financiado para construção de rede elétrica. [...] (AgRg no Ag n. 631.238/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo Furtado, julgado em 19.3.2009).

Trilhando a mesma orientação, esta Corte assim se pronunciou:

> APELAÇÃOCÍVEL–AÇÃODEOBRIGAÇÃODEFAZER–INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – ENTREGA DE ARGILA – PRESCRIÇÃO DECENAL – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA ANULADA. Às sociedades de economia mista concessionárias de serviço público não incide a prescrição quinquenal prevista para a Fazenda Pública. Recurso provido. Sentença anulada. (TJMS, AC n. 2010.009120-8, Quarta Turma, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 27.4.2010).

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRESCRIÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – SENTENÇA ANULADA – PROSSEGUIMENTO DO FEITO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> [...]
>
> Às empresas concessionárias de serviço público não incide a prescrição quinquenal prevista para a Fazenda Pública. (TJMS, AC n. 2010.009079-4, Brasilândia, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 24.8.2010).

Extrai-se dos autos que a ação foi proposta pelo apelante para obter a reparação dos danos causados em razão da construção da Usina Hidrelétrica Sérgio Motta.

Como se vê, o evento danoso que ensejou a propositura da presente ação ocorreu no ano de 1999, conforme afirmado pelo autor (f. 3), pois foi a segunda etapa de formação do reservatório, que alcançou a cota de 257m, e que teria ocasionado os prejuízos relatados, data a partir de onde poderia pleitear em juízo a reparação dos danos ocasionados pela apelada.

É o que se depreende da redação do artigo 189 do Código Civil: "*Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os art. 205 e 206*."

Tendo os fatos ocorridos no ano de 1999, época que se encontrava em vigor o Código Civil de 1916, o prazo prescricional para a propositura de ação de natureza pessoal era de vinte anos, nos termos do que prescreve o artigo 177 daquele diploma legal.

O Novo Código Civil trouxe em seu artigo 2.028 regras atinentes ao direito intertemporal, fazendo-o nos seguintes termos:

> Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Note-se que, com o advento do Novo Código Civil, o prazo prescricional para a interposição de ação visando à reparação civil foi reduzido para três anos, conforme dispõe o artigo 206, § 3º, inciso V.

Entre a data do evento danoso e a data da entrada em vigor do novo Código Civil, transcorreram apenas quatro anos, ou seja, menos da metade do prazo vintenário, ensejando a aplicação do prazo trienal.

Assim, contando-se três anos da entrada em vigor do novo Código Civil, constata-se que o direito de ação expirou em 11 de janeiro de 2006, porém o pedido foi ajuizado somente em 9 de setembro de 2010, é forçoso, portanto, o reconhecimento da prescrição.

Confira-se, a propósito, precedente desta Turma:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – SENTENÇA TERMINATIVA POR PRESCRIÇÃO – ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – FATO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – APLICAÇÃO DO ART. 2.028 DO CC – NOVO PRAZO DE TRÊS ANOS A PARTIR DA VIGÊNCIA DA NOVA LEI – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Nos exatos termos do art. 2.028 do Código Civil, não mais persiste a aplicação dos prazos prescricionais previstos no Código Civil de 1916, quando reduzidos e se na data em que passou a vigorar a nova lei ainda não houver transcorrido mais da metade do prazo anteriormente previsto.

> O termo inicial dos novos prazos prescricionais relativos a fatos que se originaram na vigência do Código Civil de 1916 é da data em que passou a viger o novo Código, ou seja, inicia-se a contagem em 11.1.2003. (AC n. 2009.003116-7, Bataguaçu, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 5.3.2009).

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 7 de julho de 2011.

***

Quinta Turma Cível
Apelação Cível n. 2011.020618-7 - Miranda
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESPEJO – DOAÇÃO DE ÁREA RURAL – INOBSERVÂNCIA DE FORMA PREVISTA EM LEI – DOAÇÃO EFETIVADA POR INSTRUMENTO PARTICULAR – NULIDADE – POSTERIOR CELEBRAÇÃO DE CONTRATO ARRENDAMENTO RURAL – VALIDADE – SIMULAÇÃO – NÃO CONFIGURADA – PREÇO CONVENCIONADO EM GADO – POSSIBILIDADE – DESCUMPRIMENTO DA AVENÇA – CONTRATO RESOLVIDO – BENFEITORIAS – PROVA FRÁGIL – IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL – RESPONSABILIDADE DEFINIDA EM RELAÇÃO À ARRENDATÁRIA APÓS APRESENTAÇÃO DA NOTIFICAÇÃO DO TRIBUTO – INÉRCIA DO ARRENDADOR – ENCARGO QUE PASSA A SER DEVIDO APÓS A CITAÇÃO – ADIMPLEMENTO PARCIAL DO DÉBITO – ABATIMENTO – PURGAÇÃO DA MORA – DEPÓSITO REALIZADO EM AÇÃO CONSIGNATÓRIA – MATÉRIA A SER DISCUTIDA NAQUELE FEITO – RECURSO IMPROVIDO.

É nula a doação de bem imóvel realizado por instrumento particular, pois a legislação em vigor preconiza forma solene (art. 541 e 108 do CC). Consequentemente, reconhece-se a validade de contrato de arrendamento rural celebrado em data posterior.

A configuração da simulação depende nítida intenção das partes contratantes em emitir declaração de vontade divorciada do que intimamente desejam, com a finalidade de enganar inocuamente, ou em prejuízo da lei ou de terceiro.

O rigorismo da Lei deve ser abrandado, diante das circunstâncias, pois na região onde foi celebrado o contrato, tradicionalmente, o preço do arredamento é estabelecido em gado. Mitigação do artigo 18, parágrafo único, do Decreto n. 59.566/66.

O inadimplemento do preço do arrendamento enseja a procedência do pedido de despejo, bem como a resolução do contrato.

O reconhecimento do direito ao recebimento de indenização por benfeitorias depende da prova evidente de sua existência.

Nos casos em que o pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural fique condicionado à apresentação de aviso ao arrendatário, quedando-se inerte o arrendador, os juros de mora incidem após a citação.

O reconhecimento da purgação da mora deverá ser analisado nos autos da ação de consignação em pagamento, cujo feito encontra-se suspenso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de agosto de 2011.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Magaly Cortada Fiori interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Miranda, que julgou procedente o pedido formulado na ação de despejo, Autos n. 015.07.001433-1, proposta por Humberto Cezar Fiori e Carmen Miranda Cortada Fiori.

Alega que, por força de doação, formalizada de 7 de janeiro de 2005, os apelados transferiram-lhe a posse direta do imóvel rural denominado "Invernada Guavira", com 1.313 has (mil, trezentos e treze hectares), parte integrante da "Fazenda Cachoeirinha", localizada no Município de Bodoquena, neste Estado; permanecendo os doadores apenas com a posse indireta e comprometendo-se em transmitir-lhe o domínio.

Esclarece que lhe foi conferido o direito de explorar a terra e dar a destinação que quisesse, podendo, inclusive, defender sua posse contra terceiros e contra os possuidores indiretos, se necessário, tendo, ainda, garantido direito ao domínio sobre tal área, consubstanciado na garantia constitucional à herança, uma vez que a doação teve caráter de adiantamento de legítima.

Salienta que o contrato de arrendamento, celebrado em 2 de abril de 2005, é simulado, não produzindo efeitos entre as partes, pois a cada donatário foi arrendada área na qual já se encontravam na posse, além de contar com diversos vícios, uma vez que os requisitos legais não foram observados.

Afirma que, uma vez concretizada a doação, era defeso aos apelados arrendar a área, cujo negócio não pode prevalecer sobre aquela, visto que a seu tempo não detinham mais a posse da área.

Frisa que o contrato de arrendamento é nulo de pleno direito, por inobservância aos preceitos legais que o regem.

Sustenta que o contrato de arrendamento foi celebrado em simulação inocente, a qual teve por intuito apenas lhe atribuir autonomia fiscal e tributária enquanto não ficassem prontos os documentos necessários para registro da escritura pública de doação, motivo pelo qual deve ser declarada sua nulidade.

Aduz ser válida a doação realizada, ainda que por instrumento particular, pois expressa a manifestação de vontade de ambas as partes.

Ressalta que o documento de f. 154 comprova as benfeitorias introduzidas na fazenda, as quais se encontram discriminadas pormenorizadamente, individualizadas, quantificadas e valoradas, mas seu conteúdo não foi levado em consideração.

Observa que não pode ser responsabilizada por falta de pagamento do Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural, pois, conforme consta na cláusula décima do contrato de arrendamento, seria efetuado após a apresentação dos recibos, o que não foi providenciado pelos apelados.

Pondera que em momento algum foram estabelecidos parâmetros ou normas técnicas a serem seguidas para a conservação do solo, aproveitamento racional da terra e combate à erosão, de maneira que não poderiam ser invocadas como motivo determinante a ensejar o acolhimento do pedido de despejo.

Insurge-se quanto à inexistência de provas capazes de demonstrar a ocorrência de qualquer fator que comprometa a conservação do solo e o aproveitamento racional da terra.

Informa que o pagamento das rendas foi efetuado mediante a entrega dos bezerros constantes na Nota Fiscal n. 010510229, emitida em 8 de janeiro de 2007.

Considera que, em razão da nulidade do contrato de arrendamento, não há falar em imposição de multa.

Destaca que, caso seja considerada a invalidade do contrato de doação, prevalecendo apenas o de arredamento, os depósitos efetuados nos Autos n. 015.07.001821-3 devem ser admitidos para efeito de interrupção e purgação da mora.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja julgado inteiramente improcedente o pedido formulado na inicial.

Intimados, os apelados apresentaram contrarrazões, pugnando a manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Magaly Cortada Fiori, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Miranda, que julgou procedente o pedido formulado na ação de despejo, Autos n. 015.07.001433-1, proposta por Humberto Cezar Fiori e Carmen Miranda Cortada Fiori.

Ao que consta dos autos, em 7 de janeiro de 2005, por Instrumento Particular de Doação, Humberto Cezar Fiori e Carmen Miranda Cortada Fiori (apelados), doaram à filha Magaly Cortada Fiori (apelante) a "Invernada Guavira", com área de 1.313 has (mil, trezentos e treze hectares), parte integrante da Fazenda Cachoeirinha, localizada no Município de Bodoquena, matriculada sob n. 158, no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Miranda.

Posteriormente, em 2 de abril de 2005, referida área foi objeto de contrato de arrendamento rural, onde figuraram como arrendantes o Sr. Humberto Cezar Fiori e a Srª. Carmen Miranda Cortada Fiori, ora apelados, e arrendatária a Srª. Magaly Cortada Fiori, ora apelante.

Diante da duplicidade de contratos sobre a mesma área, o cerne da questão a ser dirimida consiste em identificar qual deles é valido e vem produzindo efeitos durante o decorrer do tempo.

A doação é o contrato mediante o qual uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra (artigo 538 do Código Civil).

Nas palavras de Nelson Nery Junior: *"A doação é o contrato mediante o qual uma parte, por espírito de liberalidade, enriquece a outra dispondo de um direito em seu favor e assumindo uma obrigação."*

A teor do que dispõe o artigo 541 combinado com o artigo 108, ambos do Código Civil, a validade da doação de bem imóvel depende de sua exteriorização mediante instrumento público, o que não foi observado no presente caso, visto que foi celebrada mediante instrumento particular.

Nesse sentido, ensina Álvaro Villaça Azevedo:

> A norma do art. 108, sob comentário, é sem dúvida, dispositiva, pois a lei pode dispor, em contrário, se autorizar, expressamente, a realização de um negócio jurídico sem

> observância de escritura pública. Essa disposição contrária, excepcional, portanto, cabe somente ao legislador, não, assim, às partes determiná-la no negócio.
>
> É certo, portanto, como regra geral, que a validade dos negócios jurídicos constitutivos, translativos ou modificativos, ou que impliquem perda de direitos reais sobre imóveis, acima do valor estipulado em lei, depende de escritura pública.[1]

Ainda que assim não fosse, ou que tal exigência tivesse sido atendida, as partes deixaram levar o instrumento de doação a registro, requisito previsto no artigo 1.245 do Código Civil, que assim dispõe: *"Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis"*.

Acerca da matéria, continua o autor:

> O negócio de aquisição e de perda da propriedade imóvel, sobredito, é solene, porque, realizado por escritura pública, não produz efeitos relativamente a terceiros, se não for, devidamente, levada a registro. Ainda que essa primeira formalidade (escritura pública) seja dispensada, excepcionalmente, por lei, esse registro é indispensável, obrigatório.
>
> Nesse sentido, é o disposto no art. 1245 do Código Civil (art. 531 e 533 do código Civil de 1916), segundo o qual a transferência proprietária ocorre com o registro do título na circunscrição Imobiliária; enquanto não for feito esse registro, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel (§ 1º).[2]

Assim, diante da inobservância aos requisitos legais quando da realização da doação da área, pois realizado por instrumento particular e sem o respectivo registro junto à matrícula do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis correspondente, não houve o aperfeiçoamento da transmissão da propriedade, que continuou a fazer parte do patrimônio dos apelados, podendo dar a ela a destinação que bem entenderem, ao passo que o ato praticado não foi capaz de produzir efeito no mundo jurídico.

Por outro lado, nos termos do que dispõe o artigo 13, inciso II, da Lei n. 4.947, de 6 de abril de 1966, os contratos de arrendamento rural regulam-se pelos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo de vontade e ao objeto, observados o artigo 95 da Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964.

Ocorre que a legislação vigente não prevê forma especial para celebração de contrato de arrendamento, devendo prevalecer a regra prevista no artigo 107 do Código Civil: *"A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir"*.

De tal sorte, diante da ausência de forma especial, mostra-se plenamente válido o contrato de arrendamento rural celebrado entre as partes, produzindo todos seus regulares efeitos.

Portanto, em prejuízo da doação, reconhece-se a validade do contrato de arrendamento rural.

Saliente-se que não há falar em simulação, hipótese que apenas tem lugar nos casos em que haja a nítida intenção das partes contratantes em emitir declaração de vontade divorciada do que intimamente desejam com a finalidade de enganar inocuamente, ou em prejuízo da lei ou de terceiro, o que não restou demonstrado no caso em tela.

Além de o contrato de doação não produzir qualquer efeito no mundo jurídico, ao assinar o contrato de arrendamento, a apelante abriu mãos dos efeitos que aquele produziria, passando, tão somente, a exercer a posse a título de arrendamento.

1 VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 12

2 Ibidem

O conceito de contrato de arrendamento encontra-se previsto no artigo 3º do Decreto n. 59.566, de 14 de novembro de 1966, que assim o define:

> Arrendamento rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e ou facilidades, com o objetivo de nêle ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa ou mista, mediante, certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da Lei.

Frise-se que o arrendamento agrário mantém relação com o instituto da locação, de modo que, caracterizado o inadimplemento da obrigação por parte da arrendatária (apelante), é conferido aos arrendadores (apelados) utilizarem-se da presente demanda para ver rescindido o contrato e retomar a posse do bem.

O preço do arrendamento foi fixado em 70 (setenta) bezerros machos, nelores, brancos, da melhor qualidade, era de 1 (um) ano, a ser pago anualmente na Fazenda Cachoeirinha, localizada no Município de Bodoquena, no período de setembro a novembro.

O artigo 18, parágrafo único, do Decreto n. 59.566/66 estabelece que é vedado ajustar como preço de arrendamento quantidade fixa de frutos ou produtos, ou seu equivalente em dinheiro, de modo que deveria ser ajustado em moeda corrente (dinheiro).

Contudo, não deve ser declarada a nulidade da referida cláusula, muito menos do contrato, uma vez que o rigorismo da lei deve ser abrandado diante dos costumes da região onde o contrato foi firmado, local onde tradicionalmente o preço do arrendamento é convencionado em produto, especificamente em gado.

Gize-se, ainda, que pretendendo a nulidade da cláusula contratual, impõe-se ao arrendatário demonstrar o prejuízo que sofreria com o pagamento em produto, uma vez que se trata de costume regional, a ser levado em consideração, tendo sido alteradas as características que, à época da legislação, conduziram às respectivas disposições. Os costumes são fonte material de direito, resultante da observação das condutas sociais, que devem receber valor normativo sempre que se ajustem aos princípios e regras fundamentais do ordenamento jurídico.

Ainda, acerca da matéria, o Código Civil não faz qualquer ressalva quanto à contraprestação a ser observada nos contratos de constituição de renda (arrendamento), muito pelo contrário, traz em seus artigos 804 e 809 a possibilidade de as partes convencionarem-na mediante a entrega de bens móveis ou imóveis.

Portanto, é admissível nos casos de arrendamento rural que as partes convencionem o pagamento em produto, não havendo qualquer vedação na fixação em animais, prática que comumente ocorre nos contratos do estilo na região.

Nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATOS AGRÁRIOS. LEGITIMAÇÃO ATIVA. ARRENDAMENTO RURAL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DESPEJO. CABIMENTO. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO INCISO III DO ARTIGO 32 DO DECRETO N. 59.566/66. PREÇO DO ARRENDAMENTO. PRODUTO. BENFEITORIA. CÁLCULO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA DO VENCIMENTO. MULTA CONTRATUAL. 1. Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* afastada. O autor está autorizado pela sucessão, mediante instrumento procuratório, para gerir os negócios da família, incluindo a contratação de arrendamento rural e a representação judicial. 2. O inadimplemento de contrato de arrendamento rural tem o condão de pôr fim à avença e acarretar o despejo do arrendatário, nos termos do inciso III do artigo 32 do Decreto n.

> 59.566/66. Situação em que o autor demonstrou o descumprimento parcial do ajustado pelo demandado, na forma do art. 333, I, CPC. Dever do arrendatário de pagar o preço do arrendamento pontualmente, pelo modo, nos prazos e locais ajustados, consoante o art. 41 do referido Decreto. 3. Cláusula contratual que estipula o preço do arrendamento em produto. Possibilidade. O rigorismo da Lei deve ser abrandado, diante das circunstâncias, pois na região tradicionalmente é estabelecido o preço do arrendamento de acordo com atividade a ser explorada na terra arrendada. Mitigação do art. 18, parágrafo único, do Decreto n. 59.566/66. Precedentes desta corte. 4. Alegação de construção de benfeitoria. Não há prova cabal de que o demandado tenha reconstruído um açude na área arrendada, ônus processual que lhe incumbia (art. 333, II, do CPC), razão por que não faz jus à restituição de valor a esse título. 5. Abatimento do preço do arrendamento. Inviabilidade. O demandado não logrou comprovar que a área recebida em arrendamento era menor do que a contratada, ônus processual do qual não desincumbiu (art. 333, II, do CPC). 6. Desacolhimento da impugnação feita em relação ao cálculo elaborado, porque o demandado não atacou de modo específico onde residiria o problema nos valores apresentados. 7. Correção monetária. A natureza da correção monetária é a de recompor o valor monetário para torná-lo atualizado, de modo a evitar prejuízo à parte. Indexação pelo IGP-m, a contar do momento em que o arrendatário deveria ter efetuado o pagamento dos valores, mas não o fez. 8. Juros moratórios. Termo inicial. Havendo a inadimplência contratual, na medida em que os valores deveriam ter sido pagos na data ajustada contratualmente, e não o foram, o que caracteriza a mora, incide o art. 397 do CC, razão por que os juros são contados desde o vencimento dos aluguéis, considerando a natureza de dívida líquida. Precedentes desta corte. 9. Mantida a multa pactuada no percentual de 10%, por não infringir as normas do estatuto da terra. Preliminar afastada e apelação desprovida. Unânime.[3]

> APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATOS AGRÁRIOS. ARRENDAMENTO RURAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. PREÇO EM PRODUTO. POSSIBILIDADE. Não é de ser declarada nula a cláusula do contrato rural que fixa o preço do arrendamento em produto. Aplicação do art. 18, parágrafo único do Decreto n. 59.566/66 que resta mitigado, considerando os usos e costumes do interior. Precedentes jurisprudenciais. Sentença mantida. APELAÇÃO IMPROVIDA.[4]

Outrossim, diante da extensão da área arrendada, equivalente a 1.313 has (mil e trezentos e treze hectares), a renda fixada não se mostra excessiva, devendo ser mantida conforme convencionado entre as partes.

Restando incontroverso o inadimplemento correspondente à renda vencida no ano de 2006, o qual se encontra comprovado por meio da notificação de f. 19-20, deve ser reconhecida a procedência do pedido de despejo.

É evidente que a rescisão do contrato se deu por culpa exclusiva da apelante, que não cumpriu com a obrigação que lhe era concernente, de modo que, reconhecido o inadimplemento, é dado aos arrendantes (apelados) o direito de pleitear a resolução do contrato, o que lhes é conferido pelos artigos 92, § 6º, da Lei n. 4.504/64 e artigo 27 do Decreto n. 59.566/66.

Insurge-se a apelante quanto à indenização por benfeitorias realizadas, as quais se encontram discriminadas no recibo de f. 154, no valor de R$ 58.692,50 (cinquenta e oito mil, seiscentos e noventa e dois reais e cinquenta centavos).

Entretanto, referido documento mostra-se frágil para ensejar o acolhimento da pretensão indenizatória, uma vez que se encontra desacompanhado de outra prova que corrobore a execução dos serviços descritos naquele documento, o que torna duvidosa a pretensão deduzida pela apelante.

3 TJRS, AC n. 93772-27.2011.8.21.7000, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabarv, julgado em 20.7.2011.

4 TJRS, AC n. 70035790302, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, julgado em 25.11.2010.

Observe-se, ainda, que, pretendendo a demonstração da veracidade das alegações, os artigos 420 e 440 do Código de Processo Civil conferem à parte interessada a faculdade de requerer a realização de perícia ou inspeção judicial do local, respectivamente, mecanismos que nem sequer chegaram a ser pleiteados pela apelante durante a fase instrutória.

Dessa forma, por certo que a apelante não se desincumbiu do ônus que lhe é imputado pelo artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, ensejando o desacolhimento do pedido de indenização por benfeitorias.

O pagamento do Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural foi convencionado pela cláusula décima nos seguintes termos: *"Todos os impostos (ITR) e taxas que incidem sobre a gleba arrendada serão pagos pelo arrendatário na proporção da área objeto deste arrendamento. O pagamento será feito nas épocas em que forem distribuídos os respectivos avisos – recibos pela Receita Federal, mediante a apresentação dos mesmos pelos arrendantes"*.

Em razão da referida disposição contratual, é forçoso reconhecer que o pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural compete à apelante (arrendatária), na proporção da área objeto do arrendamento, mas que apenas seria efetuado após a apresentação do recibo pelos apelados (arrendantes).

Entretanto, inexiste nos autos prova de que os apelados cumpriram com seu encargo, apresentando à apelante o recibo do tributo a ser recolhido, de modo que o pagamento apenas passou a ser devido após a citação, quando tomou ciência da presente demanda e, consequentemente, do valor do imposto a ser recolhido.

Com a citação, a apelante foi constituída em mora, nos termos do que prevê o artigo 219 do Código de Processo Civil, a partir de onde, portanto, passa a ser devido o pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural.

Contrariamente as alegações da apelante, o que determinou o acolhimento do pedido de despejo não foram as condições em que se encontravam a área arrendada, mas o inadimplemento contratual, uma vez que deixou de efetuar o pagamento das rendas.

De outro norte, a cláusula sétima dispõe acerca das condições de exploração da área, as quais foram estipuladas mediante a adoção de mecanismos de manutenção e conservação do solo e ao aproveitamento racional da terra e ao combate à erosão, através de curvas de nível, aplicação de fertilizantes e de adubos, plantio em rotação de culturas, tudo dentro das normas que impeçam o esgotamento do solo.

Reforçando as condições citadas, na cláusula oitava, a arrendatária comprometeu-se em conservar as matas existentes na gleba arrendada; cortar árvores, lenha ou qualquer madeira da mata apenas com a anuência dos arrendantes e após autorização do órgão ambiental competente. Obrigou-se, ainda, a conservar os mananciais ali existentes, além das áreas de preservação permanente, evitando a poluição das águas com resíduos de produtos químicos de qualquer espécie utilizados nas lavouras.

Portanto, foram definidas as condições de manutenção e conservação da área.

A Nota Fiscal n. 010510229 (f. 73), emitida em 8 de janeiro de 2007, traz em seu conteúdo a informação de que a apelante entregou ao apelado a quantidade de 5 (cinco) bezerros machos de 12 (doze) a 24 (vinte e quatro) meses, a título de pagamento de renda.

Independentemente do conteúdo da nota fiscal (f. 73), verifica-se que a quantidade de bezerros entregues pela apelante ao apelado é insuficiente para saldar a renda convencionada, de onde se presume ter efetuado apenas o adimplemento parcial do débito, o que é reforçado pela ausência de comprovante de quitação integral do débito.

Registre-se que, considerando a validade do contrato de arrendamento, são válidas todas as suas cláusulas, inclusive aquela que fixou pena de multa para o caso de inadimplemento e rescisão do contrato.

Considerando que a ação de consignação em pagamento, Autos n. 015.07.001821-3, encontra-se em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Miranda, onde se discute o débito referente à renda proveniente do contrato de arrendamento objeto dos presentes autos, qualquer insurgência acerca da purgação da mora ou sua interrupção deve ser analisada naquela demanda.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 18 de agosto de 2011.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



Segunda Turma Criminal
Habeas Corpus n 2011.013569-9 - Bataguassu
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – DENÚNCIA ANÔNIMA – VALIDADE DA PROVA – NÃO CONCESSÃO.

O eventual recebimento de denúncia anônima pelo Ministério Público somado às demais provas obtidas durante interceptações telefônicas outras constituem fundamento razoável para o início da quebra do sigilo das comunicações, autorizadas judicialmente, em desfavor do paciente.

Habeas Corpus a que se nega concessão ante as circunstâncias do caso *in concreto*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 12 de setembro de 2011.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

O advogado Rodrigo Lemos Arteiro ingressa com pedido de *HABEAS CORPUS*, com pleito de liminar, em favor de Givaldo de Souza Bonfim, sob a alegação de que esse sofre constrangimento ilegal por parte do JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE BATAGUAÇU.

Narra que o paciente foi denunciado pelo cometimento do delito de corrupção passiva e, durante a instrução extrajudicial, foi alvo de interceptação telefônica.

Alega que a autoridade coatora determinou a colheita de tal elemento probatório a partir de denúncias anônimas desprovidas de indícios prévios de autoria, circunstância que enseja a nulidade dessa prova e suas derivações.

Requer a concessão da ordem, a fim de que seja declarada a invalidade da mencionada interceptação telefônica.

Ao *writ* foi negado seguimento por se tratar de reiteração de pedido anterior (f. 56-9).

Inconformado, o impetrante interpôs Agravo Regimental, ao qual foi dado provimento pela 2ª Turma Criminal, sendo determinado o conhecimento do pleito constitucional (f. 61-6).

O pedido de liminar foi indeferido (f. 79-80).

O impetrante ingressou com Embargos de Declaração contra o indeferimento da liminar (f. 84-90), a que foi negado seguimento em razão de intempestividade (f. 96-7).

A autoridade coatora prestou informações (f. 100).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 107-9).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

O paciente está sendo processado pela prática do crime de corrupção ativa (art. 317, do Código Penal), sendo realizada interceptação telefônica para apuração dos fatos durante a fase extrajudicial.

Alega que a autoridade coatora determinou a colheita de tal elemento probatório a partir de denúncias anônimas desprovidas de indícios prévios de autoria, circunstância que enseja a nulidade dessa prova e suas derivações.

Malgrado a argumentação expendida pelo impetrante entendo que a ordem deve ser denegada.

Extrai-se dos autos que, aos 31 de outubro de 2005, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL representou pela interceptação telefônica nos seguintes termos (f. 41-3):

> Tramita neste GAECO os autos de Procedimento Administrativo n. 02/GAECO/2005, instaurado no dia 22.9.2005, em desfavor dos investigados Mário Régis Ribeiro. João Hugo Sabe, Luiz dos Santos, Edson Hirochi, Cláudia Gomes Gusmão, Hideiko Ikidoi e Silvio Pereira Sérgio, para apurar existência de organização criminosa, com participação dos investigados, na prática de crimes de formação de quadrilha (art. 288, CP), corrupção ativa (art. 333, CP), corrupção passiva (art. 317, CP), falsificação de documento público (art. 297, CP), falsificação de documento particular (art. 298, CP), uso de documento falso (304, CP) e sonegação fiscal Lei Federal n. 8.137/90).
>
> Conforme se vê no teor da Portaria n. 02/GAECO/MP/2005, a apuração dos fatos acima noticiados, está sendo realizada pelo GAECO, de forma integrada com a UNICOC – Unidade Integrada de Combate às Organizações Criminosas.
>
> Durante as diligências preliminares, obtivemos êxito em identificar as pessoas, os endereços e alguns telefones utilizados pelos investigados, conforme se vê na documentação inclusa aos autos.
>
> Agora, diante da dificuldade para a apuração dos fatos e não havendo outro meio mais eficaz para a produção da prova, entendemos necessária a interceptação das linhas telefônicas utilizadas por eles.
>
> A pretensão aqui deduzida é autorizada pela Lei n. 9.296/96 [...].
>
> Necessário esclarecer que, nos moldes do art. 4º, da Lei n. 9296/96, a operacionalização das interceptações telefônicas será realizada pelo Núcleo de Inteligência da UNICOC, com equipamentos próprios.
>
> Pelo exposto, requeremos:
>
> Seja autorizada a interceptação, pelo prazo de 15 dias, renováveis por igual período, dos seguintes telefones:

> - Mário Régis Ribeiro [...]
>
> - João Hugo Sabe [...]
>
> - Luiz dos Santos [...]
>
> - Edson Hiroshi Kanda [...]
>
> - Cláudia Gomes Gusmão [...]
>
> - Silvio Pereira Sérgio [...]
>
> - Posto Fiscal 15 de Novembro, em Bataguassu, MS [...]

O pedido foi deferido pelo magistrado, ao 1º de novembro de 2005, eis que *"sempre que se tem em vista a possibilidade de se evitar a prática criminosa, e se faz necessária a intervenção dos órgãos competentes, mesmo que seja, entrando na intimidade das conversações telefônicas, o interesse público deve se sobrepor ao interesse particular"* (f. 39-40).

Posteriormente, aos 03 de agosto de 2006, o *Parquet* Estadual representou novamente pela interceptação telefônica dos mesmos requeridos incluindo, também, o paciente Givaldo de Souza Bonfim, entre os investigados (f. 44-7):

> 1. Tramita neste GAECO os autos de Procedimento Administrativo n. 02/GAECO/2005, instaurado no dia 22.9.2005, em desfavor dos investigados Mário Régis Ribeiro e outros (acima nominados), para apurar existência de organização criminosa, com participação dos investigados, na prática de crimes de formação de quadrilha (art. 288, CP), corrupção ativa (art. 333, CP), corrupção passiva (art. 317, CP), falsificação de documento público (art. 297, CP), falsificação de documento particular (art. 298, CP), uso de documento falso (304, CP) e sonegação fiscal Lei Federal n. 8.137/90).
>
> 2. Conforme se vê no teor da Portaria n. 02/GAECO/MP/2005, a apuração dos fatos acima noticiados, está sendo realizada pelo GAECO, de forma integrada com a UNICOC – Unidade Integrada de Combate às Organizações Criminosas.
>
> 3. Com base nessas investigações e acatando requerimento do Ministério Público, este juízo já deferiu o primeiro requerimento de autorização de interceptação telefônica. Entretanto, por problemas técnicos e operacionais ainda não foi possível iniciarmos a operacionalização da interceptação daqueles números. Ocorre que devido ao fato de não termos iniciado a operacionalização, alguns dos investigados já não estão usando os telefones que estavam usando anteriormente, havendo necessidade de atualizarmos alguns números.
>
> 4. Os telefones que anteriormente tiveram a interceptações deferidas estão na seguinte situação [...]
>
> 5. A seguir indicamos os novos números a serem interceptados:
>
> (67) 3541-1902 – Brasil Telecom S/A – Givaldo de Souza Bonfim.
>
> (67) 9967-8340 – VIVO – Givaldo de Souza Bonfim.
>
> [...]
>
> 6. A pretensão aqui deduzida é autorizada pela Lei n. 9.296/96 [...].

> 7. Necessário esclarecer que, nos moldes do art. 4º, da Lei n. 9296/96, a operacionalização das interceptações telefônicas será realizada pelo Núcleo de Inteligência da UNICOC, com equipamentos próprios.
>
> Pelo exposto, requeremos:
>
> Seja autorizada a interceptação, pelo prazo de 15 dias, dos telefones citados na tabela acima (item 5)

O pedido foi deferido pelo magistrado (f. 48).

Aos 9 de agosto de 2006, o GAECO informou a situação em que se encontravam as interceptações deferidas, relatando que o telefone do paciente fora interceptado em 7 de agosto de 2006 perdurando até 21 de agosto de 2006. Na mesma ocasião requereu a interceptação de novos números (f. 49-52).

Como se vê as autorizações para realização de interceptações telefônicas encontram respaldo no disposto no art. 2º, da Lei n. 9.296/96, que dispõe:

> Art. 2° Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
>
> I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
>
> II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
>
> III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.
>
> Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Outrossim, é certo que os deferimentos das novas interceptações foram amparadas nas interceptações anteriores e investigações realizadas, nas quais a toda evidência foram apurados indícios de envolvimento de outras pessoas, inclusive o próprio paciente que foi incluído no rol dos investigados após estas apurações.

Tampouco merece guarida a alegação do impetrante que *"houve denúncia anônima, porquanto não adveio aos autos qualquer elemento de convicção que demonstrasse indícios em face do paciente"*, porquanto tal circunstância não autoriza o decreto de invalidade das interceptações operadas.

Nesse sentido já decidiu o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que, para fins do art. 2º, I, da Lei n. 9.296/96, *"a presença de denúncia anônima e de matérias jornalísticas indicando a possível participação dos investigados na empreitada criminosa é suficiente para o preenchimento desse requisito. [...] elementos desse jaez devem ser vistos com relativo valor, porém, não se pode negar que, juntos, podem constituir indícios razoáveis de autoria de delitos."* [1]

Ante o exposto, **nego concessão** ao *HABEAS CORPUS* impetrado em favor de GIVALDO DE SOUZA BONFIM.

1 STJ, *HC* n. 116.375/PB, Sexta Turma, Rel.ª Des.ª Jane Silva, julgado em 16.12.2008.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 12 de setembro de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.018372-4 - Paranaíba
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (SUPRESSÃO DE TRIBUTO, MEDIANTE NOTA FISCAL FALSA) E USO DE DOCUMENTO FALSO – FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) – PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* – PROVIMENTO.

Para a consumação dos crimes de uso de documento falso e de supressão de tributo, mediante nota fiscal falsa, não basta a constatação de falsidade do documento fiscal; é imprescindível a demonstração do dolo do agente, ou seja, de que tinha consciência do falso.

Não havendo elementos probatórios que indiquem a consciência da falsidade documental é inviável a condenação daquele que realiza o transporte de carga com nota fiscal falsa, entregue por terceiros.

Apelações defensivas a que se dá provimento, em observância do princípio do *in dubio pro reo*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 22 de agosto de 2011.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Ademir Lemos da Silva e por Wilson Ferreira Tomé contra a sentença (f. 220-6 e 248) que condenou o primeiro a 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 30 (trinta) dias-multa, pela prática do crime do art. 304 (uso de documento falso) do Código Penal; e o segundo a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e 90 (noventa) dias-multa, pela prática dos crimes do art. 1º, III (falsificação de nota fiscal), da Lei n. 8.137/90, e do art. 304 do Código Penal.

O apelante Wilson Ferreira Tomé sustenta que deve ser absolvido de ambos os crimes, por insuficiência de provas de sua participação com os delitos, ou do crime tributário, por inocorrência de prejuízo ao Erário. Subsidiariamente, pugna pela redução da pena ao mínimo legal, porque todas as

circunstâncias judiciais seriam favoráveis, e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (f. 253-62).

O apelante Ademir Lemos da Silva sustenta que deve ser absolvido, porque não tinha conhecimento de que a nota fiscal era falsificada. Subsidiariamente, busca a redução da pena restritiva de direitos, por conta de sua situação econômica (f. 268-75).

Contrarrazões pelo parcial provimento do apelo de Wilson, para que a pena seja diminuída ao mínimo legal e o regime prisional inicial seja o aberto, e também pelo parcial provimento do recurso de Ademir, para que a pena pecuniária seja reduzida ao patamar de 5 (cinco) salários-mínimos (f. 276-83).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento do recurso de Ademir e pelo provimento parcial do recurso de Wilson, apenas para que a circunstância judicial dos maus antecedentes seja afastada (f. 289-307).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Ademir Lemos da Silva e por Wilson Ferreira Tomé contra a sentença (f. 220-6 e 248) que condenou o primeiro a 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 30 (trinta) dias-multa, pela prática do crime do art. 304 (uso de documento falso) do Código Penal; e o segundo a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e 90 (noventa) dias-multa, pela prática dos crimes do art. 1º, III (falsificação de nota fiscal), da Lei n. 8.137/90, e do art. 304 do Código Penal.

Consta na denúncia que, aos 4 de dezembro de 2006, por volta das 5 h, na rodovia BR-262, no trecho entre o distrito do Indubrasil e Campo Grande/MS, Ademir Lemos da Silva, a mando de Wilson Ferreira Tomé, foi surpreendido pela fiscalização da Receita Estadual conduzindo um caminhão carregado com 123 (cento e vinte e três) metros cúbicos de carvão vegetal, cuja carga encontrava-se acobertada por uma nota fiscal falsificada.

A pretensão recursal inicial de Wilson Ferreira Tomé é de absolvição por ambos os crimes, por insuficiência de provas de sua participação com os delitos, ou do crime tributário, por inocorrência de prejuízo ao Erário.

Não há nenhuma dúvida quanto à falsidade da nota fiscal apreendida, conforme conclusão do Laudo Pericial de f. 92-101. O que se discute, portanto, é a autoria delitiva e o dolo das condutas.

Ab initio, deve-se consignar que o crime contra a ordem tributária, previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90, é apenas "*suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório*". As condutas previstas nos incisos subsequentes são formas de consumação do tipo penal incriminador de ação múltipla ou de conteúdo variado.

Este motivo já seria suficiente para inviabilizar a condenação concomitante do recorrente pelas práticas do crime contra a ordem tributária (art. 1º, III, da Lei n. 8.137/90) e de uso de documento falso (art. 304 do Código Penal), porquanto este é o meio utilizado para a consumação daquele.

Neste sentido, HUGO DE BRITO MACHADO destaca:

> Entre as condutas adotadas pelo agente para a realização do tipo supressão ou redução de tributo, podem ser encontradas condutas que, isoladamente consideradas, seriam aptas à configuração de tipos penais, tais como estelionato, falsificação de documento, uso de

> documento falso, entre muitos outros. Tais condutas, todavia, não devem ser consideradas isoladamente para fins penais. Devem ser consideradas como condutas meio, que integram o tipo penal previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90. Esse tipo absorve os demais que, assim, não devem ser tidos como tipos penais autônomos. [1]

Assim sendo, *per si*, a condenação do agente por ambos os crimes denunciados já seria despropositada.

Não obstante isso, o fato é que não existe prova suficiente do dolo do agente na prática dos crimes. Neste ponto, deve-se entender o dolo como "*a vontade consciente de praticar a conduta típica*" [2].

Analisando-se detidamente os autos, nota-se que o conjunto probatório é demasiado frágil para a sustentação do juízo condenatório. Em verdade, observa-se que a sentença ampara a condenação unicamente nas contradições entre os depoimentos da fase policial e judicial do corréu Ademir Lemos da Silva, substancialmente por ter no início afirmado que a nota fiscal lhe foi entregue por Wilson e, em juízo, ter esclarecido que este lhe entregou apenas a nota fiscal da carga que saía de Paranaíba.

Destaca-se que, em todas as oportunidades que prestou depoimento, o apelante afirmou que não tinha conhecimento sequer do transporte de carvão que foi carregado em Miranda. Sempre afirmou que havia carregado o caminhão com calcário em Paranaíba, e que fora o corréu Ademir quem providenciou a carga para a volta.

Ouvido, na fase judicial, Ademir afirmou (f. 142):

> [...] Na nota não tinha recolhimento de ICMS da carga. Pegou a nota de um agenciador lá em Miranda, foi a primeira vez que fez carregamento em Miranda. Foi carregado de calcário para a região de Campo Grande. Procurou frete para retornar. Continua trabalhando para a empresa do acusado Wilson Tomé. Reiterou que não mencionou ter pego a nota de Wilson Tomé. Eles devem ter posto isto no seu depoimento, pois estava sozinho lá na Delegacia. Que essa carga não era do co-réu. Na Delegacia falou que Wilson Tomé era seu patrão [...] é praxe pegar nota fiscal com agenciador. Questionado se tinha como levar uma nota de Paranaíba, disse que não porque não tinha como saber que ia pegar a carga em Miranda. Questionado se foi até lá a procura de carga, respondeu que daí vinha de lá para cá. Na Delegacia disse que a nota do calcário é que foi pega na Empresa em Paranaíba.

As declarações de Wilson vão na mesma linha (f. 144):

> [...] Na época dos fatos passou um frete para o co-réu fazer levando calcário para a região de Campo Grande. Nesse tipo de frete eles mesmos se encarregam de arrumar carga para fazer o retorno. Explicou que quando levam carvão para Divinópolis é comum retornarem com material de construção ou algum outro produto. Não foi o interrogando que arrumou frete de carvão para o retorno. Foi o próprio co-réu que arrumou o frete. Não forneceu nota fiscal do carvão, apenas o calcário. Nunca cumpriu pena por processo criminal [...] Não tem como levar nota de eventual carga que seria transportada no retorno. Não saberia onde ia ser carregado. É comum seus motoristas pegarem nota fiscal com agenciador na cidade onde vão pegar a carga.

Não há qualquer outro elemento de convicção que indique o conhecimento dos apelantes sobre a falsidade da nota fiscal em questão. Desta forma, é absolutamente inviável sustentar a condenação com fundamento em eventuais indícios de que Ademir teria alterado sua versão, a fim de criar dúvida capaz de garantir-lhe a absolvição.

De fato, a única certeza é de que a nota fiscal apreendida era falsa. Quanto ao elemento subjetivo (dolo) necessário para a consumação – tanto do crime contra a ordem tributária como quanto ao uso de documento falso – não há qualquer certeza. Neste cenário, há de se privilegiar o princípio do *in dubio pro reo*.

1 **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 352-3.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 186.

A jurisprudência é pacífica quanto a esta conclusão:

> Para caracterizar o crime descrito no artigo primeiro, inciso III, c/c o artigo 11, da Lei n. 8137/90, necessário se faz a comprovação no bojo dos autos do elemento subjetivo do tipo que é dirigido ao especial fim de suprimir ou reduzir tributo, devendo haver o dolo específico que mova o infrator a burlar o fisco. Pairando dúvidas, como é o caso em comento, aplica-se o consagrado princípio *in dubio pro reo*. [3]

> O delito de uso de documento falso, tipificado no artigo 304 do Código Penal, exige para a sua caracterização a prova do dolo, consubstanciado no prova do conhecimento do agente acerca da inautenticidade do documento. Não comprovado que o réu conhecia a falsidade do documento, resta ausente o necessário elemento subjetivo do crime de documento falso, impondo-se sua absolvição. [4]

Desta forma, deve ser acolhido o pedido absolutório efetuado por Wilson Ferreira Tomé, restando prejudicados os demais pedidos subsidiários.

O recorrente Ademir Lemos da Silva também inaugura sua pretensão recursal com o pleito absolutório. De igual forma, há dar provimento em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*.

Além dos depoimentos prestados pelos próprios apelantes, constata-se que as testemunhas Marcos Antonio da Silva (f. 189), Paulo Sérgio de Souza (f. 190) e Antonio Roberto Sanches (f. 191) esclareceram que normalmente é o agenciador quem entrega ao motorista do caminhão a nota e indica o local onde está a carga a ser transportada, bem como não é comum o motorista checar a autenticidade do documento fiscal.

Assim, não obstante Ademir tenha sido surpreendido transportando carga com nota fiscal falsa, não existem elementos de convicção nos autos capazes de assegurar que ele tivesse conhecimento da irregularidade.

Desta forma, por insuficiência de provas, a absolvição também deve lhe atingir e os pedidos subsidiários também restam prejudicados.

Ante o exposto, dou provimento aos recursos interpostos por Ademir Lemos da Silva e por Wilson Ferreira Tomé, para absolvê-los dos crimes do art. 1º, III (falsificação de nota fiscal), da Lei n. 8.137/90, e do art. 304 do Código Penal, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 22 de agosto de 2011.

***

3 TJDFT, ACr n. 1731296, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Vaz de Mello, julgado em 24.4.1997, DJ de 3.9.1997.

4 TRFPR, Quarta Região, ACr n. 2006.70.09.000013-8, Sétima Turma, Rel. Des. Fed. Márcio Antonio Rocha, julgado em 21.9.2010, DJ de 1.10.2010.

Segunda Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2011.023847-6 - Jardim
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PENAL E PROCESSUAL PENAL – MEDIDA DE SEGURANÇA DE TRATAMENTO AMBULATORIAL CONVERTIDA EM INTERNAÇÃO – PROVAS CONCRETAS DA NÃO CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE DO AGENTE E DA NECESSIDADE DA MEDIDA – PACIENTE QUE SE ENCONTRA ALOJADO NO SETOR DE SAÚDE DE PRESÍDIO – ILEGALIDADE NÃO CONSTATADA – NÃO CONCESSÃO.

Não se verifica a ocorrência de qualquer incorreção na decisão que determina a conversão da medida de segurança de tratamento ambulatorial para internação, quando há provas concretas da não cessação da periculosidade do agente e da necessidade de tal medida para fins terapêuticos, sendo o paciente alojado em setor de saúde do respectivo presídio local.

Habeas Corpus a que se nega concessão, ante a não constatação de ilegalidade hábil a ser sanada pelo remédio constitucional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 29 de agosto de 2011.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

A advogada Cristiane Alez Jara Teixeira Ramos ingressa com pedido de *HABEAS CORPUS*, com pleito de liminar, em favor de Marcelo Constâncio Dias Cavalheiro, sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Jardim.

Relata que o paciente foi absolvido impropriamente pela prática do crime de tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal, por 2 – duas vezes), sendo-lhe aplicada medida de segurança de internação pelo período mínimo de 2 (dois) anos, a qual foi inicialmente cumprida no presídio de Jardim.

Diante do agravamento da saúde mental do paciente, foi requerida sua transferência para o Presídio Harry Amorim Costa, em Dourados, todavia, o juízo da Vara de Execução Penal indeferiu o pleito, sob o argumento de que tal unidade prisional não seria adequada para o cumprimento da medida de segurança.

Então, o paciente foi internado no Hospital Nosso Lar, em Campo Grande e, após a evolução de seu quadro clínico, liberado pelo juízo da Vara de Execução Penal de Jardim.

Posteriormente, a autoridade coatora determinou a apreensão do paciente em cela isolada no presídio douradense, sob o argumento de que Marcelo propalou a notícia de que cometeria uma chacina entre as crianças da rede de ensino de Jardim.

Requerida a transferência do paciente para o Hospital Nosso Lar, o pleito foi indeferido, sob o fundamento de que o nosocômio não seria adequado para o tratamento daquele.

Aduz que *"não há motivos plausíveis e nem legalidade adequada para uma possível conversão da medida de segurança em pena privativa de liberdade, mesmo porque se ficasse evidenciado de forma satisfatória que o paciente teria praticado fatos que evidenciassem sua potencialidade para novas ações danosas, seria o caso então de reeinterná-lo para tratamento específico e não privá-lo ilegalmente de sua liberdade"* (f. 6).

Assim, requer a concessão da ordem, a fim de que o paciente seja libertado imediatamente ou, então, que seja transferido para o mencionado hospital.

A tutela de urgência foi indeferida (f. 140-1) e a autoridade coatora prestou as informações de estilo (f. 145-6).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela denegação (f. 163-8).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

O cerne da controvérsia diz respeito à possibilidade ou não de mantença da segregação do paciente no setor de saúde do Presídio Harry Amorim Costa, uma vez que, após a decretação de sua absolvição imprópria, o paciente foi internado no Hospital Nosso Lar, em Campo Grande, justamente sob o argumento de que aquele estabelecimento prisional não possuiria instalações adequadas para o seu tratamento.

Malgrado os argumentos defensivos, a ordem deve ser denegada.

Inicialmente, há de se pontuar a informação trazida pela autoridade apontada como coatora, no sentido de que a desinternação do paciente do mencionado Hospital Nosso Lar não se deu por conta da melhora do seu quadro clínico, mas, sim, porque já havia decorrido o prazo máximo para a permanência dele no aludido local, segundo as regras do sobredito nosocômio (f. 145-6).

Assim, ao contrário do que pretende fazer crer a defesa, o paciente não foi simplesmente liberado pelo Juízo das Execuções Penais de Jardim, tanto que, conforme a decisão de f. 147, a autoridade coatora, diante da constatação da não cessação da periculosidade de Marcelo, determinou a expedição de ofício à Secretaria Municipal de Saúde, solicitando a *"inclusão do reeducando em programa de acompanhamento especializado para pacientes com transtornos mentais"*.

Na esteira de tais argumentos, bem se verifica que o paciente não teve extinta sua punibilidade, havendo apenas conversão da medida de segurança de internação para a de tratamento ambulatorial, estando, evidentemente, obrigado ao cumprimento de suas regras.

Por outro lado, é certo que a decisão que decretou seu recolhimento ao cárcere não se baseou em meras conjecturas e suposições.

Segundo se verifica das informações prestadas pela autoridade coatora, a esta foram apresentados relatórios de investigações policiais, os quais informaram que o paciente retornou ao local onde as vítimas que tentou matar costumam frequentar, intimidando-as, e, não fosse o bastante, noticiaram que Marcelo voltou a propalar, tal como efetuara antes de cometer os delitos pelos quais foi impropriamente absolvido, que *"há uma voz na sua cabeça dizendo que é para ele matar crianças e beber o sangue"* (f. 148).

Ademais, conforme asseverado pela autoridade coatora, por ocasião do decreto da apreensão do paciente (f. 154):

> O Ministério Público interveio e informou que meios de comunicação nesta região de Jardim e Guia Lopes da Laguna, de modo sensacionalista, noticiaram que o inimputável Marcelo Constâncio está solto e promete realizar chacina semelhante à ocorrida em Realengo, além de ter recebido inúmeras ligações telefônicas de pais e diretores de escolas públicas e particulares questionando os fatos, muitos alegando que os filhos só retornarão às aulas se o reeducando estiver preso.
>
> Afirmou que o índice de evasão escolar nesta data foi muito grande e tal situação perdurará, segundo o Dr. Promotor de Justiça, ao reputar nessa comarca ficamos reféns de um condenado insano que não é internado em estabelecimento adequado em razão da inoperância do aparelho estatal, em especial do Poder Executivo, que deixa o problema em nossas costas, o que não pode ser admitido.

Assim, denota-se que a constrição da liberdade do paciente não se fundamentou em meras conjecturas ou suposições, mas em um prévio trabalho investigativo efetuado pelos órgãos policiais, o qual apenas confirmou a não cessação de sua periculosidade, já verificada anteriormente pelo magistrado singelo.

Como bem é sabido, o art. 97, § 4º, do Código Penal é expresso no sentido de que *"em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins terapêuticos."*

Ademais, o art. 184 da Lei de Execução Penal, o *"tratamento ambulatorial poderá ser convertido em internação se o agente revelar incompatibilidade com a medida."*

In casu, é de se constatar que o paciente não foi propriamente preso, mas recolhido provisoriamente no setor de saúde do Presídio Harry Amorim Costa, por se tratar, atualmente, do local que melhor poderá assisti-lo, dada a falta de nosocômio penal especializado para o seu tratamento.

De outro vértice, não há de se cogitar a possibilidade de nova internação do paciente no Hospital Nosso Lar, pois, como bem ressaltado pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, *"se trata de hospital particular que não possui nenhum meio coercitivo para a permanência compulsória do inimputável, ressaltando que há notícia, nos autos, de que Marcelo já empreendeu fuga desse local"* (f. 108).

Ante o exposto, nego concessão ao *writ* impetrado em favor de Marcelo Constâncio Dias Cavalheiro.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 29 de agosto de 2011.

***

Ação Penal n. 2010.001393-6 - Capital
Seção Criminal
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AÇÃO PENAL – PREFEITO – ART. 10 DA LEI N. 7.347/85 – RETARDAMENTO OU OMISSÃO QUANTO AO FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES ESSENCIAIS À PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO DOLO DO AGENTE – NOTIFICAÇÕES RECEBIDAS E ENCAMINHADAS AOS SETORES RESPONSÁVEIS – DENÚNCIA IMPROCEDENTE.

O crime previsto no art. 10 da Lei n. 7.347/85 é punível a título de dolo, mesmo que seja na modalidade eventual.

Não havendo provas suficientes de que o acusado, na condição de Chefe do Executivo Municipal, tenha se recusado, retardado ou omitido (intencionalmente, de modo implícito ou explícito) documentos ou informações essenciais à propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, em razão da delegação da tarefa de fornecimento de dados aos órgãos e pessoas componentes da administração pública municipal, impõe-se a sua absolvição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, julgar improcedente a denúncia. Ausentes, justificadamente, os vogais 2º, 3º e 6º.

Campo Grande, 19 de julho de 2011.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Ministério Público ofereceu denúncia contra o prefeito de Nova Alvorada do Sul, Arlei da Silva Barbosa, imputando-lhe a prática do delito previsto no art. 10 da Lei n. 7.347/85.

A denúncia foi recebida pelo Tribunal (f. 133-9).

Instruiu-se o feito, com a realização de interrogatório do acusado e a apresentação de defesa prévia, bem como a oitiva das testemunhas (f. 156-7, 172, 191-3, 213-5).

Intimadas as partes sobre o interesse em requerer diligências, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se afirmando que não havia nenhum requerimento a formular (f. 235).

O acusado, por sua vez, devidamente intimado, permaneceu inerte (f. 233).

Deu-se vista às partes, a fim de que apresentassem as alegações finais; a Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 241-51, manifestou-se requerendo a condenação do requerido, por entender que ele se omitiu, deliberadamente, em prestar as informações solicitadas pelo *Parquet*, caracterizando-se o crime previsto no art. 10 da Lei n. 7.347/85.

O acusado, intimado regularmente (f. 250), em vez de apresentar alegações finais, intempestivamente, formulou pedido de diligências (solicitando o envio de ofício ao Juízo da Comarca de Nova Alvorada do Sul, a fim de que este fornecesse cópia da Ação Civil Pública n. 054.09.000797-6), e juntou documentos às f. 259-60.

VOTO

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

O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra Arlei da Silva Barbosa, perante esta Corte, em 10 de julho de 2009, porque, segundo a inicial:

> Consta dos autos do Pedido de Providência MP/160/08/PP (em anexo) que a Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social da comarca de Rio Brilhante instaurou os Autos de Procedimento de Investigação Preliminar n. 072/2005, mais tarde convertido no Inquérito Civil n. 018/2006, para apurar notícia de eventual ato de improbidade administrativa praticado, em tese, por Jesuel Silva dos Santos, que teria utilizado um caminhão conduzido por José Paulo – que estava prestando serviços para a Prefeitura de Nova Alvorada do Sul -, para realizar serviço de transporte de soja de sua Fazenda "Belas Artes" por um período de vinte dias, cujas diárias foram pagas com recursos da Prefeitura Municipal.
>
> Durante a instrução do mencionado procedimento, houve o descumprimento reiterado e injustificado das requisições formuladas pelo Ministério Público por parte do alcaide, razão pela qual a Promotora de Justiça da Comarca de Rio Brilhante, Thatiana Correa Pereira da Silva Façanha, atuando em substituição legal na Comarca de Nova Alvorada do Sul, encaminhou representação a esta Procuradoria-Geral de Justiça em face do Prefeito Municipal por eventual prática do delito previsto no art. 10 da Lei n. 7.347/85.
>
> Assim, instaurou-se no âmbito desta Procuradoria-geral de Justiça o Pedido de Providência MP/0077/06/PP, sendo que, após a realização de diligências, a então Procuradora-Geral de Justiça, Irma Vieira de santana e Anzoategui, ofertou denúncia em face de Arlei Silva Barbosa e outros no dia 4.9.2007, sendo a peça acusatória recebida em 21.1.2009 (Autos n. 2007.026825-6, Rel. Des. João Batista da Costa Marques).
>
> Ocorre que o Procedimento de Investigação Preliminar n. 72/2005, convertido em inquérito civil n. 018/2006, foi reautuado como Inquérito civil n. 09/2007, em razão da instalação da Promotoria de Justiça da comarca de Nova Alvorada do Sul, sendo que, no dia 18 de dezembro de 2007, foi expedida nova notificação endereçada ao Prefeito Municipal Arlei da Silva Barbosa, requisitando, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, nos termos do artigo 8º, § 1º, c.c. o artigo 10 da Lei da Ação Civil Pública n. 7.347/85, o encaminhamento das seguintes informações e documentos:
>
> a) Documentação e/ou informações necessárias para o esclarecimento dos fatos noticiados e/ou defesa, bem como quaisquer outros documentos referentes ao assunto, na tentativa de comprovar a obediência à legislação vigente e aos princípios constitucionais elencados na Lei Maior.;

> b) Cópia integral, autêntica e numerada de eventual processo de licitação e contrato firmado com o Sr. José Paulo e respectiva empresa, tendo por objeto a execução de serviços para o Município, no período de janeiro de abril de 2005.
>
> Tal requisição foi recebida pessoalmente em 19.12.2007 (f. 67 – autos em anexo), tendo o prazo para seu atendimento transcorrido *in albis*.
>
> No dia 20.11.2008, foi expedido o Ofício n. 234/2008/PJNAS, nos autos do Inquérito Civil n. 009/2007, reiterando a notificação datada de 18.12.2007, fixando agora o prazo de 10 (dez) dias para o seu cumprimento.
>
> O Ofício foi recebido pessoalmente em 24.11.2008, conforme documento de f. 94 dos autos em anexo, entretanto, mais uma vez, a requisição ministerial foi ignorada pelo Chefe do Executivo municipal, que permaneceu inerte, não apresentando as informações necessárias para o esclarecimento dos fatos investigados (f. 95 dos autos em anexo).
>
> Por derradeiro, em 25.3.2009, a requisição foi novamente reiterada, por meio do Ofício n. 143/2009/PJNAS, sendo o acusado pessoalmente notificado, a apresentar a documentação e informações necessárias para o esclarecimento dos fatos investigados (f. 95 dos autos em anexo).
>
> Como corriqueiro, o Chefe do Executivo Municipal de Nova Alvorada do Sul não se manifestou a respeito dos fatos aludidos, omitindo as informações requisitadas na notificação ministerial.
>
> O desatendimento à requisição do Ministério Público é sancionado porque, para desimcumbir-se de seus misteres em defesa da Constituição e das leis, no zelo de interesses indisponíveis dos indivíduos, e no desempenho da função da ação penal e da ação civil pública, o órgão precisa de instrumentos eficazes que ofereçam meios à consecução daquilo que é pretendido. Do contrário, ficaria a ação ministerial limitada ao aspecto moral, sem o necessário amparo legal, frustrando as relevantes e concretas repercussões reclamadas pela sociedade.
>
> No caso concreto, o denunciado, embora notificado em diversas oportunidades, não atendeu as requisições feitas pelo Ministério Público, deixando de fornecer dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública.
>
> Assim, agindo o denunciado Arlei da Silva Barbosa, prevalecendo-se da função de Prefeito Municipal, praticou o crime descrito no art. 10 da Lei n. 7.347/85.

Em síntese, a conduta ilícita atribuída ao acusado refere-se ao retardamento ou omissão quanto ao fornecimento de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública.

O art. 10 da Lei n. 7.347/85 prevê o seguinte:

> Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Pela simples leitura do dispositivo legal acima mencionado, verifica-se que a conduta atribuída ao acusado somente poderia ser enquadrada, em tese, nos verbos retardar e omitir informações indispensáveis à propositura de ação civil pública, pois a recusa não foi mencionada na denúncia.

De fato, foram enviadas diversas notificações ao acusado, que exerce o cargo de Prefeito de Nova Alvorada do Sul (f. 70, 99, 100, 101), a fim de que fornecesse os seguintes dados:

> a) Documentação e/ou informações necessárias para o esclarecimento dos fatos noticiados e/ou defesa, bem como quaisquer outros documentos referentes ao assunto, na tentativa de comprovar a obediência à legislação vigente e aos princípios constitucionais elencados na Lei Maior;
>
> b) Cópia integral, autêntica e numerada de eventual processo de licitação e contrato firmado com o Sr. José Paulo e respectiva empresa, tendo por objeto a execução de serviços para o Município, no período de janeiro de abril de 2005.

Nos ofícios enviados ao alcaide (datados de 19.12.2007, 24.11.2008 e 25.3.2009, restou esclarecido que a finalidade das informações solicitadas era a instrução de Inquérito Civil que apurava eventuais irregularidades na utilização de um caminhão BM 1933, placas AEJ-6859, de propriedade José Paulo, que estava prestando serviços ao Município de Nova Alvorada do Sul, mas na realidade serviu para transportar soja da Fazenda Belas Artes, pertencente ao Vice-Prefeito Jesuel Silva dos Santos.

Consta nos autos manifestação do acusado (f. 20-1, datadas de 20 de março de 2006), em que não há a apresentação de documentos solicitados, mas somente é justificada a inviabilidade de prestar as devidas informações, sob o argumento de que:

> Com efeito, parece tratar-se de mais uma denúncia caluniosa, uma vez que, até onde alcança o conhecimento deste Chefe do Executivo, o Vice-Prefeito Municipal não é proprietário de terras rurais neste município, ou em qualquer lugar, muito menos, atua no ramo de comercialização ou plantio de grãos.
>
> Todavia, cremos que informações mais detalhadas poderão ser prestadas pelo mesmo, uma vez que parece ter sido notificado para prestar informações sobre a presente denúncia.
>
> Diante do exposto, e confiando do senso de compreensão de Vossa Excelência, é que se se requer seja arquivada a presente Investigação Preliminar, em razão das inverdades das denúncias.

Segundo o teor do Parecer exarado às f. 90-3, acolhido pelo então Procurador-Geral de Justiça (f. 94), houve a constatação no sentido de que não havia comprovação de recebimento dos primeiros ofícios encaminhados pelo próprio acusado, e em razão disso, o Procurador de Justiça Dr. Edgar Roberto Lemos de Miranda opinou pela apresentação de cópias da notificação ao Prefeito Municipal, recebidas pessoalmente.

Verifica-se que o acusado recebeu as notificações pessoalmente, pois as assinaturas constantes nos "recibos" de f. 99, 100 e 101 são as mesmas da manifestação de f. 20-1 e do termo de interrogatório (f. 156-7).

Portanto, não constam dos autos – com exceção da petição de f. 20-1 – os documentos fornecidos pelo acusado, relativamente aos dados solicitados pelo Ministério Público.

Entretanto, com base nesses dados, ainda não é possível aferir se houve retardamento ou omissão intencionais por parte do alcaide em relação às informações solicitadas.

Ouvido em juízo, o acusado declarou que (f. 156-7):

> [...] que com relação a notificação concernente ao procedimento de investigação preliminar 72/2005, instaurado para a apuraçao da notícia de que um caminhão conduzido por José Paulo, que estava prestando serviços para a prefeitura de Nova Alvorada do Sul foi utilizado para transporte de soja da fazenda Belas Artes, por um período de vinte dias, cujas

> diárias foram foram pagas com recursos da prefeitura, informa que este foi respondido no prazo fixado; que em relação a reiteração da requisição antes formulada, se lembra de ter recebido e encaminhado ao jurídico; que se lembra de ter recebido pessoalmente as duas requisições, uma na data de 19.12.2007 e outra 24.11.2008, conforme constou da denúncia, porém se lembra que, da mesma forma como os outros, encaminhou ao jurídico para providências;que se lembra que recebeu a requisição mais de uma vez, mas não se recorda se foram três requisições [...] na ocasião o responsável pelo Departamento Jurídico era o Dr.Marcelo Balduíno, o qual continua até hoje;
>
> [...] O Departamento jurídico era o setor responsável para atender às respostas das notificações recebidas, sendo que quando o assunto era referente a licitação, departamento pessoal, entre outros, também era encaminhado uma cópia para a secretaria de administração e finanças.

Assim, conforme o interrogatório do acusado, não houve recusa ou qualquer intenção de retardar ou de deixar de atender às solicitações ministeriais, e que as notificações a ele endereçadas eram encaminhadas, em geral, ao Departamento Jurídico e às demais secretarias de governo, para que as providências fossem tomadas.

Maria Aparecida da Costa Ortega (f. 172), que trabalha no setor de protocolo, disse que já recebeu algumas correspondências do Ministério Público, mas que não tem conhecimento de como é o trâmite após o recebimento dos documentos.

Por outro lado, a testemunha Juliana Bellé Toniazzo recordou que várias requisições feitas pelo *Parquet* ao Prefeito não foram respondidas, mas não soube precisar de quais casos se tratavam esses documentos (f. 193).

Mais elucidativo é o depoimento de Oliveira Sergio Borges Silveira, nos seguintes termos (f. 213):

> [...] que as requisições ao chegarem na Prefeitura passavam pelo protocolo e depois eram encaminhadas às secretarias; que a orientação do Prefeito na época era para responder todas as requisições do Ministério Público e tambem da Câmara; que com relação à requisição relativa ao fato descrito na denúncia, o depoente tem certeza de que foi respondida [...] quem fazia o controle acerca das respostas das requisições era o depoente, o secretário de administração e o chefe de gabinete, porém esse controle não foi rígido devido ao volume das requisições e a inexperiência; que nesta época o Prefeito não exercia nenhum controle sobre as respostas das requisições, que inclusive nem passavam por ele.

No mesmo sentido, afirmou Aildo Ramão da Luz Gonçalves, que exerce o cargo de Secretário de Planejamento, Administração e Finanças (f. 214-5), *in verbis*:

> [...] que começou a trabalhar como secretário a partir do dia 2.5.2006; que quando chega alguma requisição na Prefeitura, o procedimento é passar pelo protocolo central, onde há uma pessoa responsável, que assina o recibo e encaminha os documentos para o controlador geral e este faz a distribuição para os endereçados, ou seja, ele encaminha para os setores da Prefeitura; que no ano de 2005 não existia a função de controlador geral; que em 2005, após passar pelo protocolo geral, os documentos eram encaminhados diretamente para os destinatários; que a orientação do Prefeito, com relação às requisições do Ministério Público, é para que todas sejam respondidas dentro do prazo; que a função de reunir os documentos é delegada pelo Prefeito para outras pessoas.
>
> [...] que o depoente sabia que haviam requisições do Ministério Público, respondeu: que o depoente sabia que haviam requisições do Ministério Público para serem respondidas, mas não tinha conhecimento de que essas requisições não estavam sendo respondidas; que não se lembra se haviam requisições, nas quais o Prefeito deveria responder pessoalmente; que o Prefeito delega para a assessoria jurídica a colheita de documentos para instruir as

> respostas das requisições; que não se lembra se na época o Prefeito exercia algum controle sobre essas atividades; que atualmente o Prefeito exerce o controle sobre os prazos das respostas das requisições; que a partir de 2.5.2006, quando o depoente começou a trabalhar na Prefeitura, todas as requisições passavam pelas mãos do Prefeito, que tomava ciência e encaminhava a assessoria jurídica. (Grifos não originais)

A análise dos depoimentos acima transcritos, em conjunto com o teor do interrogatório prestado pelo acusado, resulta no seguinte raciocínio: a Prefeitura passou de um período de maior organização nos procedimentos de recebimento, processamento e conclusão a respeito de documentos que lhe eram enviados, para outro, de maior centralização.

Resta claro que o acusado não se omitiu ou retardou o fornecimento de informações ou documentos requeridos pelo Ministério Público, porquanto o expediente era encaminhado para os setores responsáveis (jurídico, secretarias respectivas etc.), que, por sua vez, deveriam executar as ordens do Chefe do Executivo.

Muito embora as notificações e ofícios fossem recebidas pessoalmente pelo acusado, é evidente que, como em qualquer esfera do Poder Executivo – municipal, estadual ou federal – há delegação aos subordinados imediatos, a fim de que as ordens sejam cumpridas, tendo em vista o fenômeno da desconcentração, em que o ente estatal é o mesmo, mas subdividido em órgãos menores, adequados às suas respectivas tarefas (gabinetes, secretarias, setores etc.).

O tipo penal descrito na denúncia – art. 10 da Lei n. 7.347/85 – não prevê forma culposa, mesmo na hipótese de omissão no fornecimento de informações e documentos, visto que não existem elementos nos autos capazes de confirmar se o acusado obstou, intencionalmente, o trânsito de dados essenciais à instrução de inquérito civil ou ação civil pública.

Na hipótese em tela, está demonstrado que o Prefeito recebia as notificações e encaminhava aos setores responsáveis, não havendo provas de que existia ou não um controle por parte do acusado sobre o andamento posterior desses procedimentos.

Nesse sentido, a situação descrita no feito evidencia a falta ou insuficiência de controle administrativo, que pode dar ensejo a qualquer outro tipo de responsabildade, menos a penal, especialmente se lastreada no art. 10 da Lei da Ação Civil Pública, ante a inequívoca insuficiência de provas a respeito do dolo do agente.

Há muito tempo, a doutrina classifica como doloso o crime acima descrito, asseverando que *"[...] Quanto ao elemento subjetivo, o crime é doloso (art. 18, I, do CP), não sendo de excluir-se, em princípio, a modalidade de dolo eventual; a forma culposa não se nos afigura factível.*[1]*"*

Por derradeiro, faz-se mister esclarecer que os documentos anexados pelo acusado com a petição de f. 259-64, a despeito de haver sido nomeada como pedido de diligências e juntada de informações (cuja fase já estava acobertada pela preclusão), deve ser aqui entendida como o exercício de sua defesa – porque de fato há insurgência contra a acusação – na condição de alegações finais, uma vez que essa era a manifestação que se aguardava do requerido.

De qualquer modo, o Ofício juntado por cópia n. 470/2009/GAB/PMNAS (f. 261-2), de 8 de julho de 2009, não pode ser considerado uma surpresa pela acusação, visto que foi recebido pelo Ministério Público Estadual (Promotora de Justiça, Dra. Daniele Borghetti Zampieri de Oliveira) em 14 de julho de 2009, o que revela se tratar de documento conhecido pelo *Parquet* atuante em primeira instância.

1 MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **Ação Civil Pública**, 3 ed., São Paulo:RT, 1994. p. 198.

No referido ofício, o acusado responde à solicitação ministerial, fornecendo dados sobre a contratação do caminhão mencionado nos autos, a respectiva Ordem de Pagamento, a liquidação de empenho, bem como esclarecendo o motivo da sua contratação, que no caso era vinculado à prestação de serviços de recuperação de trechos de estradas rurais, destinadas ao transporte escolar, e não ao transporte de soja de propriedade de Jesuel Silva dos Santos.

Portanto, não há provas suficientes de que o acusado tenha agido - implícita ou explicitamente – com o dolo de retardar ou de omitir o fornecimento de dados essenciais ao ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público Estadual, pois os documentos e os depoimentos prestados nos autos demonstram que ele, ao receber as notificações, encaminhou-as aos setores responsáveis em relação a algumas delas, constando expressamente que se manifestou em relação a algumas outras.

Em face do exposto, julgo improcedente a denúncia, absolvendo-se o denunciado, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, JULGARAM IMPROCEDENTE A DENÚNCIA. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS VOGAIS 2º, 3º E 6º.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 19 de julho de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2011.019021-7 - Naviraí
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PACIENTE DENUNCIADO POR SUPOSTA INFRAÇÃO AO ARTIGO 333 DO CÓDIGO PENAL – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS – PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – DENÚNCIA ANÔNIMA – PROVA ILÍCITA – AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA POR MAGISTRADO EM GOZO DE FÉRIAS SEM VINCULAÇÃO AO PROCESSO – AUSÊNCIA DE JURISDIÇÃO – DESRESPEITO ÀS NORMAS PROCEDIMENTAIS – *ERROR IN PROCEDENDO* – INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL – INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO APÓS 2 (DOIS) ANOS E 2 (DOIS) MESES DA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR – CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS 7 (SETE) MESES – NULIDADE ABSOLUTA – ORDEM CONCEDIDA.

1 – O magistrado em gozo de férias deve se afastar da atividade judicante. Excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a legitimidade de atos praticados, quando devido ao acúmulo de serviço e preocupação com o jurisdicionado, o magistrado, antecipando o seu retorno, dá andamento ao feito no qual já esteja vinculado, sendo imprescindível que não haja indícios de direcionamento. Exceção que não se aplica ao caso.

2 – Viola o princípio do juiz natural a ausência de distribuição do feito nas comarcas onde houver mais de um juiz dotado da mesma competência para dizer o direito. A garantia do juiz competente não se restringe ao direito de ser processado e julgado por órgão previamente conhecido, também se aplicando às hipóteses de restrição de direitos fundamentais, praticados antes ou no curso do processo, notadamente as que pressupõem permissão judicial, como a interceptação das comunicações telefônicas.

3 – A interceptação telefônica deferida com base em delação anônima encarta-se como ilegal, uma vez que a Constituição Federal veda o anonimato, especialmente quando instaurado o inquérito policial, formalizando as investigações, após 2 (dois) anos e 2 (dois) meses da concessão da medida cautelar, que, ademais, é marcada, ontologicamente, pela necessidade e pela brevidade.

4 – O artigo 6º da Lei n. 9.296/96 prevê a obrigatória cientificação do Ministério Público, na condição de fiscal da lei, para averiguar a lisura do ato (interceptação telefônica), desse modo, ao tomar conhecimento, somente 7 (sete) meses após a sua realização, com sucessivas prorrogações nesse interregno, resta maculado, de forma inconteste, todo o procedimento.

5 – A ação penal baseada, exclusivamente, em prova ilícita, gera constrangimento ilegal ao paciente, por isso deve ser trancada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, conceder a ordem, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 1 de agosto de 2011.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado por Alberto Zacharias Toron, Flávia Pierro Tennenbaum e Tatiana de Oliveira Stoco, em favor de Eduardo Takashi Uemura, contra ato praticado pelo Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Naviraí, consistente no recebimento da denúncia de f. 49-57, pela suposta prática do crime previsto no artigo 333 do Código Penal (corrupção ativa).

Acrescentam que a ação penal estaria lastreada, exclusivamente, em escutas telefônicas obtidas de forma irregular, uma vez que em total desrespeito aos ditames legais. Isso porque, segundo narram:

1) O magistrado autorizou a interceptação telefônica de diversas pessoas sem que a representação da autoridade policial fosse aforada e distribuída livremente entre as três Vara Criminais da Comarca de Dourados;

2) O monitoramento telefônico foi prorrogado por mais de 6 (seis) meses em procedimento sem número, mantido em gabinete, sem juízo competente e sem o conhecimento do Ministério Público, em verdadeira situação de clandestinidade, violando, desse modo, os princípios do juiz natural e devido processo legal;

3) A interceptação telefônica foi autorizada, exclusivamente, com base em denúncia anônima, como primeira medida investigativa e que perdurou por dois anos sem que ao menos fosse instaurado inquérito policial, violando, assim, as disposições da Lei n. 9.296/96, que regulamenta o procedimento em análise;

4) A ordem de quebra do sigilo telefônico teria sido realizada de forma genérica, sem individualizar as partes atingidas;

5) O juiz estadual, mesmo tendo declinado a competência para a Justiça federal, proferiu decisão prorrogando as interceptações telefônicas;

6) A autoridade policial, nas manifestações dirigidas às autoridades judiciárias, alterou a verdade dos fatos, omitiu informações sobre o objeto das investigações e escondeu relatórios de monitoramento anteriores;

7) A decisão judicial autorizou a interceptação telefônica pelo prazo contínuo de 30 dias, violando o artigo 5º da Lei n. 9.296/96.

Pugnaram pela concessão de medida liminar, para suspender a tramitação dos autos originários até o julgamento do presente *writ*.

Ao final, requereram o reconhecimento da nulidade das interceptações telefônicas encartadas nos autos do Pedido de Providência n. 002.07.105083-5 e, consequentemente, o trancamento da Ação Penal n. 029.09.202017-6, em trâmite perante a Vara Criminal da Comarca de Naviraí.

Juntaram os documentos de f. 48-531.

A liminar foi indeferida (f. 535-6), em razão da ausência do *periculum in mora*, visto que a audiência de instrução e julgamento ainda não havia sido designada, inexistiu, por conseguinte, fundado perigo de locomoção aos pacientes, caso fosse aguardado o desfecho da presente lide, dotada, por sinal, de celeridade.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações de estilo (f. 540-1).

No parecer (f. 544-5), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão parcial da ordem tão somente para que sejam excluídas do processo as escutas telefônicas realizadas entre os dias 11 e 15 de outubro de 2007.

VOTO

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

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado por Alberto Zacharias Toron, Flávia Pierro Tennenbaum e Tatiana de Oliveira Stoco, em favor de Eduardo Takashi Uemura, contra ato praticado pelo Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Naviraí, consistente no recebimento da denúncia de f. (49-57), pela suposta prática do crime previsto no artigo 333 do Código Penal (corrupção ativa).

Acrescentam que a ação penal estaria lastreada, exclusivamente, em escutas telefônicas obtidas de forma irregular, uma vez que em total desrespeito aos ditames legais. Isso porque, segundo narram:

1) O magistrado autorizou a interceptação telefônica de diversas pessoas sem que a representação da autoridade policial fosse aforada e distribuída livremente entre as três Vara Criminais da Comarca de Dourados;

2) O monitoramento telefônico foi prorrogado por mais de 6 (seis) meses em procedimento sem número, mantido em gabinete, sem juízo competente e sem o conhecimento do Ministério Público, em verdadeira situação de clandestinidade, violando, desse modo, os princípios do juiz natural e devido processo legal;

3) A interceptação telefônica foi autorizada, exclusivamente, com base em denúncia anônima, como primeira medida investigativa e que perdurou por dois anos sem que ao menos fosse instaurado inquérito policial, violando, assim, as disposições da Lei n. 9.296/96, que regulamenta o procedimento em análise;

4) A ordem de quebra do sigilo telefônico teria sido realizada de forma genérica, sem individualizar as partes atingidas;

5) O juiz estadual, mesmo tendo declinado a competência para a Justiça federal, proferiu decisão prorrogando as interceptações telefônicas;

6) A autoridade policial, nas manifestações dirigidas às autoridades judiciárias, alterou a verdade dos fatos, omitiu informações sobre o objeto das investigações e escondeu relatórios de monitoramento anteriores;

7) A decisão judicial autorizou a interceptação telefônica pelo prazo contínuo de 30 dias, violando o artigo 5º da Lei n. 9.296/96.

Pugnaram pela concessão de medida liminar, para suspender a tramitação dos autos originários até o julgamento do presente *writ*.

Ao final, requereram o reconhecimento da nulidade das interceptações telefônicas encartadas nos autos do Pedido de Providência n. 002.07.105083-5 e, consequentemente, o trancamento da Ação Penal n. 029.09.202017-6, em trâmite perante a Vara Criminal da Comarca de Naviraí.

Juntaram os documentos de f. 48-531.

A liminar foi indeferida (f. 535-6), em razão da ausência do periculum in mora, visto que a audiência de instrução e julgamento ainda não havia sido designada, inexistiu, por conseguinte, fundado perigo de locomoção aos pacientes, caso fosse aguardado o desfecho da presente lide, dotada, por sinal, de celeridade.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações de estilo (f. 540-1).

No parecer (f. 544-55), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão parcial da ordem tão somente para que sejam excluídas do processo as escutas telefônicas realizadas entre os dias 11 e 15 de outubro de 2007.

Compulsando autos, verifica-se que o digno Delegado da Polícia Federal em Dourados-MS, Bráulio Cézar Galloni, em decorrência de denúncia anônima, inicialmente endereçada ao Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, comunicando-lhe supostos delitos praticados pela pessoa de Sizuo Uemura na cidade de Dourados e no Paraguai, representou por meio do Ofício n. 0782/2007 – DPF/DRS/MS – (f. 63-81), no dia 21.4.2007, pela autorização de interceptação telefônica das pessoas constantes do rol de f. 79-80, dentre eles o paciente, porquanto "*seria o ÚNICO meio de se responsabilizar todos os envolvidos na empreitada criminosa*".

Fundamentou seu pedido com base na referida denúncia anônima e em uma notícia publicada na impressa paraguaia.

No referido ofício há, ainda, um relatório de diligências realizadas pela Policia Federal, nas quais se apuraram várias empresas e automóveis de propriedade de Sizuo Uemura e sua família.

O Juiz, supostamente, em substituição legal da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, Celso Antonio Schuch Santos, no dia 22.4.2007, deferiu o pedido de monitoramento dos números do telefones requeridos pela autoridade policial pelo prazo de 15 (quinze) dias (f. 82-4), visto que "*os fatos trazidos pela autoridade policial, e imputados, se em pleno desenvolvimento, merecem ser investigados*".

A partir do monitoramento telefônico das linhas telefônicas do paciente e de inúmeras outras pessoas e empresas ligadas a Sizuo Uemura e sua família, foi instaurado o Inquérito Policial de n. 114/09 que, uma vez relatado, deu origem a 4 (quatro) ações penais, dentre elas, a Ação Penal n. 029.09.202017-6, em trâmite perante a Vara Criminal da Comarca de Naviraí.

O paciente foi denunciado, juntamente com o corréu José Odar Gallo, pela prática do delito previsto no art. 333 do CP[1] (f. 49-55), sendo certo que a exordial acusatória se lastreou, única e exclusivamente, nas conversas gravadas entre os corréus, através de monitoramento telefônico realizado pela Policia Federal.

1 Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

E é sobre essas interceptações telefônicas que recaem o inconformismo dos impetrantes. Elas são ilícitas sob a ótica da impetração.

As matérias em debate, de fato, instigam uma abordagem precisa e criteriosa, ante a controvérsia travada nos tribunais, inclusive os superiores, acerca da legalidade do ato e respectivo *modus operandi*, máxime por envolver uma gama de princípios constitucionais, intrinsecamente ligados à atividade jurisdicional.

Não se discute a possibilidade de interceptar as comunicações telefônicas, tanto que o legislador a regulamentou por meio da Lei n. 9.296/96; o que se questiona, na maioria das vezes, é a maneira como se realiza e o prazo de sua duração. Essa medida, utilizada de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, pode agredir direitos fundamentais, o que acaba por desnaturar os atos investigativos realizados pela autoridade policial.

Daí o entendimento de que a interceptação telefônica realizada no transcorrer de uma investigação é legal, desde que observadas as prerrogativas inerentes, as quais, sob hipótese alguma, podem ser mitigadas.

Cumpre ressaltar que a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 5°, inciso LVI, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

O objetivo do legislador constituinte é vedar o ingresso, no processo, da prova considerada ilícita, ou seja, colhida de forma que afronte norma jurídica, de direito material ou processual, ou em afronta a princípios constitucionais ou mesmo processuais.

Nesta esteira, Fernando de Almeida Pedroso[2] leciona que:

> [...] ilegal é a prova sempre que produzida com infração a normas de natureza processual ou material. É o gênero de que são espécies as provas adjetivadas de ilegítimas e ilícitas. Ao ato instrutório realizado com infração das disposições processuais dá-se a denominação de prova ilegítima, defluindo do próprio ordenamento processual as sanções ou conseqüências resultantes do não acatamento de determinada norma processual. [...] À prova obtida com infração das disposições de direito material rotula-se de ilícita.

Humberto Theodoro Júnior[3] ensina que realmente o compromisso do processo é com a verdade real. Contudo, a atividade processual não poderá ficar distraída ou impassível à conduta ilícita da parte para influir na atividade do próprio órgão judicante.

Assevera, ainda, que "*quando veda a prova obtida ilicitamente, o que tem em mira o preceito constitucional não é o fato processual em si mesmo, mas a necessidade do coibir e desestimular a violação às garantias que a Carta Magna e o ordenamento jurídico que a complementa instituíram como regras indispensáveis à dignidade humana e à manutenção do império da lei*".

Vale ressaltar que é suficiente um instante de reflexão para perceber que o modo de agir não pode valer mais do que o resultado. Dois processos podem ser imaginados: um, em que a dignidade do homem é aviltada; outro, em que é respeitada. Este último torna tolerável até mesmo os inevitáveis erros[4].

Sob esse enfoque, passo a proferir meu voto, abordando, de forma pontual, devido à extensão da controvérsia posta, as questões de maior relevo e que, ao meu juízo, sobressairão quanto às demais que se encartam no contexto dos fundamentos de pedir dos impetrantes.

2 PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 161.

3 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Gravação de conversa telefônica como meio de prova**. Disponível em: <www.oab-mg.org,br>.

4 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1976 p. 132.

I.a) Ato praticado por magistrado de férias – ausência de jurisdição – vício no procedimento - ***error in procedendo*** – nulidade absoluta – norma de ordem pública

Ao longo do arrazoado deduzido pelos impetrantes, um fato, apesar de ter sido abordado apenas em um único parágrafo, sublinhou a atenção desse relator ante a sua interferência na validade da interceptação telefônica realizada, desde a sua origem, configurando, *data máxima vênia*, óbice intransponível para a continuidade da persecução penal.

Segundo a mais autorizada doutrina "*A competência passa a ser um critério legal de administração eficiente da atividade dos órgãos jurisdicionais, definindo previamente a margem de atuação de cada um, isto é, externando os limites do poder*"[5].

Constitui noção cediça que não é competente quem quer, mas quem pode segundo as determinações legais. A primeira condição de validade de qualquer ato, inclusive dos judiciais, é a competência do agente. Na falta de competência para a prática do ato, o ato é nulo, *ex vi* do artigo 564, I, do CPP. (Ver por todos, Caio Tácito, *in* o Abuso do poder administrativo no Brasil).

Além disso, para que os juízes possam exercer a jurisdição, é preciso que estejam regularmente investidos no cargo e **em pleno exercício**.

Conclui-se, assim, que os atos jurisdicionais estão sujeitos à observância de certos requisitos que a lei impõe. Se um ou mais atos praticados dentro do procedimento apresentem vícios ou defeitos, cuja imperfeição prejudique a regularidade processual/investigativa, tem-se, como consequência, a perda dos efeitos esperados. Corolário lógico, todos os atos deles decorrentes são nulos de pleno direito.

Pois bem. No caso em apreço, os impetrantes, às f. 12, alegam que o juiz que autorizou a interceptação telefônica, na data de 22.4.2007, Dr. Celso Antônio Schuch Santos, estava em férias, conforme escala publicada no Diário da Justiça n. 1388 (f. 527), cujo período previsto era de 2.4.2007 a 1.5.2007.

Diante disso, diligenciei pessoalmente perante o Conselho Superior da Magistratura (certidões em anexo), a fim de confirmar se realmente o magistrado estava em gozo de férias na referida data e, para surpresa, tomei conhecimento de que a alegação se ratificou.

O Dr. Celso Antônio Schuch Santos **realmente estava em férias quando deferiu o Pedido de Providência**, na qualidade de juiz substituto da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, autorizando a interceptação telefônica no dia 22.4.2007. Ocorre, por sua vez, que a juíza titular da 1ª Vara, Dra. Dileta Terezinha Souza Thomaz, **não possui registro** de ausência, licença, férias ou afastamento, no mês de abril daquele ano, por isso não se sabe o motivo e a que título o Dr. Celso Antônio Schuch Santos a substituiu. O que se pode concluir, desde já, é que o fez de forma irregular.

Apesar de o Dr. Celso Antônio Schuch Santos ter despachado como substituto legal da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, no período compreendido entre abril de 2007 a junho de 2007, de acordo com a certidão acima mencionada, ele não era o magistrado escalado para o referido *mister*, sendo a Dra. Ellen Priscile Xandu Kaster Franco quem deveria ter conduzido o Pedido de Providência.

Por mais diferenciados que sejam os fatos até então noticiados, as peculiaridades do caso em comento não param por aí. A despeito de não ter sido observado em momento algum nos autos, verificando quais dias da semana correspondiam as datas de 21.4.2007 (Pedido de Providência encaminhado pela autoridade policial) e 22.4.2007 (decisão determinando a interceptação telefônica), constatei tratar-se de sábado e domingo, ou seja, todo o trâmite que deu origem à quebra do sigilo telefônico ocorreu, em um

5 TÁVORA, Nestor. **Direito Processual Penal**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 235.

final de semana, com base em denúncia anônima, conduzido por um juiz que estava em gozo de férias e que tampouco era o substituo previsto na escala.

Não menos importante, de acordo com o Provimento n. 135 do Conselho Superior da Magistratura, o regime de plantão permanente, que se destina a dar solução imediata, nos dias em que não houver expediente forense, a todos os casos urgentes, relacionados no artigo 268, § 1º, do Código de Organização e Divisão Judiciárias que não possam aguardar o expediente do primeiro dia útil subsequente, só foi implantado na data de 5.11.2007.

Dito isso, indaga-se: De que maneira o Dr. Celso Antônio Schuch Santos poderia ter recebido e deferido o Pedido de Providência apresentado pela autoridade policial, se ele estava de férias, se inexistia sistema de plantão permanente, se não estava escalado para atuar em substituição na 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados nem mesmo existiam razões para se realizar o ato em pleno domingo?

A situação é no mínimo inusitada!

Como se verifica, a decisão que deferiu o Pedido de Providência e determinou o monitoramento telefônico (f. 82-4) fora proferida por juiz sem jurisdição e **em um domingo**, viciando o procedimento realizado; por consequência, contaminando todos os outros atos e decisões dela provenientes.

O magistrado em gozo de férias, via de regra, não pode despachar processo por lhe faltar jurisdição, quiçá receber Pedido de Providência e autorizar medida excepcional de interceptação telefônica, em especial quando existirem outros juízes dotados de atribuições para dizer o direito na Comarca, situação que se subsume ao caso em tela.

Registre-se, desde já, que não se ignora a existência de precedente do Supremo Tribunal Federal, *HC* n. 92.676-2, de relatoria do Min. Marco Aurélio, cuja ementa restou de seguinte forma:

> OFICIO JUDICANTE – MAGISTRADO EM GOZO DE FÉRIAS. O magistrado em gozo de férias deve realmente cessar a atividade judicante. A regra não afasta a exceção quando, ante o grande volume de processos, ante a preocupação com os jurisdicionados, retorna e pratica atos em certo processo. Descabe cogitar de nulidade, havendo de se distinguir a situação considerado o caso, por exemplo, de suspensão disciplinar.

Pela leitura da ementa transcrita, extrai-se que o magistrado em gozo de férias deve se afastar da atividade judicante, salvo em raras exceções, por exemplo, existindo acúmulo de processos, decida antecipar o seu retorno e pratique atos em determinado feito em que já esteja vinculado.

Ocorre que a situação dos autos é totalmente diversa. O Dr. Celso Antônio Schuch Santos, em gozo de férias, não estava vinculado ao Pedido de Providência nem mesmo antecipou o retorno de suas férias. Simplesmente, em pleno domingo, admitiu o Pedido de Providência, encaminhado no sábado pela digna autoridade policial e concedeu autorização para grampear os telefones dos investigados.

O Ministro Marco Aurélio, no julgado paradigma, assinalou, de forma expressa, que estava denegando a ordem, devido à inexistência de qualquer dado que pudesse ser tomado como a demonstrar atitude direcionada. Aqui, *data maxima venia*, com base nas constatações outrora obtemperadas, tem-se como certo que o Pedido de Providencia fora efetivamente direcionado ao Dr. Celso Antonio Schuch Santos, situação que não pode ser chancelada pelo Judiciário sob pena de total descrédito, além de transgredir garantias constitucionais; estar-se-ia regredindo ao regime de força que perdurou durante um longo período, onde as decisões eram tomadas na calada da noite, em dias sem expediente e mediante atos praticados com abuso de poder.

Com efeito, não se pode admitir a exceção – prática de atos por magistrado em gozo de férias devido ao acumulo de serviço – para dar ares de legalidade na conduta arbitrária, exercida em processo que o magistrado nem sequer estava vinculado.

Como o Pedido de Providência foi deferido por um magistrado sem jurisdição, considera-se a decisão como inexistente, de modo que a interceptação telefônica fora realizada sem respaldo legal, por conseguinte, nula de pleno direito e aquilo que é nulo não poderá produzir efeitos, com base no parágrafo primeiro do artigo 573 do Código de Processo Penal, que tem a seguinte dicção: "*a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência*".

Nesse sentido, Júlio Fabbrini Mirabete[6] leciona que "*[...] a nulidade de um ato causa a nulidade dos que dele dependem ou sejam conseqüência, de acordo com o princípio da causalidade, ocorrendo o que se tem denominado de nulidade derivada. São nulos todos os atos concomitantes, posteriores ou mesmo anteriores ao ato viciado contaminados por ele*."

É de verificar-se que o Pedido de Providência teve o seu início chancelado por magistrado sem jurisdição, assim, nulo está desde a sua origem, por isso todos os atos e provas nele existentes não podem irradiar efeitos.

Não obstante, mesmo que se admita como legal o exercício pelo magistrado Celso Antônio Schuch Santos, de atos decisórios, em pleno gozo de férias, tem-se que o Pedido de Providência é nulo, devido à existência de vício em seu processamento, caracterizando *error in procedendo,* o qual, por se tratar de matéria de ordem pública, não pode ser convalidado.

Ocorre o vício de atividade (*error in procedendo*), nas palavras de Nelson Nery Júnior[7], "*quando o juiz desrespeita norma de procedimento provocando gravame à parte. Esta norma de procedimento é aquela determinada pelo ordenamento jurídico como um todo. Não é preciso viole o juiz texto expresso de lei para caracterizar-se o erro no procedimento; basta que descumpra a regra jurídica aplicável ao caso concreto. O vício é de natureza formal, invalidando o ato judicial, não dizendo respeito ao conteúdo desse mesmo ato*."

Como dito acima, a Dra. Dileta Terezinha Souza Thomaz, titular da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, não estava afastada de suas atividades e, mesmo que estivesse, quem deveria substituí-la era a Dra. Ellen Priscile Xandu Kaster Franco e não o Dr. Celso Antônio Schuch Santos.

Sobremais, não restou demonstrado o motivo pelo qual a autoridade policial e o Dr. Celso Antônio Schuch Santos não puderam esperar o dia seguinte (segunda-feira), com expediente normal, para apresentar e processar o Pedido de Providência, contrariando, sobremaneira, o comando do artigo 268, § 1º, do Código de Organização e Divisão Judiciárias

Dessa maneira, o Pedido de Providência foi processado e deferido, irregularmente, existe, portanto, falha de procedimento imputável ao juízo.

A nulidade absoluta do Pedido de Providência e da interceptação telefônica, *ab initio*, resulta, portanto, do vício na atividade judicante e desrespeito às normas processuais, uma vez que a Dra. Dileta Terezinha Souza Thomaz, titular da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados não estava afastada; o Dr. Celso Antônio Shuch Santos não estava designado para substituí-la, além de inexistir motivos que obstassem a apresentação e o deferimento dos grampos no dia seguinte, com expediente normal.

---

6 **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 577-8.

7 **Princípios Fundamentais:** Teoria Geral dos Recursos-Recursos no Processo Civil. São Paulo: RT, 1990. p. 41-2.

Mesmo que a magistrada titular da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, Dr. Dileta Terezinha Souza Thomaz, tenha assumido o feito (f. 393-4), em 12.3.2008, dada a extrema gravidade do vício, ele não se convalida de forma alguma.

Conforme iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[8] "*as nulidades absolutas não se convalidam com o tempo, ou seja, não se sujeitam à preclusão, podendo ser declaradas de ofício e a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da condenação.*"

Destarte, o Pedido de Providência n. 002.07.105083-5 é nulo e a prova oriunda das interceptações telefônicas ilícitas, contaminado os demais atos delas decorrentes.

I.b) Ausência de distribuição do feito - Afronta aos Princípios do Juiz Natural e Devido Processo Legal – Incompetência do Magistrado – nulidade absoluta

Ainda que a ordem já pudesse ser concedida exclusivamente com base no fundamento de ausência de jurisdição do magistrado que deferiu o originário Pedido de Providência, aborda-se, por concessão dialética, outros fundamentos pelos quais, igualmente, a ordem deve ser concedida.

Nessa trilha, a regra da livre distribuição – corolário do princípio constitucional juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF/88[9]) – é norma expressa e cogente no Código de Processo Penal pátrio (art. 69, IV[10], e 75[11]), estabelecendo que a precedência da distribuição fixará a competência, quando na mesma circunscrição judiciária houver mais de um juiz igualmente competente.

Assim, quando houver, com competência concorrente, mais de um órgão, ou mais de um cartório ou repartição vinculados ao mesmo órgão, **impõe-se a prévia distribuição, paritária e alternada**, entre juízes e escrivães, devendo ser observados, nessa técnica, "*aspectos abstratos, gerais e objetivos, a fim de evitar-se uma designação ad hoc*[12]."

O nunca assaz citado mestre José Frederico Marques ensina que a competência de juízo não pode ser substituída por convenção das partes: não há eleição de juízo (só existe eleição de foro), pelo que não será permitida a escolha de vara ou juízo do foro competente (inclusive no foro de eleição), para ali ser ajuizada a ação e correr o processo.

A livre distribuição mostra-se como instrumento de garantia da imparcialidade do magistrado. Daí sua importância, na arguta observação de MONIZ DE ARAGÃO[13]:

> [...] não faz sentido, em face dos modernos postulados do Direito Processual Civil, considerar irrelevante a ausência de distribuição. A adoção de tal tese - facultando-se ao autor, em conseqüência, a possibilidade de se dirigir diretamente ao juízo de sua preferência - importa em subordinar ao poder dispositivo da parte matéria que é de ordem pública e

8 AgRg no *HC* n. 83.112/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJ de 8.6.2009.

9 Art. 5º [...]
XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;
[...]
LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

10 Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:
[...]
IV - a distribuição;

11 Art. 75. A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.
Parágrafo único. A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal.

12 SCHWAB, Karl. **Divisão de Funções e o Juiz Natural**. RePro n. 48, São Paulo: RT, 1987. p. 127.

13 apud CARNEIRO, Athos Gusmão. **O Litisconsórcio Facultativo Ativo Ulterior e os princípios do juiz natural e do devido processo legal.** RePro n. 96/201. São Paulo: RT.

> paira acima da própria intervenção dos juízes, que não a podem modificar para atender quaisquer interesses. Juiz que concorda em despachar assunto que não lhe foi previamente distribuído estará sempre sujeito a parecer suspeito de parcialidade aos olhos da parte contrária e do público.

In casu, a representação da autoridade policial, por motivo desconhecido, foi analisada e despachada pelo Magistrado Celso Antonio Schuch Santos, na condição de Juiz em substituição legal da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados (f. 82-4), no dia 22.4.2007 (domingo), sendo determinado que *"para garantia do sigilo das medidas aqui determinadas, o feito permanecerá em gabinete."*

Entrementes, o aludido pedido de providência só foi autuado e regularmente distribuído à 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, em 10.12.2007, sob o n. 0105083-48.2007.8.12.0002 (f. 61), ou seja, o Magistrado deferiu, de forma sucessiva, contínua, o pedido de monitoramento telefônico de várias pessoas sem que houvesse a regular distribuição do feito, por mais de 7 (sete) meses.

Chama atenção, ainda, o fato de que o Magistrado ora despachava como Juiz em substituição da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, substituição essa que, inexplicavelmente, perdurou por meses a fio, ora como Juiz da Titular da 3ª Vara Criminal (f. 257), o que demonstra que o Juízo não era certo, mas sim o Juiz, reforçando a ausência da livre distribuição do feito. Vicente Greco Filho[14] é categórico ao afirmar que "*não se admite a escolha de magistrado para determinado caso*".

A Juiza titular da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados era, à época dos fatos, e ainda é a Dra. Dileta Therezinha Souza Thomaz, e não o Magistrado Celso Antonio Schuch dos Santos, este titular da 3ª Vara Criminal da aludida comarca, recentemente aposentado.

Nos períodos em que o pedido de providências tramitou sigilosamente no gabinete do Magistrado, nem sequer foram comunicadas as decisões ao Ministério Públicos, o que veio a ocorrer somente após sete meses, em afronta ao art. 6º, *caput*, da Lei n. 9.296/1996[15].

Pelo que se nota, houve manifesta confusão entre trâmite sigiloso e trâmite clandestino. Sigiloso é todo documento, decisão, gravação etc., cujo conteúdo deve ser mantido sob segredo no melhor interesse da coletividade em especial para o sucesso da investigação. Já clandestino é tudo aquilo que se oculta, escamoteia etc., em prejuízo de todos e à margem do direito, ou seja, contra os interesses da coletividade, visto que não há forma de exercer qualquer tipo de controle. Sobreleve, aqui, reafirmar, que o pedido de providência foi mantido por mais de 7 (sete) meses às portas fechadas, no gabinete do magistrado, sem distribuição, autuação ou qualquer outro tipo de registro.

De tudo quanto foi dito, não restam dúvidas, pois, de que as interceptações telefônicas que ensejaram a instauração da Ação Penal n. 029.09.202017-6, em face do paciente, são nulas em decorrência da absoluta incompetência do magistrado que as permitiu, consoante o disposto no artigo 564, inciso I, do Código de Processo Penal, outrora abordado, sem perder de vista, outrossim, que a investigação secreta ou clandestina, configura grave ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF), por isso deve ser rechaçada.

Ademais, como já ressaltado, a hipótese em exame não revela situação em que, quando da decisão que autorizou a medida cautelar, se vislumbrava a competência do juízo, constatando-se a sua incompetência somente após as investigações.

14 GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**, São Paulo: Saraiva, 1989. p. 109.

15 Art. 6° Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

Pelo contrário, o caso dos autos retrata a incompetência *ab initio* do Magistrado, pois induvidoso que, seja como substituto da 1ª Vara Criminal ou como Titular da 3ª Vara Criminal, não possuía ele atribuição para autorizar as interceptações telefônicas, consoante as normas de competência previstas no Código de Processo Penal, como já se anotou.

Por derradeiro, cumpre assinalar que, em outras oportunidades semelhantes à presente, o Superior Tribunal de Justiça considerou nulas interceptações telefônicas autorizadas por magistrados que não eram competentes para processar e julgar a respectiva ação penal, por violação ao princípio do juiz natural.

> *HABEAS CORPUS*. PACIENTE DENUNCIADO PELA SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 319 E 333 DO CÓDIGO PENAL, E 90, 94 E 95 DA LEI N. 8.666/1993. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS. AUTORIZAÇÃO POR JUIZ INCOMPETENTE. INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE COMPETÊNCIA PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NO CÓDIGO JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. DESENTRANHAMENTO DA PROVA EM OUTRO INQUÉRITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. CONCESSÃO DA ORDEM.
>
> 1. Nos termos do artigo 1º da Lei n. 9.296/1996, a competência para deferir a interceptação telefônica no curso do inquérito policial é do juiz competente para a ação principal.
>
> 2. Prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual a competência para autorizar a interceptação telefônica no curso das investigações deve ser analisada com cautela, pois pode ser que, inicialmente, o magistrado seja aparentemente competente e apenas no curso das investigações se verifique a sua incompetência.
>
> 3. Esta não é, contudo, a hipótese dos autos, em que o pedido de interceptação telefônica foi requerido pelo Ministério Público diretamente ao Juízo de Direito da Vara do Júri, Execuções Criminais e Corregedoria da Polícia Judiciária, que deferiu a medida cautelar, a par de não possuir competência para tanto.
>
> 4. De acordo com as regras de competência previstas no Código de Processo Penal e no Código Judiciário do Estado de São Paulo, competiria a uma das Varas Criminais de Ribeirão Preto - que teria atribuição para julgar um futuro processo criminal decorrente das investigações - a apreciação do requerimento de interceptação de determinadas linhas telefônicas formulado pelo órgão ministerial.
>
> 5. Havendo quatro Varas Criminais com igual competência para processar e julgar eventual ação penal contra o paciente, o requerimento de interceptação telefônica deveria, consoante o artigo 75 do Código de Processo Penal, ter sido objeto de distribuição entre uma delas, o que não ocorreu, já que o pleito foi encaminhado ao Juiz Corregedor, titular da Vara do Júri e Execuções Criminais, em violação ao princípio do juiz natural.
>
> 6. A garantia do juiz competente não se restringe ao direito de ser processado e julgado por órgão previamente conhecido, também se aplicando às hipóteses de restrição de direitos fundamentais no curso do processo, notadamente as que pressupõem permissão judicial, como a busca e apreensão e a interceptação das comunicações telefônicas.
>
> 7. Concessão da ordem para declarar a nulidade das interceptações telefônicas e de toda a prova dela decorrente, determinando-se o seu desentranhamento dos autos. (*HC* n. 83632/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ de 20.9.2010)

> *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIMES MILITARES. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DECRETADA PELA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INCOMPETÊNCIA. NULIDADE DA PROVA COLHIDA.
>
> 1. Somente o juiz natural da causa, a teor do disposto no art. 1.º, Lei n. 9.296⁄96, pode, sob segredo de justiça, decretar a interceptação de comunicações telefônicas 2. Na hipótese, a diligência foi deferida pela justiça comum estadual, durante a realização do inquérito policial militar, que apurava a prática de crime propriamente militar (subtração de armas e munições da corporação, conservadas em estabelecimento militar).
>
> Deve-se, portanto, em razão da incompetência do juízo, declarar a nulidade da prova ilicitamente colhida.
>
> 3. Ordem concedida. (*HC* n. 49179⁄RS, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 5.9.2006, DJ de 30.10.2006, p. 341).
>
> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 299, PARÁGRAFO ÚNICO, E ART. 319 DO CÓDIGO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA PRO JUÍZO INCOMPETENTE. NULIDADE CONFIGURADA.
>
> I - O juiz competente para a ação principal é quem deve autorizar ou não a interceptação das comunicações telefônicas. (Precedente) II - *In casu*, declarada a competência do e. Tribunal *a quo* para processar e julgar o feito, devem ser desentranhadas dos autos as provas decorrentes da quebra de sigilo telefônico determinada por Juízo incompetente.
>
> Ordem concedida, para anular a decisão que determinou a interceptação telefônica do ora paciente, determinando o desentranhamento da prova nula, sem prejuízo das demais provas constantes do inquérito. (*HC* n. 43741⁄PR, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 23.8.2005, DJ de 10.10.2005, p. 405)

Na mesma esteira é o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

> Recurso Ordinário em *Habeas corpus*. 2. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que declarou a nulidade do processo criminal, *ab initio*, inclusive da denúncia, por incompetência da Justiça Federal. 3. Atos investigatórios mantidos, a serem apreciados pela Justiça Estadual. 4. Decerto, os atos investigatórios constantes do inquérito policial, da fase indiciária, não são nulos, *ut* art. 567 do CPP, porque não se revestem de caráter decisório, salvo aqueles de natureza constritiva de direito, que, possuindo essa índole, provêm de decisão judicial. 5. Recurso parcialmente provido para ampliar o deferimento do *habeas corpus* e considerar nula a decisão do Juiz Federal incompetente, quanto à autorização para a interceptação telefônica e quebra dos sigilos bancário e telefônico, sem prejuízo das demais provas constantes do inquérito policial que, autônomas, possam fundamentar a denúncia do Ministério Público Estadual. (*HC* n. 80197, Segunda Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 8.8.2000, DJ de 29.9.2000, PP-00100, EMENT VOL-02006-02, PP-00295) .

Portanto, são nulas as interceptações telefônicas produzidas no Pedido de Providências de n. 0105083-48.2007.8.12.0002 e que lastrearam a denúncia oferecida contra o paciente nos autos da Ação Penal n. 029.09.202017-6, visto que, por mais este motivo, foram analisadas e deferidas por autoridade incompetente, violando sobremaneira ao princípio do juiz natural.

I.c) Autorização de interceptação telefônica baseada em denúncia anônima – Inadmissibilidade – Nulidade da Prova

Como vimos de ver, o Juiz em substituição legal da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, Celson Antonio Schuch Santos, em 22.4.2007, dia em que se encontrava de férias, deferiu o pedido de monitoramento dos números dos telefones requeridos pela autoridade policial pelo prazo de 15 (quinze) dias (f. 82-4), uma vez que *"os fatos trazidos pela autoridade policial, e imputados, se em pleno desenvolvimento, merecem ser investigados"*, mediante representação da autoridade policial, baseada em denúncia anônima.

À medida que as interceptações e outros procedimentos eram realizados pelos agentes, novos contatos surgiam e novos fatos eram conhecidos, o que gerava novos pedidos da autoridade policial ao Juiz do caso. Isso gerou a indicação de monitoramento por mais de dois anos, sem a instauração de inquérito policial.

De fato, não se exige a prévia instauração do inquérito para a quebra do sigilo telefônico, caso a autoridade policial já detenha elementos da possível conduta delitiva e que justifique a adoção de medida cautelar excepcional, marcada, ontologicamente, pela necessidade e pela brevidade. Agora, interceptar a linha telefônica de eventual suspeito, indistintamente, durante mais de 2 (dois) anos, no aguardo de descobrir possível delito que até então não havia sido constatado nem referido na denúncia anônima, para, somente ao depois, formalizar a investigação, deturpa, a toda evidência, o permissivo concedido pela Lei n. 9.296/1996.

A orientação hoje acolhida nas Cortes Superiores do País é de que, em razão da vedação constitucional ao anonimato (art. 5°, IV, da CF), denúncias de autoria desconhecida não podem servir, por si sós, para embasar medidas de interceptação telefônica, de instauração de inquérito policial ou a deflagração de processo criminal, admitindo-se, apenas, que essas notícias silenciosas conduzam à realização de investigações preliminares pelos órgãos competentes.

Neste sentido:

> ANONIMATO - NOTÍCIA DE PRÁTICA CRIMINOSA - PERSECUÇÃO CRIMINAL - IMPROPRIEDADE.
>
> Não serve à persecução criminal notícia de prática criminosa sem identificação da autoria, consideradas a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal, de quem a implemente.[16]
>
> *HABEAS CORPUS*. SONEGAÇÃO FISCAL, LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO. DENÚNCIA ANÔNIMA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. NULIDADE DE PROVAS VICIADAS, SEM PREJUÍZO DA TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
>
> 1. Hipótese em que a instauração do inquérito policial e a quebra do sigilo telefônico foram motivadas exclusivamente por denúncia anônima.
>
> 2. Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedente do STJ. (*HC* n. 44.649⁄SP, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 8.10.2007).

16 *HC* n. 84827, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 7.8.2007, DJ de 23.11.2007.

> 3. Dispõe o art. 2°, inciso I, da Lei n. 9.296⁄96, que "não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando [...] não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal". A delação anônima não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária, mas mera notícia dirigida por pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denunciação caluniosa (art. 339 do Código Penal).
>
> 4. A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada".
>
> 5. Realizar a correlação das provas posteriormente produzidas com aquela que constitui a raiz viciada implica dilação probatória, inviável, como cediço, em sede de habeas corpus.
>
> 6. Ordem parcialmente concedida para anular a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico no Processo n. 2004.70.00.015190-3, da 2ª Vara Federal de Curitiba, porquanto autorizada em desconformidade com o art. 2°, inciso I, da Lei n. 9.296⁄96, e, por conseguinte, declarar ilícitas as provas em razão dela produzidas, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada. (*HC* n. 64.096⁄PR, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27.5.2008, DJ de 4.8.2008).
>
> INQUÉRITO POLICIAL. CARTA ANÔNIMA. O Superior Tribunal de Justiça não pode ordenar a instauração de inquérito policial, a respeito de autoridades sujeitas à sua jurisdição penal, com base em carta anônima. Agravo regimental não provido. (AgRg no Inq n. 355⁄RJ, Corte Especial, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 17.3.2004, DJ de 17.5.2004, p. 98).

Veja-se, ainda, a seguinte lição doutrinária:

> A denúncia anônima não pode fundamentar, direta e imediatamente, qualquer ato formal de persecução penal, seja no inquérito, seja no processo. Ao receber a delação, a autoridade deve verificar se a notícia de crime veiculada apresente, no contexto fático, qualquer indício de verossimilhança. Não se exige uma confirmação em nível de certeza, mas de possibilidade concreta, consubstanciada em circunstâncias fáticas que indiquem a materialidade do crime e levantem suspeita de autoria.
>
> Embora a regra seja de publicidade dos atos processuais, aí incluindo o inquérito policial, é da essência da investigação ser ela sigilosa. A autoridade poderá se valer, portanto, para verificação da procedência das informações veiculadas em denúncia anônima, de qualquer modalidade lícita de investigação, ressalvada as hipóteses constitucionais de inviolabilidade. Ou seja, a autoridade policial, apoiada estritamente na denúncia anônima, não poderá pleitear a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar, a quebra de sigilo das comunicações telefônicas etc., mas poderá efetuar levantamento de campo, infiltrar agentes, realizar campanas e buscas pessoais, entrevistar pessoas, de modo a reunir, ainda que em simples comunicação de serviço firmada por agentes de polícia, elementos de convicção capazes de fundamentar o início do procedimento formal de investigação, com todas as medidas a ele inerentes.

> Dessa maneira, a denúncia anônima será descartada do ponto de vista processual. A verificação da procedência das informações substituirá, para os fins da persecução criminal, integralmente a delação anônima, desvinculando totalmente o procedimento e as provas nele produzidas da *notitia criminis* original. Em suma, a mediação entre a denúncia anônima e as provas produzidas a partir da investigação formal é feita pela verificação da procedência das informações.[17]

Assim, no caso concreto, a meu sentir, muito embora se tente emprestar ares de legalidade à medida de quebra de sigilo telefônico, sob o argumento de que ela não derivou exclusivamente da denúncia anônima, mas também restou embasada em investigação preliminar da autoridade policial, o fato é que o Inquérito Policial só fora devidamente instaurado, após mais de 2 (dois) anos de monitoramento telefônico do paciente e de outras pessoas (f. 521), sendo certo que na época do originário pedido de monitoramento telefônico só se constatou que o genitor do paciente e sua família eram proprietários de várias empresas e automóveis, situação factual que não caracteriza indícios de cometimento de alguma infração penal.

Ressalta-se, ainda, que a denúncia anônima comunica a suposta prática de delitos por parte, única e exclusivamente, de Sizuo Uemura, não fazendo, em momento algum, qualquer referência à pessoa do paciente, filho de Sizuo, contudo, mesmo assim, sofreu o paciente violação de sua intimidade.

Nunca é demais frisar que a regra insculpida na Constituição vem consubstanciada no sentido de que *"a correspondência, as comunicações telegráficas, de dados e telefônicas são protegidas pelo sigilo (art. 5º, XII, da CF)"*.

A violação do sigilo telefônico é admitida pela norma constitucional, *para fins de investigação criminal ou instrução processual penal,* desde que a decisão que a determine *seja fundamentada* (art. 5º da Lei n. 9.296⁄96) e, *mais ainda, que tenham sido esgotados ou que inexistam outros meios de obtenção de prova,* conforme se depreende da Lei n. 9.296⁄96 que regulamentou a matéria. No inciso II do art. 2º, é afirmado, categoricamente, que "*não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando a prova puder ser feita por outros meios*."

É indispensável, assim, nos termos da norma constitucional e da norma legal que a regulamentou, a identificação clara e precisa dos indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal e a demonstração de que somente por meio dessa medida extrema se poderá apurar o ilícito penal sob investigação.

Dessa forma, a sistemática do nosso ordenamento jurídico constitucional não permite a movimentação de aparato investigatório oficial, seja ele qual for, sem um mínimo de prova, não sendo mesmo razoável que aqueles indícios de autoria possam ser recolhidos a partir somente de uma denúncia apoiada no anonimato do denunciante, sem o apoio em outros elementos probatórios mais densos, robustos e, principalmente, confiáveis.

Ainda que assim não fosse, abstraindo-se da análise da legalidade de se iniciar uma investigação e decretar a interceptação telefônica com base em denúncia anônima **e durante o final de semana**, não se pode olvidar que o próprio delegado, à f. 88, reconheceu que os fatos nela imputados não se confirmaram, o que, *per si*, seria suficiente para invalidar as interceptações telefônicas.

Tal constatação demonstra a falta de cautela na utilização da medida que representa uma exceção ao sigilo telefônico. Percebe-se, de forma clara, uma inversão de valores, principalmente com o postulado constitucional da inocência, inserido no artigo 5º, LVII, da Carta Magna. Com efeito, a sequência dos fatos, os procedimentos utilizados e a maneira pela qual o pedido de providência tramitou materializam

17 IENNACO, Rodrigo. **Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no Estado Democrático de Direito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, a. 14, n. 62, set-out. São Paulo: RT, 2006. p. 249.

manifesto atropelamento de direitos e garantias constitucionais, com evidente excesso na utilização dos meios investigativos tanto por parte da autoridade policial como pelo Judiciário, banalizando a utilização da interceptação telefônica.

A par disso, Grinover, Scarance e Magalhães[18] são elucidativos ao discorrerem que:

> [...] a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes.
>
> Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para melhor pesquisa da verdade; seu valor era um valor de verdade. Hoje bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas com normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia.
>
> [...]
>
> A inobservância de tais parâmetros – de índole constitucional -, pelo juiz, maculará a prova de ilicitude, com as conseqüências de inexistência, ineficácia e nulidade da sentença que nela se basear. (grifo nosso)

A título de ilustração, em matéria veiculada na Folha de São Paulo do dia 9.11.2008, assinada pelos jornalistas Alan Grip e Maria Clara Cabral, apurou-se o alarmante índice de que, só no ano de 2007 - **que coincide com o início da investigação aqui analisada** -, o Judiciário autorizou, precisamente, 375.633 (trezentas e setenta e cinco mil, seiscentos e trinta e três) interceptações telefônicas.

Não é por outro motivo que o Presidente da CPI dos Grampos, Deputado Marcelo Itagiba, declarou o seu espanto ao constatar a dimensão e a gravidade do problema. Ele afirmou: "*Esses dados inéditos comprovam o descontrole total e absoluto de todas as instituições que lidam com os grampos, da Justiça às polícias, passando pelas operadoras, que não têm controle dessas atividades.*"

Sobre esse aspecto, ressalto meu posicionamento pessoal de que as interceptações, quando realizadas de forma escorreita e amparada em outros elementos que permitam justificar a conduta adotada, podem ser renovadas até que se atinjam os objetivos almejados, contudo sem desrespeitar os direitos e garantias do investigado.

Por outro lado, no caso presente e sob um dos enfoques da impetração, o Ministério Público só foi tomar ciência do pedido de interceptação telefônica, após mais de 7 meses de grampo, tornando letra morta o comando do artigo 6º da Lei n. 9.296/96, devendo, dessa forma, as ilegalidades ser conhecidas e declaradas, não sendo razoável que o paciente seja processado com base em provas obtidas de maneira arbitrária, ao arrepio do arcabouço legal.

18 **As Nulidades no Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 146-7.

Ao deferir os pedidos de prorrogação, fundamentava-se que seria a única forma de apurar os ilícitos supostamente cometidos, pelo que se pode concluir, na verdade – e isso foi confirmado pelo delegado logo no primeiro relatório (f. 88) ao reconhecer que os fatos da denúncia anônima não se confirmaram – que não existia, qualquer tipo de indício acerca do crime pelo qual o paciente fora denunciado (corrupção ativa). Ocorreu que ao se grampear os telefones dos investigados, no intuito de averiguar a denúncia anônima, **por acaso**, a autoridade policial descobriu a possível prática de outros delitos que não constavam originariamente daquela carta apócrifa endereçada ao juiz federal da 3ª Vara Criminal.

Pelo teor das transcrições, não há ignorar eventual ligação do paciente com o crime arrolado na denúncia, todavia, em um Estado Democrático de Direito, os fins não podem justificar os meios.

Por mais esse motivo, a interceptação telefônica mostra-se ilegal, incapaz, assim, de fundamentar a ação penal movida.

I.d) Demais questões arguidas na impetração

Os impetrantes insurgiram-se contra o fato de a decisão proferida às f. 393-4 ter autorizado a interceptação telefônica pelo prazo contínuo de 30 (trinta) dias, em dissonância com o previsto no artigo 5º da Lei n. 9.296/96.

No entanto, compulsando os ofícios encaminhados às operadoras de telefonia (f. 397-404), infere-se que se determinou a autorização do monitoramento, nacionalmente, somente pelo prazo de 15 (quinze) dias, não havendo, desse modo, qualquer tipo de prejuízo.

Continuando, os impetrantes alegam que a autoridade policial teria omitido informações sobre o objeto das investigações e escondido relatórios de monitoramento anteriores, nas manifestações dirigidas às autoridades judiciárias.

Em que pesem as considerações acima, não há verificar, de forma cristalina e de plano, que o delegado responsável pela investigação tenha utilizado meio ardil no intuito de interferir nas decisões judiciais. Este ponto exige dilação probatória, o que é vedado nesta via, por isso deve ser rejeitado.

Acrescentam os impetrantes que o juiz estadual, mesmo tendo declinado da competência para a justiça federal, proferiu decisão prorrogando as interceptações telefônicas.

Com a devida vênia, não vislumbro irregularidade na conduta praticada, pois, enquanto não houver manifestação expressa do juízo declinado, admitindo o processamento do feito, o juiz declinante permanece responsável, podendo adotar as medidas que entender necessárias, com o objetivo de dar continuidade aos atos já iniciados ou mesmo àqueles que, pela finalidade, demandarem um atendimento mais célere.

A propósito, o magistrado Federal, verificando a situação dos autos e seguindo o parecer do Ministério Público Federal, determinou o retorno para a Justiça estadual, corroborando a competência do juízo 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados.

Por derradeiro, afirmam os impetrantes que a ordem de quebra do sigilo telefônico teria sido realizada de forma genérica, sem individualizar as partes atingidas.

De fato, na decisão judicial, não constam os nomes das partes, entretanto a autoridade policial, na representação de f. 79-80, detalhou com precisão, as pessoas sobre quem a intercepção iria recair e pelo fato de o magistrado, na parte dispositiva, ter feito remição aos números de telefones descritos no Ofício n. 0782/2007–DPF/DRS/MS, resta suprimida eventual irregularidade.

Assim, se não fossem pelos motivos abordados nos itens anteriores, a ordem pelos aqui pontuados, se fossem os únicos a fundamentar a impetração, não poderia ser concedida.

II - CONCLUSÃO

O constrangimento ilegal do paciente consubstancia-se no recebimento da denúncia baseada em prova ilícita, consistente em gravação de escuta telefônica, oriunda de um pedido de providência apresentado pela autoridade policial em pleno sábado e deferido pelo magistrado, sem jurisdição (pois estava em férias), no domingo.

As garantias constitucionais da intimidade, da privacidade e do sigilo telefônico, protegidas pelo art. 5º, X e XII, da Constituição Federal, exigem que a medida da interceptação telefônica deva ser objeto de prévia ordem emanada de autoridade competente. O artigo 1º da Lei n. 9.296/96 é expresso nesse sentido:

> Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

Na espécie, os mandamentos acima foram desrespeitados, seja porque a interceptação telefônica fora concedida por magistrado que estava em gozo de férias na data de 22.3.2007, logo, sem jurisdição, seja porque não houve a necessária distribuição do pedido de providência, violando o princípio do juiz natural, dando azo à sua manifesta incompetência. Trata-se do fenômeno da atipicidade constitucional.

Além disso, a quebra do sigilo telefônico foi autorizada com base em conjecturas deduzidas em denúncia anônima, procedimento este já analisado pelas Cortes superiores e severamente repelido, máxime quando o inquérito policial, formalizando a investigação, houver sido instaurado somente 2 (anos) e 2 (dois) meses após a concessão da medida cautelar.

Dúvidas não restam de que a interceptação telefônica encartada nos autos constitui prova ilícita, vedada pelo artigo 5º, LVI, da Constituição Federal c.c. o artigo 157 do Código de Processo Penal.

Por sua vez, é pacífico no Supremo Tribunal Federal[19] que "*A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due processo of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano de nosso sistema de direito positivo*".

De acordo com o teor denúncia (f. 49-55), extrai-se que a ação penal está pautada, exclusivamente, nas provas produzidas pelas interceptações telefônicas nos autos do Pedido de Providência n. 002.07.105083-5. Nessa esteira, levando em consideração as prejudiciais expostas, não há alternativa senão anulá-las, por completo, em conjunto com os demais atos praticados e, por medida lógica, trancar a ação penal em curso.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, concedo a ordem, a fim de declarar a nulidade absoluta do Pedido de Providência n. 002.07.105083-5 e com isso reconhecer a ilicitude da prova oriunda da interceptação telefônica, bem como dos demais atos dela decorrentes, com espeque nos fundamentos acima aduzidos.

19 *HC* n. 90376, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 3.4.2007.

Em razão disso, determino o trancamento da Ação Penal n. 029.09.202017-6, em trâmite perante a Vara Criminal da Comarca de Naviraí, por estar lastreada, exclusivamente, em procedimento nulo e provas ilícitas, não preenchendo, desse modo, os requisitos mínimos de admissibilidade.

Visto que as condutas praticadas nos autos do Pedido de Providência n. 002.07.105083-5, pelas autoridades envolvidas, podem, em tese, configurar ilícito penal, encaminhem-se cópia ao Ministério Público para ciência.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (1º Vogal)

Após analisar atentamente o bem fundamentado voto proferido pelo Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, que concedeu a ordem de *habeas corpus*, a fim de declarar a nulidade absoluta do Pedido de Providência n. 002.07.105083-5 e com isso reconhecer a ilicitude da prova oriunda da interceptação telefônica e os demais atos dela decorrentes, determinando o trancamento da Ação Penal n. 029.09.202017-6, em trâmite perante a Vara Criminal da Comarca de Naviraí, peço vênia para discordar parcialmente do ilustre relator. Isso porque, embora também reconheça a ilegalidade da interceptação telefônica e as provas dela oriundas, por tudo que já foi esmiuçado no voto inicial, não se pode descartar que outras provas, inclusive testemunhais, ao longo da instrução, dão sustentação à denúncia ofertada pelo Ministério Público Estadual, o que tornaria prematuro o trancamento da ação penal. É uma questão meramente processual.

Consta dos autos que o Delegado da Polícia Federal em Dourados-MS, Dr. Bráulio Cézar Galloni, em decorrência de denúncia anônima, inicialmente endereçada ao Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, comunicando-lhe supostos delitos praticados pela pessoa de Sizuo Uemura na cidade de Dourados e no Paraguai, representou por meio de Ofício n. 0782/2007–DPF/DRS/MS (f. 63-81), no dia 21.4.2007, pela autorização de interceptação telefônica das pessoas constantes do rol de f. 79-80, dentre eles o paciente, porquanto ***"seria o único meio de se responsabilizar todos os envolvidos na empreitada criminosa"***.

O juiz, supostamente em substituição legal da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, Celso Antonio Schuch Santos, no dia 22.4.2007, deferiu o pedido de monitoramento dos números dos telefones requeridos pela autoridade policial pelo prazo de 15 (quinze) dias (f. 82-4), visto que ***"os fatos trazidos pela autoridade policial, e imputados, se em pleno desenvolvimento, merecem ser investigados"***.

A partir do monitoramento telefônico das linhas telefônicas do paciente e de inúmeras outras pessoas e empresas ligadas a Sizuo Uemura e sua família, foi instaurado o Inquérito Policial de n. 114/09 que, uma vez relatado, deu origem a 4 (quatro) ações penais, dentre elas, a Ação Penal de n. 029.09.202017-6, em trâmite perante a Vara Criminal da Comarca de Naviraí, na qual o paciente foi denunciado juntamente com o corréu José Odair Gallo, pela suposta prática do delito previsto no art. 333 (corrupção ativa) do CP (f. 49-55).

A presente impetração tem como escopo dupla finalidade: **i)** reconhecer a nulidade absoluta das interceptações telefônicas encetadas pela Polícia Federal de Dourados-MS nos autos do Pedido de Providências n. 002.07.105083-5; **ii)** determinar o trancamento da Ação Penal n. 029.09.202017-6.

Pois bem. O ilustre relator, destacando as questões de maior relevo, entendeu por bem conceder a ordem de *habeas corpus*, reconhecendo a ilicitude da prova oriunda da interceptação telefônica e os demais atos dela decorrentes, determinando o trancamento da Ação Penal n. 029.09.202017-6, em trâmite perante a Vara Criminal da Comarca de Naviraí. Cito trechos do voto proferido pelo Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, *in verbis*:

I.a) Ato praticado por magistrado de férias – ausência de jurisdição – vício no procedimento - *error in procedendo* – nulidade absoluta – norma de ordem pública

Ao longo do arrazoado deduzido pelos impetrantes, um fato, apesar de ter sido abordado apenas num único parágrafo, sublinhou a atenção desse relator ante a sua interferência na validade da interceptação telefônica realizada, desde a sua origem, configurando, data máxima vênia, óbice intransponível para a continuidade da persecução penal.

Segundo a mais autorizada doutrina 'A competência passa a ser um critério legal de administração eficiente da atividade dos órgãos jurisdicionais, definindo previamente a margem de atuação de cada um, isto é, externando os limites do poder'[20].

Constitui noção cediça, que não é competente quem quer, mas quem pode segundo as determinações legais. A primeira condição de validade de qualquer ato, inclusive dos judiciais, é a competência do agente. Na falta de competência para a prática do ato, o ato é nulo, *ex vi* do artigo 564, I, do CPP. (Ver por todos, Caio Tácito, *in* o Abuso do poder administrativo no Brasil).

Além disso, para que os juízes possam exercer a jurisdição, é preciso que estejam regularmente investidos no cargo e em pleno exercício.

Conclui-se, assim, que os atos jurisdicionais estão sujeitos à observância de certos requisitos que a lei impõe. Se um ou mais atos praticados dentro do procedimento apresentem vícios ou defeitos, cuja imperfeição prejudique a regularidade processual/investigativa, tem-se, como conseqüência, a perda dos efeitos esperados. Corolário lógico, todos os atos deles decorrentes são nulos de pleno direito.

Pois bem. No caso em apreço, os impetrantes, às f. 12, alegam que o juiz que autorizou a interceptação telefônica, na data de 22.4.2007, Dr. Celso Antônio Schuch Santos, estava de férias, conforme escala publicada no Diário da Justiça n. 1388 (f. 527), cujo período previsto era de 2.4.2007 a 1.5.2007.

Diante disso, diligenciei pessoalmente perante o Conselho Superior da Magistratura (certidões em anexo), a fim de confirmar se realmente o magistrado estava em gozo de férias na referida data e, para surpresa, tomei conhecimento de que a alegação se ratificou.

O Dr. Celso Antônio Schuch Santos realmente estava de férias quando deferiu o Pedido de Providência, na qualidade de juiz substituto da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, autorizando a interceptação telefônica no dia 22.4.2007. Ocorre, por sua vez, que a juíza titular da 1ª Vara, Dra. Dileta Terezinha Souza Thomaz, não possui registro de ausência, licença, férias ou afastamento, no mês de abril daquele ano, por isso, não se sabe o motivo e a que título o Dr. Celso Antônio Schuch Santos a substituiu. O que se pode concluir, desde já, é que o fez de forma irregular.

Apesar de o Dr. Celso Antônio Schuch Santos ter despachado como substituto legal da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, no período compreendido entre abril de 2007 a junho de 2007, de acordo com a certidão acima mencionada, ele não era o magistrado escalado para o referido *mister,* sendo a Dra. Ellen Priscile Xandu Kaster Franco quem deveria ter conduzido o Pedido de Providência.

[...]

20 TÁVORA, Nestor. **Direito Processual Penal**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 235.

> Dito isso, indaga-se: De que maneira o Dr. Celso Antônio Schuch Santos poderia ter recebido e deferido o Pedido de Providência apresentado pela autoridade policial, se ele estava de férias, se inexistia sistema de plantão permanente, se não estava escalado para atuar em substituição na 1º Vara Criminal da Comarca de Dourados e nem mesmo existiam razões para se realizar o ato em pleno domingo?
>
> A situação é no mínimo inusitada!
>
> [...]
>
> A nulidade absoluta do Pedido de Providência e da interceptação telefônica, *ab initio*, resulta, portanto, do vício na atividade judicante e desrespeito as normas processuais, uma vez que a Dra. Dileta Terezinha Souza Thomaz, titular da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados não estava afastada; o Dr. Celso Antônio Shuch Santos não estava designado para substituí-la, além de inexistir motivos que obstassem a apresentação e o deferimento dos grampos no dia seguinte, com expediente normal.
>
> Mesmo que a magistrada titular da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, Dr. Dileta Terezinha Souza Thomaz, tenha assumido o feito (f. 393-4), em 12.3.2008, dada a extrema gravidade do vício, ele não se convalida de forma alguma.
>
> Conforme iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[21] 'as nulidades absolutas não se convalidam com o tempo, ou seja, não se sujeitam à preclusão, podendo ser declaradas de ofício e a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da condenação.'
>
> Dessarte, o Pedido de Providência n. 002.07.105083-5 é nulo e a prova oriunda das interceptações telefônicas ilícitas, contaminado os demais atos delas decorrentes.
>
> [...]

A título de conclusão, o eminente relator esclareceu demais circunstâncias que envolviam a petição inicial, resumindo-as da seguinte maneira:

> O constrangimento ilegal do paciente consubstancia-se no recebimento da denúncia baseada em prova ilícita, consistente em gravação de escuta telefônica, oriunda de um pedido de providência apresentado pela autoridade policial em pleno sábado e deferido pelo magistrado, sem jurisdição (pois estava de férias), no domingo.
>
> As garantias constitucionais da intimidade, da privacidade e do sigilo telefônico, protegidas pelo art. 5º, X e XII da Constituição Federal, exigem que a medida da interceptação telefônica deva ser objeto de prévia ordem emanada de autoridade competente. O artigo 1º da Lei n. 9.296/96 é expresso nesse sentido:
>
> Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e **dependerá de ordem do juiz competente da ação principal**, sob segredo de justiça.
>
> Na espécie, os mandamentos acima foram desrespeitados, seja porque a interceptação telefônica fora concedida por magistrado que estava em gozo de férias na data de 22.3.2007, logo, sem jurisdição, seja porque não houve a necessária distribuição do pedido de providência, violando o princípio do juiz natural, dando azo à sua manifesta incompetência. Trata-se do fenômeno da atipicidade constitucional.

21 AgRg no *HC* n. 83.112/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJ de 8.6.2009.

> Além disso, a quebra do sigilo telefônico foi autorizada com base em conjecturas deduzidas em denúncia anônima, procedimento este já analisado pelas cortes superiores e severamente repelido, máxime quando o inquérito policial, formalizando a investigação, houver sido instaurado somente 2 (anos) e 2 (dois) meses após a concessão da medida cautelar.
>
> Dúvidas não restam de que a interceptação telefônica encartada nos autos constitui prova ilícita, vedada pelo artigo 5º, LVI, da Constituição Federal c/c o artigo 157, do Código de Processo Penal.
>
> Por sua vez, é pacífico no Supremo Tribunal Federal[22] que 'A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, **para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos**, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "*due processo of law*", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano de nosso sistema de direito positivo'.
>
> De acordo com o teor denúncia (f. 49-55) extrai-se que a ação penal está pautada, exclusivamente, nas provas produzidas pelas interceptações telefônicas nos autos do Pedido de Providência n. 002.07.105083-5. Nessa esteira, levando em consideração as prejudiciais expostas, não há outra alternativa senão anulá-las, por completo, em conjunto com os demais atos praticados e, por medida lógica, trancar a ação penal em curso.
>
> [...].

Estaria perfeita, **sob o enfoque deste julgador**, a decisão do eminente relator, não tivesse ele, além de declarar nula a interceptação telefônica e as provas dela oriundas, determinado o trancamento da ação penal deflagrada contra o paciente. Explico.

Não se discute que o monitoramento telefônico era necessário para apuração de supostos delitos praticados pela pessoa de Sizuo Uemura na cidade de Dourados e no Paraguai. Isso é fato. Apenas se questiona a maneira como fora feito, havendo arbitrariedade e ilegalidade desde o nascedouro.

De fato, a decisão que deferiu o Pedido de Providências e determinou o monitoramento telefônico foi proferida por juiz sem jurisdição, já que estava em férias, e em um domingo, sem que estivesse de plantão (nem poderia), contaminando todos os demais atos e decisões dela provenientes. Aliás, deferiu, de forma sucessiva, o pedido de interceptação telefônica de várias pessoas, por mais de 7 (sete) meses. E o que é pior, sem que houvesse a normal distribuição do feito, instrumento de garantia da imparcialidade dos magistrados.

Patente, assim, a incompetência absoluta do Dr. Celso Antônio Schuch Santos, tendo havido violação ao princípio do juiz natural.

Também espanta o motivo que originou as interceptações telefônicas, assim como o prazo de sua duração.

Constata-se que o magistrado deferiu o pedido de monitoramento mediante representação da autoridade policial, **baseada em denúncia anônima**, o que contraria a orientação das Cortes Superiores, em razão da vedação constitucional ao anonimato. O pior é que houve monitoramento das linhas telefônicas durante aproximadamente 2 (dois) anos, na tentativa de se descobrir possível delito que até então não havia sido constatado, conforme reconheceu o próprio delegado (f. 88), sem a instauração de inquérito policial.

22 *HC* n. 90376, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 3.4.2007.

Ainda se não bastasse, convém destacar que a denúncia anônima comunicava a suposta prática de delitos por parte, única e exclusivamente, de Sizuo Uemura, não fazendo qualquer menção à pessoa do paciente, filho de Sizuo, mas, mesmo assim, violou-se a sua intimidade, monitorando-se sua linha telefônica. Logo a violação de sigilo telefônico, somente admitida pela norma constitucional para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que devidamente fundamentada (art. 5 da Lei n. 9.296/96, não sendo aceita quando a prova puder ser feita por outros meios (art. 2, II, da Lei n. 9.296/96).

Portanto, nesse aspecto, correta a decisão do relator que declarou a nulidade absoluta do Pedido de Providência n. 002.07.105083-5, reconhecendo a ilicitude da prova oriunda da interceptação telefônica e os demais atos dela decorrentes.

Já não posso dizer o mesmo com relação ao trancamento da Ação Penal n. 029.09.202017-6, em trâmite perante a Vara Criminal da Comarca de Naviraí.

Não é novidade a excepcionalidade do trancamento de ação penal por meio de *habeas corpus*, somente cabível quando evidentes a atipicidade da conduta, alguma causa extintiva de punibilidade ou a ausência de justa causa.

Nesse sentido, precedentes do Supremo Tribunal Federal:

> PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STF. ACÓRDÃO QUE SE BASEOU EM FUNDAMENTOS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA REFLEXA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL E ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> I – Como tem consignado o Tribunal, por meio da Súmula n. 282, é inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido. O fato de o agravante ter suscitado os temas nos embargos de declaração opostos contra a decisão que denegou a ordem, por si só, não conduz ao prequestionamento das matérias constitucionais, se o Tribunal *a quo* não se manifestou expressamente sobre elas.
>
> II – Este Tribunal entende não ser cabível o recurso extraordinário quando a apreciação dos temas constitucionais demanda o prévio exame de legislação infraconstitucional (art. 41 do CPP). Assim, a afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o apelo extremo.
>
> III – **O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte no sentido de que o trancamento de ação penal constitui medida reservada a hipóteses excepcionais, como "a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas"** (*HC* n. 91.603, Relª. Minª. Ellen Gracie).
>
> IV – Não há, nos autos, elementos suficientes para o devido exame do pedido de extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva, mormente quanto a todas as causas interruptivas da prescrição.
>
> V – Agravo regimental improvido. (REsp n. 628059 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13.4.2011, DJ n. 083 DIVULG 4.5.2011, PUBLIC 5.5.2011, EMENT VOL-02515-01, PP-00176)

> *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA E INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE SATISFAZ OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E POSSIBILITA O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ORDEM DENEGADA. Não é inepta a denúncia que, como no caso, narra a ocorrência de crimes em tese, bem como descreve as suas circunstâncias e indica os respectivos tipos penais, viabilizando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal. Além disso, **o trancamento de ação penal, principalmente por meio de habeas corpus, é medida reservada a hipóteses excepcionais, como "a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas"** (*HC* n. 91.603, Relª. Minª. Ellen Gracie, DJ n. 182 de 25.9.2008), o que não é caso. Daí por que a existência ou não de justa causa, no caso, deve ser discutida no âmbito da ação penal já iniciada. Ordem denegada. (*HC* n. 100246, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 12.4.2011, DJ 79, DIVULG 28.4.2011, PUBLIC 29.4.2011, EMENT VOL-02511-01, PP-00073)[23]

No mesmo sentido é a posição do STJ: ***"A teor da orientação jurisprudencial desta Corte, o trancamento de inquérito policial por ausência de justa causa, pela via do habeas corpus, só se justifica quando constatado, de pronto, a atipicidade da conduta ou absoluta falta de indícios de materialidade e autoria do delito por parte do acusado, hipóteses não verificadas no presente caso."***[24]

In casu, as gravações levadas a efeito contra o paciente, por terem sido produzidas mediante interceptação telefônica autorizada em desconformidade com os requisitos legais, bem como todas as demais provas delas decorrentes, abrangidas em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada, adotada pelo STF (*HC* n. 90.376/RJ, Min. Celso de Melo, DJ de 18.5.2007), são ilícitas e, conforme o disposto no art. 5, LVI, da Constituição Federal, **inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação**. É o que conclui o Min. Arnaldo Esteves Lima, no julgamento do *HC* n. 64.096/PR.

Não destoa desse entendimento a jurisprudência colacionada pelo e. relator, senão vejamos:

> *HABEAS CORPUS*. PACIENTE DENUNCIADO PELA SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 319 E 333 DO CÓDIGO PENAL, E 90, 94 E 95 DA LEI N. 8.666/1993. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS. AUTORIZAÇÃO POR JUIZ INCOMPETENTE. INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE COMPETÊNCIA PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NO CÓDIGO JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. DESENTRANHAMENTO DA PROVA EM OUTRO INQUÉRITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. CONCESSÃO DA ORDEM.
>
> 1. Nos termos do artigo 1º da Lei n. 9.296/1996, a competência para deferir a interceptação telefônica no curso do inquérito policial é do juiz competente para a ação principal.
>
> 2. Prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual a competência para autorizar a interceptação telefônica no curso das investigações deve ser analisada com cautela, pois pode ser que, inicialmente, o magistrado seja aparentemente competente e apenas no curso das investigações se verifique a sua incompetência.
>
> 3. Esta não é, contudo, a hipótese dos autos, em que o pedido de interceptação

23 94705, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 9.6.2009.

24 STJ, *HC* n. 45.713/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), julgado em 2.2.2010, DJ de 1.3.2010.

telefônica foi requerido pelo Ministério Público diretamente ao Juízo de Direito da Vara do Júri, Execuções Criminais e Corregedoria da Polícia Judiciária, que deferiu a medida cautelar, a par de não possuir competência para tanto.

4. De acordo com as regras de competência previstas no Código de Processo Penal e no Código Judiciário do Estado de São Paulo, competiria a uma das Varas Criminais de Ribeirão Preto - que teria atribuição para julgar um futuro processo criminal decorrente das investigações - a apreciação do requerimento de interceptação de determinadas linhas telefônicas formulado pelo órgão ministerial.

5. Havendo quatro Varas Criminais com igual competência para processar e julgar eventual ação penal contra o paciente, o requerimento de interceptação telefônica deveria, consoante o artigo 75 do Código de Processo Penal, ter sido objeto de distribuição entre uma delas, o que não ocorreu, já que o pleito foi encaminhado ao Juiz Corregedor, titular da Vara do Júri e Execuções Criminais, em violação ao princípio do juiz natural.

6. A garantia do juiz competente não se restringe ao direito de ser processado e julgado por órgão previamente conhecido, também se aplicando às hipóteses de restrição de direitos fundamentais no curso do processo, notadamente as que pressupõem permissão judicial, como a busca e apreensão e a interceptação das comunicações telefônicas.

7. Concessão da ordem para declarar a nulidade das interceptações telefônicas e de toda a prova dela decorrente, determinando-se o seu desentranhamento dos autos. (*HC*/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ de 20.9.2010) (destaquei)

Aliás, a jurisprudência acima também foi citada pelos próprios impetrantes, conforme se verifica às f. 8 dos memoriais que me foram entregues em gabinete em 29.7.2011, sexta-feira anterior à data do julgamento.

Destaco, por oportuno, outros julgados trazidos pelo ilustre relator:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES MILITARES. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DECRETADA PELA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INCOMPETÊNCIA. NULIDADE DA PROVA COLHIDA.

1. Somente o juiz natural da causa, a teor do disposto no art. 1º, Lei n. 9.296/96, pode, sob segredo de justiça, decretar a interceptação de comunicações telefônicas 2. Na hipótese, a diligência foi deferida pela justiça comum estadual, durante a realização do inquérito policial militar, que apurava a prática de crime propriamente militar (subtração de armas e munições da corporação, conservadas em estabelecimento militar).

2. Deve-se, portanto, em razão da incompetência do juízo, declarar a nulidade da prova ilicitamente colhida.

3. Ordem concedida. (destaquei) (*HC* n. 49179/RS, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, julgado em 5.9.2006, DJ de 30.10.2006, p. 341).

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ARTS. 299, § ÚNICO, E 319 DO CÓDIGO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA PRO JUÍZO INCOMPETENTE. NULIDADE CONFIGURADA.

I - O juiz competente para a ação principal é quem deve autorizar ou não a interceptação das comunicações telefônicas. (Precedente) II - *In casu*,

declarada a competência do e. Tribunal *a quo* para processar e julgar o feito, devem ser desentranhadas dos autos as provas decorrentes da quebra de sigilo telefônico determinada por Juízo incompetente. Ordem concedida, para anular a decisão que determinou a interceptação telefônica do ora paciente, determinando o desentranhamento da prova nula, sem prejuízo das demais provas constantes do inquérito. (destaquei) (*HC* n. 43741/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 23.8.2005, DJ de 10.10.2005, p. 405)

Recurso Ordinário em *Habeas corpus*. 2. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que declarou a nulidade do processo criminal, *ab initio*, inclusive da denúncia, por incompetência da Justiça Federal. 3. Atos investigatórios mantidos, a serem apreciados pela Justiça Estadual. 4. Decerto, os atos investigatórios constantes do inquérito policial, da fase indiciária, não são nulos, *ut* art. 567 do CPP, porque não se revestem de caráter decisório, salvo aqueles de natureza constritiva de direito, que, possuindo essa índole, provêm de decisão judicial. 5. Recurso parcialmente provido para ampliar o deferimento do *habeas corpus* e considerar nula a decisão do Juiz Federal incompetente, quanto à autorização para a interceptação telefônica e quebra dos sigilos bancário e telefônico, sem prejuízo das demais provas constantes do inquérito policial que, autônomas, possam fundamentar a denúncia do Ministério Público Estadual. (destaquei) (*HC* n. 80197, Segunda Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 8.8.2000, DJ de 29.9.2000, PP-00100, EMENT VOL-02006-02, PP-00295)

HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL, LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO. DENÚNCIA ANÔNIMA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. NULIDADE DE PROVAS VICIADAS, SEM PREJUÍZO DA TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Hipótese em que a instauração do inquérito policial e a quebra do sigilo telefônico foram motivadas exclusivamente por denúncia anônima.

2. Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedente do STJ (*HC* n. 44.649/SP, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 8.10.2007).

3. Dispõe o art. 2°, inciso I, da Lei n. 9.296/96, que "não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando [...] não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal". A delação anônima não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária, mas mera notícia dirigida por pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denunciação caluniosa (art. 339 do Código Penal).

4. A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada".

> 5. Realizar a correlação das provas posteriormente produzidas com aquela que constitui a raiz viciada implica dilação probatória, inviável, como cediço, em sede de *habeas corpus*.
>
> 6. Ordem parcialmente concedida para anular a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico no Processo n. 2004.70.00.015190-3, da 2ª Vara Federal de Curitiba, porquanto autorizada em desconformidade com o art. 2°, inciso I, da Lei n. 9.296/96, e, por conseguinte, declarar ilícitas as provas em razão dela produzidas, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada." (destaquei) (*HC* n. 64.096/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27.5.2008, DJ de 4.8.2008).

Nota-se, em todos os julgados, que se concedeu a ordem para declarar nula a interceptação telefônica, determinando o seu desentranhamento dos autos, sem prejuízo das demais provas constantes do inquérito que pudessem fundamentar a denúncia. Jamais houve trancamento da ação penal em curso.

A denúncia imputa ao paciente Eduardo Takashi Uemura a suposta prática do crime de corrupção ativa (art. 333, CP), pois teria oferecido vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar ato de ofício. Trata-se do vereador José Odair Gallo, que, na condição de vereador e Presidente da Câmara Municipal, em razão da promessa de emprego a seu irmão Sérgio Roberto Gallo, vulgo "Galinho", não mediria esforços no intento de agenciar a desapropriação de um terreno nos moldes desejados pelo paciente, acelerando o trâmite para a aprovação da lei necessária para viabilizar a pretendida desapropriação e doação do terreno à empresa do paciente Eduardo.

Portanto, nada impede que "Galinho" confesse, por exemplo, a versão narrada na exordial acusatória, dando guarida à persecução penal. O mesmo se diga em relação às demais testemunhas arroladas na denúncia, dentre elas, o prefeito de Naviraí, Zelmo de Brida, bem como de prova técnica ou pericial, quiçá o livro de registro de empregados que, em tese, poderia provar a contratação do irmão de um dos denunciados. Exemplifiquei, apenas.

Assim, não obstante as ponderações do relator, tenho por temerário fulminar a ação penal em questão tão somente em virtude da ilicitude da interceptação telefônica realizada, mesmo porque é possível que ocorra a coleta de alguma prova nova e independente, levada à polícia ou ao MP sem o conhecimento do teor das escutas telefônicas.

Aliás, ainda que constitua árdua tarefa, nada impede que a autoridade policial recomece as averiguações por outra linha de investigação, visto que o procedimento ainda não foi encerrado.

Ante tais considerações, peço *venia* ao ilustre relator para, não obstante reconhecer a ilicitude da prova em questão, denegar a ordem de *habeas corpus*, declarando nulo o Pedido de Providência n. 002.07.105083-5 e com isso reconhecer a ilicitude da prova oriunda da interceptação telefônica e os demais atos dela decorrentes, determinando o seu desentranhamento dos autos, sem prejuízo, no entanto, da tramitação da ação penal, cuja conclusão dependerá de produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada.

Portanto, por entender que a pretensão dos impetrantes não pode ser atendida, no sentido de ***"determinar o trancamento da Ação Penal n. 029.09.202017-6, em andamento perante a Vara Criminal da Comarca de Naviraí/MS"***, voto contrariamente ao ilustre relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (2º Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 1º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 1º de agosto de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.015898-9 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – VÍTIMA COM *DEFICIT* COGNITIVO – IDADE MENTAL DE SEIS ANOS – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – PROVAS SEGURAS – DOSIMETRIA DA PENA – APLICAÇÃO DE ATENUANTES – PENA REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Provas colhidas na instrução processual demonstram, com segurança, que não se tratou de uma relação sexual consentida. Vítima tinha comportamento de criança de seis anos, nem sequer compreendia o convite feito pelo apelante. Dosimetria da pena correta, pena no mínimo legal. Impossibilidade de redução aquém do mínimo com base em atenuantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 19 de setembro de 2011.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de apelação criminal interposta por Juscelino da Silva Vieira contra a sentença que o condenou nos termos do art. 217-A, § 1º, do CP, sendo fixada pena de 8 anos de reclusão, com regime inicial semiaberto.

Pugna pela absolvição, sustentando que não foi demonstrado com segurança que cometeu tal delito, devendo ser absolvido em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*. Relata que o apelante não estuprou a vítima, uma adolescente com deficiência mental, mas praticou relação consensual, desconhecendo que ela tivesse alguma debilidade.

Não sendo absolvido, requer a redução da pena-base, tendo sido fixada em oito anos sem a devida fundamentação. (f. 252-6)

O Órgão Ministerial e a Procuradoria de Justiça manifestam-se pelo conhecimento e não provimento do recurso. (f. 258-60; 270-3)

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Extrai-se dos autos que Juscelino da Silva Vieira foi condenado nos termos do art. 217-A, § 1º, do CP, por ter mantido relação sexual com uma adolescente que não tinha o necessário discernimento, por ser portadora de deficiência mental.

Sustenta que deve ser absolvido, com base no princípio do *in dubio pro reo*, por não ter sido cabalmente demonstrado que obrigou a vítima a praticar o ato sexual. Afirma que a relação foi consensual e que desconhecia a limitação cognitiva da adolescente. Pugna, ainda, pela redução da pena.

O apelo não deve ser provido.

Inicialmente, quanto à materialidade e autoria, colaciono a fundamentação exposta pela magistrada sentenciante:

> A condição de vulnerável da vítima é comprovada pelo laudo médico-psiquiátrico de f. 195-00 que revela que a vítima tem o desenvolvimento mental retardado, não tinha a capacidade de entender a natureza do relacionamento sexual proposto pelo réu e as consequências dele decorrentes e nem tinha condições de determinar-se de acordo com esse entendimento.
>
> A autoria recai incontestavelmente sobre a pessoa do réu, conforme se extrai do depoimento da irmã da vítima Marinez Dornelles (f. 17 e 150-3), da própria vítima (f. 14-5 e 136-8) e do interrogatório do réu, durante o qual não negou ter se relacionado sexualmente com a adolescente (f. 42-3 e 170-80).
>
> Na Delegacia Especializada de Proteção à Criança e ao Adolescente a vítima relatou que participava de uma atividade escolar no Clube Cinco de Maio, aonde chegaram alguns rapazes estranhos. Um desses rapazes a chamou, ela aproximou-se e trocaram algumas palavras. Na hora do almoço, foi novamente chamada pelo rapaz com quem conversara e ele perguntou "você é virgem? Qué experimentá (sic)". Não obstante a negativa da vítima à proposta, ele orientou que ela fosse para o banheiro, mandou que ela se deitasse no chão, despiu-a, beijou-a na boca e praticou coito vaginal. A vítima gritou para que ele parasse de agredi-la, mas ele passou a tapar sua boca com a boca dele e, ao terminar o ato sexual, saiu do banheiro sem falar nada e foi embora deixando-a no chão.
>
> Em juízo não foi possível colher o depoimento da vítima que se apresentou sem condições emocionais para tanto, vindo a ser determinada a realização de exame pericial.
>
> O psiquiatra forense no exame psíquico da vítima apontou (f. 197) "escutava as perguntas, apresentando leve dificuldade em focar a atenção voluntária. Há dificuldades leves de compreensão amplificadas por fatores emocionais. Sua afetividade é rudimentar, tal qual uma criança com cerca de seis anos de idade, humor estável, com tonalidade depressivo-ansiosa. Não há interesse/desejo sexual manifesto [...] Quanto às funções impressivo-gnósticas, há dificuldade na elaboração de conceitos, juízo deficitário e alterações de raciocínio."
>
> Esses esclarecimentos justificam o fato de Maíza ter atendido a sugestão do réu de ir ao banheiro, A afetividade de uma criança de seis anos, aliada ao defeito intelectual impediram que ela vislumbrasse o perigo daquela situação e permitiu que ela se afastasse do grupo e fosse para o local indicado pelo réu, aonde ele, às custas da imaturidade da vítima se pôs a satisfazer a lascívia. [...]
>
> Importante observar que no exame psíquico como acima transcrito, o perito observou "Não há interesse/desejo sexual manifesto". Ou seja, apesar da idade cronológica de 16 anos, no tocante ao desenvolvimento sexual, a vítima ainda estava na fase da Latência, descrita por Freud como o período em que há um deslocamento da libido da sexualidade para

> atividades socialmente aceitas, ou seja, a criança passa a gastar sua energia em atividades sociais e escolares. É o investimento no outro, em coisas do exterior. Não há impulso sexual nessa fase, não há interesse em relacionar-se sexualmente. Ou seja, diferentemente do que disse o réu, Maíza não pegou na mão do acusado, não correu atrás dele em direção ao banheiro e nem se ofereceu sexualmente para ele porque ela tem o desenvolvimento sexual de uma criança de seis anos de idade.
>
> Evidenciado está que o réu aproveitou-se da ingenuidade e vulnerabilidade da vítima para submetê-la à prática de conjunção carnal. (f. 230-3).

Constata-se que houve uma criteriosa análise pela magistrada sentenciante acerca da vontade do réu, da vulnerabilidade da vítima e da situação em que os fatos ocorreram.

Por ocasião do interrogatório do apelante, a juíza *a quo* foi precisa em seus questionamentos, extraindo-se a improbabilidade de ter ocorrido uma relação consentida, uma vez que a vítima nem sequer sabia exatamente o que estava ocorrendo entre ela e o autor, diante do fato de se comportar como uma criança, que nem expressa desejo sexual.

Trata-se de um trecho longo, mas indispensável para a compreensão dos fatos. Vejamos:

> Juíza: Você foi sozinho?
>
> Réu: Foi eu e uns amigos meus.
>
> Juíza: Quantos amigos, mais ou menos?
>
> Réu: 03. [...]
>
> Juíza: Hum-hum. E como foi que essa questão aqui do seu relacionamento com a Maísa, o que aconteceu?
>
> Réu: Isso aí vou explicar bem a verdade para a senhora. Eu não conhecia ela, eu estava sentado lá de boa, estava um amigo meu com a namorada dele, essa menina chegou em mim para me conhecer e tudo mais.
>
> Juíza: A Maísa chegou?
>
> Réu: Sim senhora.
>
> Juíza: Como ela te abordou?
>
> Réu: Não, ela chegou em mim, pegou na minha mão, sentou do meu lado, a gente começou a conversar, aí a gente foi lá pra dentro e aconteceu senhora.
>
> Réu: Só que eu não obriguei ela a nada. [...]
>
> Juíza: E como ela fez pra te propor uma relação sexual?
>
> Réu: Não, ela tava insistindo pra mim, eu falei pra ela, se o pai dela [...] Perguntei do pai dela, ela falou que não ia falar nada. [...]
>
> Juíza: Aham. E quando você perguntou a ela, se ela era filha do Gaúcho, você ficou sabendo então que ela era filha de pai bravo?
>
> Réu: Sim. A partir desse momento eu já falei que[...]Ela subiu pra lá, eu fiquei lá.

Juíza: Você não queria nada com ela?

Réu: Não.

Juíza: Hum-hum. Mas aí depois vocês acabaram indo para o banheiro?

Réu: Sim senhora.

Juíza: Como foi isso? Que você tinha[...]Você perguntou pra ela depois de transar com ela?

Réu: Antes.

Juíza: Antes? Tá. Aí ela falou que era filha do gaúcho?

Réu: Não, aí eu peguei e falei para os meninos assim, falei: "ó, fala para ela subir, ela é filha do Gaúcho, eu não quero nada com essa guria não". Aí eu entrei para o banheiro, aí ela entrou lá.

Juíza: Ela entrou atrás de você?

Réu: Aí[...]

Juíza: Aí lá no banheiro como é que foi, você[...]Ela diz aqui que você falou para ela deitar no chão e tirou a roupa dela.

Réu: Não. Tinha um banco, nós dois sentamos no banco, começamos a namorar normal e aconteceu senhora. [...]

Juíza: E depois que vocês saíram do banheiro o quê que você fez?

Réu: Eu fui lá, falei com os guris tudinho que estava acontecendo, aí eu vi um monte de gente descendo, pulei o muro e fui embora.

Juíza: Por quê você pulou o muro?

Réu: Ah, com medo. Na hora assustado.

Juíza: Mas assustado por quê?

Réu: Uai, não sei, do que podia acontecer lá na hora.

Juíza: Mas a sua preocupação era em que sentido, estava assustado por quê? É isso que eu preciso entender. Que você me disse que a relação foi consentida, a menina que quis, você estaria assustado por quê?

Réu: Mas o pessoal ia acreditar mais nela do que em mim né, senhora.

Juíza: Hum-hum.

Réu: Justamente ainda sabendo que ela tinha esse problema aí ó.

Juíza: Então, mas você só foi pensar nisso depois que teve a relação sexual com ela?

Réu: Sim senhora. Porque eu não tinha percebido nada. [...]

Réu: A gente não estava namorando senhora, eu conheci ela naquele dia, naquela hora lá.

Juíza: E por quê você se relacionou sexualmente então com uma menina que tinha acabado de conhecer?

Réu: Isso aí, eu não sei senhora, eu sou homem.

Juíza: Então o fato de você ser homem te autoriza a não respeitar a liberdade sexual das mulheres?

Réu: Não senhora. Eu tinha falado pra ela, falei: "ó, eu não quero e ela (inaudível)".

Juíza: Você sabia que era uma moça de família?

Réu: Sim senhora.

Juíza: Que ela estava em um evento da escola?

Réu: Sim senhora.

Juíza: Você conversou com ela tão pouco que não conseguiu perceber que ela era uma moça que tinha limitações cognitivas e já transou com ela.

Réu: Mas não foi nem 1 minuto senhora, não deu nem um minuto senhora. [...]

Juíza: Quantas vezes você já fez isso com outras moças?

Réu: Com outras moças?

Juíza: É. De conversar um minuto e levar para o banheiro e ter relação sexual?

Réu: Não. (inaudível). Inclusive eu até estava namorando agora.

Juíza: Lá nesse evento tinha outras meninas tendo relação sexual com outros rapazes?

Réu: Não senhora. Eles estavam só sentados no banco, conversando, só que já namorava fora da escola, os pais sabem.

Juíza:Entao aquele evento ali, não era um evento apropriado para esse tipo de relacionamento, era um evento escolar.

Réu: Exatamente. (f. 174-7)

Como o apelante mesmo reconheceu, o local era impróprio para a ocorrência de um ato sexual. Além disso, admitiu que nem sequer conversou com a vítima, que sabia tratar-se de uma menina recatada e com um pai com fama de "bravo".

Ainda assim, aproveitou-se do descuido de orientadores e professores que acompanhavam os estudantes no evento, no qual entrou mesmo sem ser aluno da escola que o promovia, e conduziu a adolescente ao banheiro, restando claro que a vítima o acompanhou sem saber exatamente do que se tratava o convite do rapaz, dada sua limitação cognitiva.

Tal situação fica evidente no relato da adolescente feito à assistente social Neide de Oliveira Santos, logo após os fatos:

> [...] Tava com umas colegas dela, quando avistou um grupo de uns cinco rapazes, aí ela, ele, um deles chamou por ela assim com um gesto né, e ela se aproximou do grupo, aí um desses rapazes pegou e perguntou se ela era filha desse Gaúcho[...]Aí disse que foi essa conversa, aí ela se afastou desse rapaz e voltou para o grupo que ela estava[...] Aí, quando foi por volta das dez e meia, próximo ao horário de almoço, veio um garotinho, segundo ela não sabe o nome, mas diz que ele é estatura pequena, meio gordinho e falou assim: "O cara tá te chamando, que é pra você ir lá falar com ele" [...]Aí esse rapaz pegou e perguntou pra ela assim: **"Você é virgem?", aí ela falou que era, ele falou assim: "Você quer experimentar?", segundo ela não sabia experimentar o que, mas ela falou que não,** na hora que eu entrevistei ela tava chorando muito, tava muito, muito, nervosa, e aí ele pegou e falou assim: **"Olha você faz de conta que tá andando assim, você entra ali no banheiro, no vestiário de banho". Aí ela pegou e fez isso, entrou lá e em seguida ele entrou e já foi tirando a roupa dela**[...] (f. 148) (g.n.)

Colaciono, também, conclusões do psiquiatra forense Rodrigo Abdo:

> A periciada tem desenvolvimento mental retardado; A periciada não consentiu em se relacionar com Juscelino da Silva Vieira no dia 9.4.2010 no clube 5 de maio; Por ocasião dos fatos a periciada não tinha capacidade de entender a natureza do relacionamento sexual proposto pelo réu; A periciada não tinha condições de determinar-se de acordo com esse entendimento. (f. 197)

Diante de todas as informações expostas, constata-se que correta a condenação nos termos do art. 217-A, § 1º, do Código Penal.

Resta a análise quanto à dosimetria da pena. O apelante requereu a redução da pena-base, tendo sido fixada em oito anos sem a devida fundamentação.

A magistrada fixou a pena-base do apelante seis meses acima do mínimo legal, ou seja, em 8 anos e seis meses de reclusão, reduzindo-a, na segunda fase, ao mínimo legal, oito anos, por se tratar de agente menor de 21 anos à época dos fatos e por ter confessado a conduta. Como bem destacou o Procurador de Justiça em seu parecer, incabível reduzir a pena abaixo do mínimo legal com base em atenuantes. Não foram constatadas causas de aumento e diminuição, restando a pena em oito anos.

Logo, não há reparos a serem feitos na dosimetria da pena.

Do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência da Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargador Dorival Moreira dos Santos, Juiz Francisco Gerardo de Sousa e Desembargador João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 19 de setembro de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.016818-6 - Glória de Dourados
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA – CONDENAÇÃO SEM APLICAÇÃO DE PENA – RECONHECIMENTO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – RECURSO MINISTERIAL – DECISÃO ACERTADA – RECONCILIAÇÃO FAMILIAR – INADEQUAÇÃO DA PUNIÇÃO – DIREITO PENAL ÚLTIMA *RATIO* – APELO NÃO PROVIDO.

A reconciliação do casal autoriza a aplicação do princípio da bagatela imprópria, na busca da proteção da união familiar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 4 de agosto de 2011.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Órgão Ministerial contra a sentença que deixou de aplicar pena para Vilson Camilo de Souza, ao reconhecer a insignificância penal do fato.

Informa que o apelado foi denunciado nos termos do art. 359 do Código Penal, diante da desobediência de medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha. Pugna pela reforma da sentença, que aplicou a bagatela imprópria, a fim de que seja penalizado pelo descumprimento de ordem judicial.

Sustenta que se trata de fato relevante, devendo a sentença ser reformada em respeito à prevenção geral e especial da aplicação da pena (f. 118-22).

Em contrarrazões, o apelado pugna pelo não provimento do recurso ministerial. (f. 134-5.)

A Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo provimento do apelo. (f. 141-5).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Vilson Camilo de Souza foi denunciado por descumprimento de decisão judicial, que o proibiu de se aproximar de sua ex-companheira à distância inferior a 250 metros. O magistrado reconheceu que a conduta

foi praticada, porém, com base na bagatela imprópria, deixou de aplicar a pena, diante do fato de que o casal voltou a conviver em harmonia.

O órgão ministerial insurge-se contra a fundamentação, considerando que deve ser o apelado punido, em respeito à prevenção geral e especial atribuída à pena.

O magistrado assim analisou os fatos:

> Considerando as particularidades da desobediência em questão, que é voltada a uma pessoa em específico (o acusado), forçoso reconhecer que a autoria e materialidade se confundem, pois uma vez configurada a materialidade automaticamente estará demonstrada a autoria. Ou seja, somente haverá fato típico se o réu (e não outra pessoa qualquer) se aproximar da vítima em espaço inferior ao que lhe foi determinado guardar distância. Assim, materialidade e autoria restaram demonstradas pelo auto de prisão em flagrante de f. 6 e pela confissão (f. 91-2), bem como depoimento da testemunha José Carlos Marinho de Souza (f. 90):
>
> No dia dos fatos, recebeu comunicação de que o irmão da vítima reportara que o acusado havia ameaçado a vítima[...] o acusado foi localizado em frente ao bar da Neusa, cerca de 150 ou 200 metros do local dos fatos[...].
>
> Considerando que a ordem judicial proibia o acusado de se aproximar menos de duzentos e cinqüenta metros da ofendida, inequívoco que o crime restou caracterizado. Quanto às teses de defesa, afastada a nulidade invocada, é de se acolher a segunda delas, nos termos que se expõe. Acusado e vítima voltaram a conviver juntos um mês depois dos fatos, tendo a última afirmado que quando sóbrio o réu é pessoa respeitosa e educada, sendo que, se dependesse dela (vítima), desistiria da ação. A testemunha de f. 90 informa que vítima e acusado voltaram a viver juntos e não houve notícia de qualquer desavença posterior aos fatos, anotada a relevante circunstância de o depoente ser policial militar nesta pequena comarca, onde todos se conhecem. Pois bem. Entendo que em matéria de direito penal a análise da casuística, sem extremos de agrilhoamento à formalidade da estrutura típica, é questão de rigor, evitando-se iniqüidades e exageros que não se coadunam com o princípio da fragmentariedade. Em se tratando de violência doméstica, onde o direito penal se entrecruza com o direito de família, frequentemente desnudando aspectos que somente formalmente se amoldam ao tipo incriminador, esta análise se mostra ainda mais importante. O fato atribuído ao acusado é a desobediência à ordem judicial que determinou que mantivesse distância de pelo menos duzentos e cinqüenta metros da vítima. Não somente no dia dos fatos foi desobedecida esta norma, mas, aparentemente, cerca de um mês depois, passou-se a desobedecê-la todos os dias, com o consentimento da vítima, que é a primeira interessada na força coercitiva da ordem judicial. É certo que o Estado tem interesse na manutenção da autoridade de suas decisões, mas este interesse, no caso vertente, me parece absolutamente secundário, ainda mais se considerada a especial proteção que a CRFB/88, em seu artigo 226, prometeu conferir à família. Assim, se não há sinal de coerção quando a vítima expressa sua própria vontade, parece-me de muito maior utilidade prestigiar-se a união familiar do que aplicar uma pena que não revelará qualquer utilidade social.
>
> Creio, portanto, ser de boa aplicação ao caso vertente o princípio da bagatela imprópria. Ensinam os doutos que a bagatela possui duas dimensões: própria, quando o fato já nasce penalmente irrelevante ou imprópria, quando, nascido o fato penalmente relevante torna-se desmerecedor de qualquer pena com o passar do tempo.
>
> [...] E, reitero, no caso sob análise, a ofensividade do fato é mínima – violação de ordem de afastamento por parte do esposo da vítima, com a qual se reconciliou um mês e meio após o fato. Ainda que o acusado não tenha prontuário imaculado, conforme CAC e

> FAC acostadas, tenho que melhor se amolda ao caso o princípio em questão. ISSO POSTO, julgo procedente a ação penal e condeno o acusado VILSON CAMILO DE SOUZA nos termos do art. 359 do CP. Deixo de aplicar a pena, todavia, em conformidade com o princípio da relevância penal e por entendê-la desnecessária no caso concreto. (f. 111-2).

Embora seja defensor da aplicação da pena como regra, dado seu caráter retributivo, com a finalidade de pacificação social e para prevenção, não considero que tal entendimento deva prevalecer no caso sob julgamento, em que o fato delituoso trata-se de descumprimento de medida protetiva, tendo o apelado se aproximado da vítima, e haver nos autos a informação de que voltaram a conviver maritalmente.

Trata-se de situação concreta em que se deve buscar uma forma de pacificação que não passa pela punição, sob pena de ameaça ao equilíbrio da estrutura familiar.

Neste sentido, colaciono a doutrina:

> […] quanto mais possibilidade tiver um conflito de ser solucionado por um modelo de solução, como a reparação ou a conciliação, assim entendido um modelo não excludente da vítima, mais irracional será a intervenção punitiva.[1]
>
> É inegável que, em alguns casos, pela ausência de solução para o conflito, o exercício do poder punitivo possa cumprir a função de evitar a violência privada, salvaguardando os direitos fundamentais do infrator, da mesma forma que, também, é inegável que, em casos esparsos, durante toda a história, a pena efetivamente cumpriu uma função preventiva geral ou especial. Entretanto, o fato de a pena cumprir a função declarada em um ou outro caso não autoriza dizer que possa cumpri-la em todos os casos e disso extrair a sua justificação. [2]

A teoria da bagatela imprópria é matéria ainda recente na doutrina penal brasileira. Seu precursor, o autor Luiz Flávio Gomes[3], em artigo, assim sintetizou o tema:

> Infração bagatelar imprópria é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há relevante desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato). Sintetizando: o princípio da insignificância está para a infração bagatelar própria assim como o da irrelevância penal do fato está para a infração bagatelar imprópria. Cada princípio tem seu específico âmbito de incidência.
>
> O fundamento da desnecessidade da pena (leia-se: da sua dispensa) reside em múltiplos fatores: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc. Tudo deve ser analisado pelo juiz em cada caso concreto. Lógico que todos esses fatores não precisam concorrer (todos) conjugadamente. Cada caso é um caso. Fundamental é o juiz analisar detidamente as circunstâncias do fato concreto (concomitantes e posteriores) assim como seu autor
>
> O princípio da irrelevância penal do fato tem como pressuposto a não existência de uma infração bagatelar própria (porque nesse caso teria incidência o princípio da insignificância). Mas se o caso era de insignificância própria e o juiz não a reconheceu, nada impede que incida o princípio da irrelevância penal do fato. Há, na infração bagatelar

1 PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: Ibccrim, 2006. p. 58.

2 Ibidem, p. 98.

3 http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=200602070940139

> imprópria, um relevante desvalor da ação assim como do resultado. O fato praticado é, por isso, penalmente punível. Instaura-se processo contra o agente. Mas tendo em vista todas as circunstâncias do fato (concomitantes e posteriores ao delito) assim como o seu autor, pode ser que a pena se torne desnecessária.
>
> Em outras palavras: as circunstâncias do fato assim como as condições pessoais do agente podem induzir ao reconhecimento de uma infração bagatelar imprópria cometida por um autor merecedor do reconhecimento da desnecessidade da pena. Reunidos vários requisitos favoráveis, não há como deixar de aplicar o princípio da irrelevância penal do fato (dispensando-se a pena, tal como se faz no perdão judicial). O fundamento jurídico para isso reside no art. 59 do CP (visto que o juiz, no momento da aplicação da pena, deve aferir sua suficiência e, antes de tudo, sua necessidade).

Reconhecer a irrelevância penal do fato, no caso concreto, não deve ser confundido com tolerância ou incentivo às condutas ilícitas, mas admitir que, na situação exposta, a intervenção do Direito penal não é oportuna ou necessária.

Tal entendimento tem acolhida neste Tribunal. Vejamos:

> EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – AMEAÇA E VIAS DE FATO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – AGENTE QUE PRATICOU AS INFRAÇÕES IMPELIDO PELO VÍCIO EM ÁLCOOL – RECONCILIAÇÃO DO RÉU COM AS VÍTIMAS – CONSEQUÊNCIAS MÍNIMAS – OFENDIDAS QUE NÃO DESEJAM A CONDENAÇÃO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA REPRIMENDA – PARCIAL PROVIMENTO. Tratando-se de infrações cujas consequências foram ínfimas, aplica-se o princípio da "bagatela imprópria", sendo desnecessária a imposição da pena, mormente quando houve reconciliação do réu com as vítimas. (ACr n. 2010.025012-5, Fátima do Sul, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – RECURSO MINISTERIAL – AUDIÊNCIA DO ARTIGO 16 DA LEI N. 11.340/06 NÃO DESIGNADA – VÍTIMAS OPTARAM POR NÃO REPRESENTAR CONTRA O AGENTE E CONVIVE HARMONIOSAMENTE COM O AGRESSOR – RECURSO IMPROVIDO. Não designada a audiência prevista no artigo 16 da Lei n. 11.340/06, que é uma condição específica de procedibilidade nos delitos de violência doméstica, porém, em juízo, as vitimas demonstrarem de forma indubitável que não desejam prosseguir com o feito, a absolvição é a medida impositiva. (ACr n. 2010.021162-8, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Manoel Mendes Carli, julgado em 13.9.2010).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL E AMEAÇA – RECURSO MINISTERIAL ALEGANDO A TIPICIDADE DA CONDUTA – INOCORRÊNCIA – VÍTIMA QUE OPTOU POR NÃO REPRESENTAR O AGENTE E CONVIVE HARMONIOSAMENTE COM O AGRESSOR – CRIME DE BAGATELA IMPRÓPRIA – RECURSO NEGADO. Se a vítima optou por não representar seu agressor, inclusive convivendo harmoniosamente com ele, não há o temor ou abalo psicológico necessário para configurar o crime de ameaça. (ACr n. 2010.002942-7, Primeira Turma Criminal, Relª. Desª. Marilza Lúcia Fortes, julgado em 17.6.2010).

Do exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência da Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 4 de agosto de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2011.026536-3 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – PACIENTE GESTANTE E PROVEDORA DE CINCO FILHOS MENORES – POSSIBILIDADE DE AGUARDAR A INSTRUÇÃO PROCESSUAL EM LIBERDADE – ORDEM CONCEDIDA.

A paciente reiterou no pedido de liberdade provisória, trazendo neste *writ* novos argumentos, demonstrando a possibilidade de aguardar a instrução processual em liberdade. Trata-se de mãe de cinco crianças, sendo provedora dos filhos, além de estar em gestação avançada. Demonstradas condições pessoais favoráveis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, conceder a ordem, nos termos do relator.

Campo Grande, 19 de setembro de 2011.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pelo advogado Gildásio Gomes de Almeida em favor de Laudiclelia Cardoso da Fonseca. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Informa que a paciente foi presa em flagrante na data de 2 de julho de 2011, quando adentrava no Presídio de Trânsito de Campo Grande e entre seus pertences foram encontradas 131 gramas de maconha e 11,2 gramas de cocaína.

Relata que apresenta condições pessoais favoráveis, sendo primária, com ocupação lícita e residência no distrito da culpa. Além disso, a paciente está gestante de cinco meses e tem cinco filhos menores, o mais novo com um ano de idade, sendo responsável pelo sustento deles.

Alega o impetrante que, inclusive, o Código de Processo Penal, com as alterações sofridas pela Lei n. 12.403/11, prevê a possibilidade de prisão domiciliar para o agente que tem sob seus cuidados pessoas de até seis anos ou com deficiência (art. 318, III, CPP).

A liminar foi concedida. (f. 68)

Informações da autoridade coatora às f. 75-85.

Parecer da Procuradoria de Justiça às f. 89-93.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

O presente *writ* trata-se de nova impetração em favor de Laudiclelia Cardoso da Fonseca. Ocorre que foi trazida argumentação diversa à anterior: de que a paciente encontra-se grávida e é a responsável pelo sustento de cinco filhos menores, o que resultou no deferimento do pedido de liminar.

Assim, não se trata de mera reiteração, como afirmou o Procurador de Justiça em seu parecer, sustentando a preliminar de não conhecimento, que deve ser rejeitada.

Revendo meu posicionamento anterior, exposado no *Writ* n. 2011.022826-2, quando foi denegada a ordem, diante da nova argumentação, considero que a ordem deve ser concedida, confirmando a medida liminar.

A paciente tem cinco filhos, sendo três deles menores de seis anos, todos sob seus cuidados. O fato de ter filhos menores de seis anos possibilitaria a prisão domiciliar, nos termos do art. 318, III, CPP. No entanto, revela-se mais adequada a liberdade provisória.

A paciente demonstrou que trabalha como diarista (f. 22), para o sustento da família, e comprovou domicílio e primariedade.

Mantenho o entendimento de que a liberdade provisória é vedada em casos de tráfico de drogas, como prevê o texto da Lei n. 11.343/06. Colaciono jurisprudência sobre o tema:

> *HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO. NARCOTRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO EM 6.8.2010. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. NORMA ESPECIAL. LEI N. 11.343/06. CONSTITUCIONALIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA (9 PEDRAS DE CRACK). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. A vedação de concessão de liberdade provisória, na hipótese de acusados da prática de tráfico ilícito de entorpecentes, encontra amparo no art. 44 da Lei n. 11.343/06, que é norma especial em relação ao parágrafo único do art. 310 do CPP e à Lei n. 8.072/90, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/07; a Carta Magna (art. 5º, XLIII) prevê a inafiançabilidade do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, fornecendo a base constitucional dos dispositivos constantes das Leis n. 11.343/06 e n. 11.464/07.
>
> 2. Referida vedação legal é, portanto, razão idônea e suficiente para o indeferimento da benesse, de sorte que prescinde de maiores digressões a decisão que indefere o pedido de liberdade provisória, nestes casos, conforme reiterados precedentes desta Turma julgadora.
>
> 3. Ademais, no caso concreto, presentes indícios veementes de autoria e provada a materialidade do delito, a manutenção da prisão cautelar encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública, tendo em vista a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido (9 pedras de crack), a indicar que o acusado faz do tráfico seu meio de vida.
>
> 4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (*HC* n. 190.038/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 22.3.2011, DJ de 12.4.2011).

Porém, devem ser avaliadas as particularidades expostas em cada caso concreto, com atenção, também, aos requisitos do art. 312 do CPP. E na situação presente, diante dos novos argumentos, acerca da gravidez avançada da paciente e a necessidade de assegurar o sustento dos cinco filhos menores, considero que a solução mais adequada seja autorizar a paciente a permanecer em liberdade durante a instrução processual.

Tal decisão encontra-se em sintonia com a jurisprudência:

> EMENTA - *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. PRESENÇA DE EVIDÊNCIAS CONCRETAS DE QUE A PACIENTE ESTAVA SOMENTE DE PASSAGEM NO LOCAL DO FLAGRANTE, IGNORANDO A EXISTÊNCIA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. PERÍODO GESTACIONAL EM QUE SE ENCONTRA A RÉ PERMITE QUE A MESMA RESPONDA AO PROCESSO EM LIBERDADE. A circunstância da paciente se encontrar grávida favorece a possibilidade da mesma responder ao processo em liberdade. Outrossim, verifica-se que a paciente encontrava-se de passagem pela casa, e possivelmente ignorava a presença de substâncias tóxicas de propriedade do co-réu. ORDEM CONCEDIDA. (TJRS, *HC* n. 70028310274, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Jaime Piterman, julgado em 5.3.2009).
>
> EMENTA - *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. PACIENTE SEM ANTECEDENTES CRIMINAIS E EM ESTADO GESTACIONAL AVANÇADO. DESNECESSIDADE DE PRISÃO. No caso concreto, apesar de haver indícios de autoria e prova de materialidade, não está presente o *periculum libertatis*, pois se trata de paciente primária e sem antecedentes criminais, além de estar grávida, em avançado estado gestacional. Diante disso, não se revela necessária à prisão cautelar da paciente. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA. POR MAIORIA. (TJRS, *HC* n. 70038620902, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, julgado em 30.9.2010),

Ante o exposto, contra o parecer, concedo a ordem, confirmando a liminar concedida, para que Laudiclelia Cardoso da Fonseca aguarde a instrução processual em liberdade, mediante compromisso de comparecimento a todos os atos processuais, sob risco de revogação do benefício.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, Francisco Gerardo de Sousa e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 19 de setembro de 2011.

***

Apelação Criminal n. 2010.035388-5 - Dourados
Primeira Turma Criminal
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR – SENTENÇA CONDENATÓRIA – ATIPICIDADE DO INCISO X DO ARTIGO 3º DA LEI N. 1.521/51–VERIFICADA–PRETENSAABSOLVIÇÃO–IMPROCEDENTE–FARTOCONJUNTO PROBATÓRIO QUE COMPROVA A GESTÃO FRAUDULENTA DOS RECORRENTES – PENA MANTIDA, JÁ QUE O MAGISTRADO FIXOU A REPRIMENDA DE UM ÚNICO DELITO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Não há falar em absolvição do crime contra a economia popular, quando suficientemente demonstrado que os apelantes geriram de forma fraudulenta e temerária o empreendimento e dolosamente fraudaram lançamentos e registros, levando a sociedade à insolvência e acarretando prejuízos aos sócios minoritários.

II – Imperativo o reconhecimento de atipicidade do inciso X do artigo 3º da Lei n. 1.521/51, já que as condutas praticadas pelos recorrentes não se enquadram às elementares previstas no tipo penal incriminador.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de julho de 2011.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Jairo de Souza Leite, Valéria Carmem Freitas Vilhalba e Ramão Adriano Paiva, em face da r. sentença condenatória (f. 765-75) prolatada pelo douto Magistrado da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados-MS, que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e condenou os recorrentes como incursos no art. 3.º, incisos IX e X, da Lei n. 1.521/51, o primeiro à uma pena de 4 (quatro) anos de detenção e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, e os demais à pena de 3 (três) anos de detenção e ao pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, ambas na fração de 1/10 do salário-mínimo vigente em junho de 1993. Ao final, substituiu a pena corporal de todos os condenados por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de 10 (dez) salários-mínimos e prestação de serviços à comunidade.

Em suas razões recursais (f. 799-805), os apelantes pugnam por sua absolvição, aduzindo que inexistem provas de que teriam concorrido para a prática do crime narrado na exordial acusatória.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões de apelação (f. 807-22), requer o conhecimento e improvimento do recurso interposto, mantendo-se *in totum* a sentença objurgada.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 846-8), opinou pelo improvimento do recurso de apelação, mantendo-se na íntegra a sentença condenatória.

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

O Ministério Público Estadual ofertou denúncia contra Jairo de Souza Leite, Valéria Carmem Freitas Vilhalba e Ramão Adriano Paiva, tendo em vista a seguinte conduta delituosa, assim narrada na exordial acusatória (f. 2-8):

> [...] Infere-se dos inclusos documentos que durante o ano de 1.991 e até meados de 1.993, os denunciados, na qualidade de sócios-proprietários do Thermas Dourados Clube Hotel, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CGC/MF sob o n. 33.752.809/0001-29, estabelecida na Avenida Weimar Gonçalves Torres, n. 1.666, Edifício Adelina Rigotti, sala 11, nesta cidade, geriram de forma fraudulenta e também temerária a referida entidade civil, levando-a ao abandono, insolvência e ao prejuízo dos demais sócios minoritários, ou seja, lesaram a economia popular, os interessados que adquiriram de boa-fé os títulos de sócios-proprietários do empreendimento que estava sendo construído às margens da Rodovia Dourados-Caarapó, neste município.
>
> Através do relatório de f. 168-9, a empresa auditora CONJURIS – Assessoria Contábil e Jurídica S/C Ltda., concluiu que os gastos administrativos abusivos comprometeram a continuidade das obras do clube, o que aliado a outros elementos inseridos nos autos, principalmente fraudes consistentes em retiradas de dinheiros pelos denunciado, comprovam efetivamente a conduta criminosa destes que causaram lesão à economia popular, atingindo milhares de pessoas desta região e de outras localidades.
>
> A aludida entidade, constituída sem fins lucrativos, foi fundada no dia 10.3.1.991, conforme Ata de Reunião de f. 119-22, tendo sido constituído os denunciados Jairo, como presidente, Maria da Conceição, vice-presidente, Paulo, diretor-tesoureiro e Valéria, diretor-secretário.
>
> Naquela oportunidade, os denunciados adquiriram títulos como sócios-proprietários fundadores, sendo que Jairo encabeçava a lista como o maior comprador, ficando com 672 títulos.
>
> Os títulos de sócios-proprietários foram vendidos para pagamento em 12 (doze) prestações mensais, fixas, sendo que a construção do clube deu-se no início de 1.992, pouco depois da implementação das vendas daqueles valores.
>
> Em 16.11.1992, foi aceito como sócio-fundador o Sr. João D'Mauro Filho, empresário desta cidade, que pagou à vista ao denunciado Jairo de Souza Leito, a compra de 2.698 (dois mil seiscentos e noventa e oito) títulos, sendo que naquela oportunidade, o denunciado Ramão Adriano Paiva, cunhado do presidente, também recebeu 352 títulos, como sócio-fundador, permanecendo os denunciados Paulo, Maria Conceição e Valéria, com a mesma quantidade de títulos (f. 123-7).
>
> [...] No início, o contador da empresa era a testemunha Francisco Osvaldo Libório de Alencar, isto no ano de 1.991; mas, depois desse período, na época das fraudes, o suposto contador era o denunciado Ramão Adriano, que utilizava CRC de outrem, conforme comprovado nos autos de IP n. 002/95, f. 50.

[...] Pois bem, se no início a administração do Thermas era saudável, com o objetivo de atrair o maior número de sócios-proprietários remidos, em 1.992 e até meados de 1.993, ela foi desastrosa, temerária e fraudulenta, sendo que os denunciados utilizaram das famigeradas "notas frias" e/ou "adulteradas" para efetuar saques do caixa da Sociedade, e também efetuaram levantamentos de recursos para pagamento de remuneração em razão dos cargos que ocupavam, quando era vedado tais recebimentos, uma vez que se tratava de sociedade sem fins lucrativos.

Enquanto a venda dos títulos eram pré-fixados, a remuneração dos diretores executivos eram pagos em dólares, dilapidando, desta forma, o caixa do Thermas, prejudicando assim, o andamento das obras do clube.

Também ficou evidenciado, a irregular contratação de uma empresa para venda dos títulos de sócios-proprietários com taxas de comissões acima do permitido (cerca de 22%), onerando assim, o caixa da entidade supracitada (f. 161-4).

Tais irregularidades foram constadas pelo sócio-fundador João Mauro Filho, ao assumir a tesouraria da sociedade, e depois de cobrar dos denunciados providências visando a reparação dos prejuízos causados ao Thermas, acabou sendo destituído do cargo, depois reintegrado por decisão judicial.

Sua indicação para a tesouraria foi feita através de uma reunião do Conselho Deliberativo, conforme ata de f. 129-30, sendo que na oportunidade, o denunciado Eduardo havia desistido do referido cargo, que ocupou durante todo o período de administração fraudulenta e temerária. Os diretores auferiram irregularmente, contrariando o estatuto da entidade, cerca de U$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos dólares) mensais (f. 153-160).

As vantagens ilícitas obtidas pelos denunciados Jairo, Maria Conceição, Paulo Cavalcante e Eduardo Tiosso Júnior, estão relacionadas nos documentos de f. 153-160, sendo que as mesmas iniciaram em meados do ano de 1.991, até o final do ano de 1.992, todas feitas tendo como parâmetro o dólar.

[...]

Os acusados, obtinham reembolso de despesas pessoais, tais como mudança, locação de veículos, manutenção de veículos particulares, passagens, empréstimos pessoais, aluguéis de imóveis para interesse particular, etc. (f. 266-76).

João Mauro, teve prejuízo com a aquisição daqueles títulos, e ainda ficou à margem da administração executiva, aqueles que efetivamente executava os planos de construção do clube, efetuava despesas desnecessárias, abusivas e remunerava ilegalmente os diretores executivos.

Inúmeras vítimas noticiaram o fato na Delegacia de Polícia desta cidade, como é o caso das vítimas Adair Soares Carolino (f. 39), Delvira Nogueira Bonfim (f. 39-40), Edson da Silva Cardoso (f. 54), Lídio Gonçalves (f. 60), Cícero de Souza Silva (f. 63), Paulo José dos Santos (f. 38), bem como aquelas que assinaram a "moção de solidariedade" em favor do denunciante João Mauro Filho (f. 251-6).

Algumas das vítimas, ingressaram com ação perante o Juizado de Pequenas Causas desta cidade, tendo em vista, que mesmo sendo sócios remidos (isento do pagamento de outras taxas), por deliberação do Conselho Deliberativo, compostos pelos denunciados, teriam que pagar mais algumas parcelas, além daquelas já pagas em razão da aquisição do título; porém, eles foram socorridos por decisão judicial e liberados dessa cobrança ilegal. (f. 05-18).

> Convém ressaltar, que após abandonarem as obras do empreendimento, Jairo e sua esposa Valéria mudaram-se para a capital do Estado de São Paulo e os denunciados Paulo Cavalcante e Maria da Conceição foram para Fortaleza-CE, o que impossibilitou a continuação das obras, e definitivamente, causando prejuízo à economia popular.
>
> [...] Segundo levantamento feito pelo tesoureiro, junto do digitador do sistema de computação de entidade, esta arrecadou o total de U$ 639.641/61 (seiscentos e trinta e nove mil, seiscentos e quarenta e um dólares e sessenta e um centavos) nos anos de 1.991, 1.992 e 1.993, com a venda dos títulos aos sócios proprietários.
>
> A título de esclarecimento, foram vendidos cerca de 19.892 títulos, sendo que desta 8.565 foram cancelados, 10.687 foram quitados e 640 estavam sendo pagos pelos sócios, isto em maio de 1.994, quando as obras do clube foram abandonadas pelos denunciados (f. 229).
>
> Através dos documentos de f. 170-220, vê-se que eram efetivamente aplicados nas obras de construção da sede do clube-hotel, entre o mínimo de 5% e o máximo de 10% do que era arrecadado com a venda dos títulos, o que demonstra a má-fé dos denunciados na condução e na execução do empreendimento. Gastava-se mais com o setor administrativos, com propaganda e comissões de venda, do que efetivamente com o que mais interessava para o sucesso do projeto.
>
> Enfim, foi uma festa de gastos abusivos e ilegais, feitos através de notas frias, despesas pessoais dos denunciados, retiradas ilegais, desvio de recursos para outras finalidades, e pouco era investido no desenvolvimento do projeto, causando assim, prejuízo a milhares de pessoas que tiveram sua poupança lesada pelos denunciados.
>
> Portanto, não há dúvida que estamos diante de um crime cometido contra a economia popular, tendo em vista o número indeterminado de sujeitos lesados, e a ação fraudulenta e temerária dos denunciados na administração do Thermas.
>
> [...]

O magistrado *a quo* prolatou sentença (f. 765-75) que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e condenou os recorrentes como incursos no art. 3.º, incisos IX e X, da Lei n. 1.521/51, o primeiro a uma pena de 4 (quatro) anos de detenção e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, e os demais à pena de 3 (três) anos de detenção e ao pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, ambas na fração de 1/10 do salário-mínimo vigente em junho de 1993. Ao final, substituiu a pena corporal de todos os condenados por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de 10 (dez) salários-mínimos e prestação de serviços à comunidade.

Recalcitrante com a sentença condenatória, os apelantes pugnam por sua absolvição, aduzindo que inexistem provas de que teriam concorrido para a prática do crime narrado na exordial acusatória.

Passo à análise do recurso.

I) Da atipicidade da conduta descrita no inciso X do art. 3º da Lei n. 1.521/51

Inicialmente cumpre consignar que esta Turma Recursal já decidiu a mesma questão no processo dos corréus de onde se desmembrou o presente feito (Apelação Criminal n. 2005.007130-3), e nesta ocasião reconheceu a atipicidade do inciso X do artigo 3º da Lei n. 1.521/51, uma vez que as condutas praticadas pelos recorrentes não se enquadram às elementares previstas no tipo penal incriminador.

Assim restou exarada a r. decisão:

> A alegação de que não houve infração penal ao inciso X do artigo 3º da Lei n. 1.521/51, uma vez que referido dispositivo pune a conduta de fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócias de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a um mil cruzeiro, e o capital da sociedade era de sessenta e nove mil, quinhentos e vinte e dois cruzeiros e trinta e nove centavos, merece ser acolhida, visto que, conforme prevê o artigo 3º, inciso X, somente é típica a conduta quando praticada em sociedades civis cujo capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou menor de um cruzado, tratando-se de circunstância elementar do tipo sem a qual impunível criminalmente a conduta, que poderá amoldar-se a outro tipo penal, mas não ao aludido.
>
> Destaque-se que o documento de f. 171 faz prova de que a secretaria da receita federal autorizou a comercialização de 20.000 (vinte mil) títulos de sócio proprietário e sócio proprietário fundador do Thermas Dourados Hotel à razão de NCz$ 69.522,39 (sessenta e nove mil, quinhentos e vinte e dois cruzeiros e trinta e nove centavos) em 13 parcelas mensais e sucessivas, portanto, o valor nominativo de cada título excede o patamar fixado na lei em comento, tornando atípica a conduta dos apelantes no que tange a tal crime.
>
> Contudo, cumpre asseverar que os dez incisos do artigo 3º da Lei n. 1.521/51, que tratam de crimes autônomos, independentes entre si, de forma que a absolvição dos apelantes da imputação contida no inciso X não implica absolvição também pela prática do crime tipificado no inciso IX do mesmo artigo, em relação ao qual restou provada a prática do crime por partes dos apelantes, tendo suas condutas se amoldado perfeitamente ao tipo, deve a sentença condenatória ser reformada apenas em relação à conduta descrita no inciso X do artigo em tela. – Destaquei.

Portanto, *in casu*, já fora reconhecida a atipicidade do inciso X do artigo 3º da Lei n. 1.521/51, razão pela qual a reconheço também em favor dos recorrentes.

II) Do pleito absolutório

Os recorrentes pugnam por sua absolvição, aduzindo que inexistem provas suficientes de que teriam concorrido para a prática do crime narrado na exordial acusatória.

Pois bem. A pretensa absolvição não comporta provimento, já que, como bem asseverado na sentença objurgada, restou comprovado nos autos que, no período compreendido entre os anos de 1991 e 1993, os apelantes, na qualidade de sócios-proprietários do Thermas Douradas Clube Hotel, geriram de forma fraudulenta e temerária o empreendimento e dolosamente fraudaram lançamentos e registros, levando a sociedade à insolvência e acarretando prejuízos aos sócios minoritários, uma vez que as obras jamais foram concluídas.

Vejamos.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo Auto de Exibição e Apreensão (f. 112-3), pelos documentos juntados às f. 161-8, pelo relatório do levantamento contábil administrativo de f. 175-229, juntamente com as demais provas documentais e testemunhais arroladas neste caderno processual.

A autoria do crime, de igual modo, restou sobejamente comprovada nos autos.

Primeiramente, até para clarificar a impossibilidade de acolhimento da pretensão defensiva de inexistência de provas incriminadoras, necessário se faz elucidar o ato constitutivo da sociedade civil.

A referida entidade sem fins lucrativos foi fundada no ano de 1991, sob a denominação de Thermas Douradas Clube Hotel, ocasião em que elegeram e empossaram como Diretor-Presidente o recorrente Jairo de Souza Leite. (Dados retirados da Ata de Reunião acostada às f. 127-30).

No ano seguinte, através da Ata da Assembléia Geral Extraordinária (acostada às f. 156-60), os membros da sociedade votaram para, dentre outras providências, anuírem com a cessão e transferência de Títulos Patrimoniais de Sócios-Proprietários-Fundadores. Nesta ocasião, o Sr. João D'Mauro Filho passou a integrar a referida entidade, com a compra de 2.698 (dois mil, seiscentos e noventa e oito) títulos, sendo que, na mesma oportunidade, o denunciado Ramão Adriano Paiva recebeu 352 títulos de sócio-fundador.

Neste ato, por unanimidde de votos, foram eleitos os membros do Conselho Deliberativo, sendo constituído como Presidente o recorrente Jairo de Souza Leite, como Vice-Presidente a vítima João D. Mauro Filho e como Secretária a apelante Valéria Carmen Freitas. Para constituir a Diretoria Executiva, foram eleitos como Diretor Presidente o apelante Jairo de Souza Leite, como Diretor Vice-Presidente Valéria Carmen Freitas Vilhalba e como Diretor tesoureiro o condenado Eduardo Tiosso.

Como se vê, o denunciado Jairo de Souza Leite era quem administrava o empreendimento, pois era o Diretor do Conselho Deliberativo e Diretor Executivo, responsável por toda a movimentação do capital social da sociedade.

Tal função lhe era assegurada pelo estatuto que estabelece que os Diretores Executivos possuem os mais amplos, gerais e ilimitados poderes de gestão da Sociedade, assinando sempre em conjunto, nos termos do Estatuto Social (f. 134).

Infere-se, ainda, que, para manter o controle do empreendimento e realizar as falcatruas que acabaram por levar a entidade à insolvência, o Diretor da sociedade civil Jairo de Souza Leite mantinha nos Órgãos de Diretoria (Conselho Deliberativo, Diretoria Executiva e Conselho Fiscal) apenas pessoas próximas e ligadas a sua pessoa, dentre elas os recorrentes Valéria Carmem Freitas Vilhalba (sua esposa, à época dos fatos) e Ramão Adriano Paiva (seu cunhado), o que facilitava demasiadamente a realização de fraudes e desvio de verbas, já que ambos os integrantes da administração eram comandados por Jairo.

Tais irregularidades foram constatadas em meados de agosto de 1993, pela vítima João D. Mauro Filho, quando, por ocasião do afastamento voluntário de Eduardo Tiosso (condenado), assumiu o cargo de Diretor Tesoureiro da sociedade (f. 137-8), e em razão disso, passou a tomar conhecimento das irregularidades administrativas praticadas pela Diretoria, razão pela qual a realização das obras estavam excessivamente atrasadas.

Insurgiu-se, então, solicitando dos denunciados providências a respeito do rombo orçamentário que havia constatado, visando a obter a reparação dos prejuízos causados ao Thermas. Por conta disso, a vítima acabou sendo destituída do cargo por deliberação dos membros da Diretoria da Sociedade Civil, **o que demonstra o vínculo dos demais denunciados com a finalidade ilícita do denunciado e Presidente Jairo de Souza Leite.**

As declarações prestadas pela vítima João D. Mauro Filho (f. 114-26 e 653) demonstram detalhadamente as fraudes e ilegalidades praticadas pela Diretoria da Sociedade. Vejamos:

> [...] em julho de 1993, foi convidado para ocupar o cargo de Diretor Tesoureiro da Diretoria Executiva da Sociedade, em substituição ao Sr. Eduardo Tiosso Junior [...] convite este feito pelo Presidente Sr. Jairo de S. Leite e o próprio Tiosso, que alegaram precisarem da colaboração do declarante naquela oportunidade; Que relutou em aceitar o convite, porque já estava preocupado com o investimento que fizera com a compra de títulos da sociedade e com o atraso no cronograma das obras do Clube e os comentários

entre os Sócio Proprietários, que a sociedade se encontrava com dificuldades financeiras e desentendimentos entre Diretores com o afastamento de alguns deles [...] que poucos dias após a sua posse no cargo de Tesoureiro, em contato com a documentação, passou a tomar conhecimento das irregularidades administrativas praticadas pela Diretoria da Entidade, em desacordo com o Estatuto da Sociedade, de responsabilidade do Presidente e do Tesoureiro, como as abaixo relacionadas: 1. A não publicação e registro até aquela data da ATA E DO ESTATUTO da Entidade, referente a Assembléia Geral Extraordinária de 16.11.1992 (Doc. N. 05 anexo). 2. Contabilidade da Sociedade paralizada, sem escrituração desde o início do exercício de 1992. 3. Contratos de diversas naturezas, sem autorização, sem Atas do Conselho Deliberativo e efetivados somente com a assinatura do Sr. Presidente, Sr. Jairo de Souza Leite em desacordo com o Estatuto e a Ética. 4. Falta de balanços dos Exercícios anteriores, desde a Fundação da Sociedade. 5. Ausência do Livro de Registros de Vendas de Títulos Patrimoniais da Sociedade. 6. Ausência do Conselho Fiscal e seus pareceres nas Contas da Sociedade. 7. Livro de Atas do Conselho Deliberativo e das Assembléias sem anotações. 8. Não recolhimento de obrigações sociais. 9. Projetos, Plantas e Obras em construção, sem aprovação dos órgãos competentes e os Alvarás de autorização. 10. Diversas ações trabalhistas ajuizadas contra a Sociedade e outras em fase inicial e sem acompanhamento por Advogado. 11. Uso de Notas Fiscais Frias e adulteradas para saques no caixa da sociedade, gerando recursos para pagamentos de salários, a Diretores da Entidade, ferindo assim o objetivo da sociedade sem fins lucrativos. (Doc. n. 6 e 7 anexos). 12. Altos salários dos Diretores da Sociedade, cotados Dólares (Doc. n. 7, 8, 9 e 10 anexos). 13. Membros das Diretorias, eleitos ou nomeados, e composta por elementos com laços de parentesco e familiares da Presidência, esposa e cunhado. 14. Contratação de Empresas para vendas e colocação no mercado de 20.000 (vinte mil) títulos de Sócios Proprietários, com o pagamento de altas taxas de comissões em desacordo com a lei que regula o limite, esse percentual. (Doc. n. 11 e 12 – anexo). 15. Ilegalidade, fraudes, irregularidades e arbitrariedades que foram cometidas a bel prazer da Administração, em detrimento aos direitos dos sócios proprietários. 16. Desvio de recursos da Entidade, que deveriam ser aplicados nas obras, e que foram usados pelos Administradores em seus próprios interesses; Que depois de se inteirar das irregularidades acima citadas, procurou o Sr. Jairo o Presidente do Clube, pedindo explicações sobre o que havia apurado e ouviu do mesmo: QUE O SR. NÃO FORA DESIGNADO PARA FAZER AUDITORIA NA SOCIEDADE, PORTANTO, QUE SÓ CUIDASSE DA TESOURARIA, confirmando entretanto que realmente a Contabilidade da Sociedade estava mesmo paralizada [...] solicitou o Dr. Martins Neto Diretor da Conjuris, providenciar junto a Diretoria do Clube para solucionar a questão de documentação para efetivar a contabilidade, e falou da sua preocupação com o aspecto fiscal e jurídico das irregularidades da documentação e Livros da Sociedade, que se encontravam em completo desacordo com o Decreto Lei n. 5.768, de 20.12.1971, que regula esse tipo de Sociedade com o Thermas Douradas Clube Hotel, onde a Captação de Poupança, é a base de investimento feito pelos sócios, que se comprovado as irregularidades na aplicação de recursos da captação, seria então contra a economia popular [...] que o desrespeito as leis praticados pela Diretoria da Entidade "SÃO OS MAIS ABSURDOS", alertando ao declarante, que até então a sociedade não havia convocado uma só Assembléia Geral Extraordinária, em que participasse as duas classes de sócios, os fundadores e proprietários [...] que com a presença do Diretor da Conjuris, foi repetido ao Dr. Jairo de Souza Leite, todo o relatório feito, pelo Declarante ao Sr. Presidente, voltando a aconselhar URGÊNCIA nas providências, para minorar as consequências dos atos de ilegalidade praticados pela administração do Clube. [...] foi entregue ao declarante pela Conjuris, o relatório final da auditoria, realizada no Thermas; que o relatório mostra claramente, com seus números e de acordo com os demonstrativos mês a mês e nos acumulados, em Cruzeiros e Dólares, o montante arrecadado com a venda de títulos de sócios no período de janeiro de 1992 à abril de 1993, e o baixo percentual aplicado em obras e investimentos [...] a aplicação de recursos em dinheiro em relação aos recebidos em dinheiro, não atingiram em 18% do cronograma do projeto de construção [...]

> Que em fevereiro de 1995, soube do DESAPARECIMENTO DOS DIRETOS DE CLUBE ABANDONANDO O ESCRITÓRIO, funcionários e o patrimônio da sociedade, não mais voltando a Dourados e que haviam usado todos os recurso recebidos com a cobrança das parcelas destinadas a retomada da construção recebidas dos sócios que haviam pagos nos bancos e não empregando um só centavo do montante recebido em benefício do Clube, pelo contrário, deixaram foram muitos compromissos da sociedade sem pagamentos, como: aluguéis, condomínios, salários e outras obrigações [...] Que a título de propaganda enganosa, foram divulgados pela Diretoria, folhetos com montagem fotográfica, dando impressão que o cronograma das obras estaria, em fase mais adiantado que a realidade, e mostrando uma área de terrenos que não pertenciam ao patrimônio do Clube, área esta arrendada de propriedade do Sr. Armando Passini, vizinho lindeiro com a propriedade do clube (doc. n. 32 anexo), que nesta área foi construído um pequeno lago artificial para colocação de pedalinhos causando impressão aos sócios proprietários e aos possíveis e futuros compradores de títulos da sociedade, maior tamanho da propriedade do que a realidade, CONFIGURANDO-SE A MÁ-FÉ DOS ADMINISTRADORES [...] Que os desvios de recursos financeiros dos cofres da sociedade, em parte eram feitos com os altos salários recebidos pelos Diretores, cotados em Dólares, e ainda pelas despesas como os seus veículos particulares que eram pagas pela sociedade e não debitada aos proprietários como: combustíveis, lubrificantes, pneus, peças e acessórios, serviços mecânicos, reformas de estofamentos, lavagens, e lubrificações (doc. n. 33 e 34 anexo), comprovando assim o uso de dinheiro dos cofres da Entidade em benefício próprios dos Diretores [...] Que as fraudes e as adulterações das Atas e Estatutos da Sociedade foram feitas pelo computador da entidade depois que o Presidente Sr. Jairo e Sr. Ramão seu cunhado, instalaram uma senha no mesmo implantada pelo técnico de computação senhor Mielle, funcionário do Fórum local, bloqueando assim os acessos à informações e registros contidos na memória da máquina [...]. (grifei)

Denota-se, portanto, que a Diretoria da sociedade fazia prevalecer os interesses particulares de Jairo e dos corréus, pois juntos formavam maioria nas votações do Conselho Deliberativo da Sociedade e, dessa forma, não tinham limites ou impedimentos na realização das fraudes e no desvio de recursos que, na verdade, deveriam ser destinados à conclusão do empreendimento.

As declarações da vítima também demonstram detalhadamente a intenção dos réus de buscarem mais investidores, inclusive valendo-se de meios ardilosos para ludibriar a população local, com a distribuição de panfletos que ilustravam obras que não tinham sido realizadas nem se realizariam.

Corroborando a versão apresentada pela vítima, a testemunha Ênio Maurício Waterkemper Borges, ex-funcionário do Thermas, no qual exercia a função de auxiliar de escritório, declarou que (f. 654):

> [...] que exercia a função de auxiliar de escritório, fazia serviços de *office boy*, destacava carnês, digitava alguns carnês, enfim, serviços de pouca responsabilidade para a administração da empresa; que, o diretor presidente na época era Jairo de Souza Leite; que, não tinha acesso a contabilidade ou a vida decisória da empresa e sabe que o empreendimento faliu, achando que foi em razão da má administração.

A testemunha Elson da Silva Cardoso, que também ficou no prejuízo por ter adquirido o título do referido Clube, demonstrou em seu depoimento judicial que a administração se valia de meios ardilosos para captar o maior número de sócios. Vejamos (f. 657):

> [...] recebeu a visita de um corretor que vendia títulos do Thermas Dourados Clube Hotel então impressionado com a beleza do projeto apresentado adquiriu um título e pagou todas as prestações e depois mudou-se dessa cidade, quando retornou procurou saber do referido projeto e foi informado por algumas pessoas que frequentavam o local que lá foi construída poucas coisas, CERTAMENTE PARA ENGANAR OS ADQUIRENTES DOS

> TÍTULOS E VÍTIMAS COMO O DECLARANTE; que o declarante lembra que quitou todas as prestações que eram pagas por boletos na CEF, porém não tem condições de dizer agora em valores, quanto teria sido o prejuízo. Na ocasião em que tomou conhecimento de que o empreendimento tinha falido, não tinha ninguém a quem recorrer para buscar o ressarcimento do prejuízo, pois as pessoas com quem poderia buscar não estavam mais na cidade, mesmo porque não conhecida os diretores da empresa [...]. (grifei)

O próprio acusado-recorrente Ramão Adriano Paiva, confirmou em seu depoimento judicial que o empreendimento não foi concluído em decorrência da péssima administração da entidade, que por consequência deixou os associados no prejuízo (f. 698):

> [...] Que a empresa objetivava fazer um Thermas de água quente e vender títulos para quem quisesse; Que mais da metade dos títulos da empresa foram vendidos; Que o Thermas não alcançou a fase final da construção; Que o Thermas só chegou a funcionar parcialmente; Que o empreendimento atualmente provavelmente está fechado; Que recebia o pagamento por "fora" da empresa; Que pelo que sabe o empreendimento ao ser fechado não restituiu o dinheiro que as pessoas empregaram nas compras dos títulos; Que o empreendimento não teve sucesso em virtude de uma péssima administração [...]. (grifei)

A ação fraudulenta restou devidamente comprovada pelos documentos que instruíram este caderno processual, mais precisamente pelo relatório final da auditoria realizada pela empresa CONJURIS (f. 176-7), **que concluiu que os gastos administrativos abusivos comprometeram a continuidade das obras do clube.**

No mesmo relatório, restou apurado que **apenas 28,28% da receita arrecadada com a venda de títulos eram destinados para a construção da obra, o que deixa claro que a intenção dos réus não era concluí-las, mas angariar recursos financeiros com a venda de títulos de um empreendimento que não se concluiria.**

Junto a isso, os documentos de f. 160-7 e 277-84 comprovam que os acusados efetuavam retiradas mensais da sociedade e, para gerar recebimentos, emitiam notas fiscais "frias", que eram contabilizadas como despesas da sociedade, bem como recebiam o reembolso de despesas pessoais.

Denota-se, portanto, que, apesar de os apelantes negarem a prática de gestão temerária, bem como a fraude nas escrituras, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios da sociedade civil, restam claros os indícios de que todos tinham consciência sobre o estado da empresa e mesmo assim continuaram vendendo títulos no intuito de fraudar.

Logo, não restam dúvidas da responsabilidade criminal dos apelantes, pois todos concorreram para a prática da gestão fraudulenta durante o período que participaram do quadro social da sociedade na qualidade de sócios-proprietários.

Desta forma, não há dar guarida à insurgência dos apelantes na alegada ausência de provas para o édito condenatório.

Por fim, ainda que reconhecida a absolvição pela atipicidade da conduta descrita no inciso X do artigo 3º da Lei n. 1.521/51, observa-se que o magistrado *a quo,* no momento da dosimetria da reprimenda, levou em consideração, tão somente, um único delito, tanto que aplicou as penas em 4 (quatro) e 3 (três) anos de detenção.

Portanto, a pena aplicada não merece ser reformada, ainda que reconhecida a atipicidade do inciso X do artigo 3º da Lei n. 1.521/51, pois o dispositivo não fora sopesado pelo magistrado singular, razão pela qual mantenho as penas aplicadas na sentença condenatória.

III – Dos pronunciamentos finais

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, para absolver os apelantes em relação ao crime previsto no inciso X do artigo 3º da Lei n. 1.521/51, por tratar-se de fato atípico, porém mantenho a pena aplicada na sentença condenatória, já que o magistrado fixou a reprimenda de um único delito, qual seja, o do inciso IX do artigo 3º da Lei n. 1.521/51.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Francisco Gerardo de Sousa e Desembargadores João Carlos Brandes Garcia e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 11 de julho de 2011.

***

Apelação Criminal n. 2010.036772-9 - Bataguassu
Primeira Turma Criminal
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – INSURGÊNCIA QUANTO À FIXAÇÃO DO QUANTUM DA PENA PECUNIÁRIA – ALMEJADA REDUÇÃO PARA 1/2 (MEIO) SALÁRIO-MÍNIMO – NÃO ACOLHIMENTO – INTELIGÊNCIA DO § 1º DO ART. 45 DO CP – RÉU ASSISTIDO DURANTE A INSTRUÇÃO POR ADVOGADO PARTICULAR – SITUAÇÃO ECONÔMICA COMPATÍVEL – POSSIBILIDADE DE PARCELAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

I - Não se admite a fixação de pena substitutiva de prestação pecuniária aquém de 1 salário-mínimo, consoante inteligência do artigo 45, § 1º, do Código Penal

II - Não restando evidente nos autos que a prestação pecuniária suplanta as condições financeiras do réu, deve a mesma ser mantida, mormente quando possível o parcelamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 15 de agosto de 2011.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Cidnandio Colombo Junior ingressa com a presente apelação em face da r. sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Bataguaçu, que efetuou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Aduz, em síntese, que a restritiva de direitos consistente na prestação pecuniária restou fixada em quantum exorbitante, em ofensa ao princípio da proporcionalidade, razão pela qual pugna pela redução ao patamar de 1/2 (metade) de um salário-mínimo (f. 401-5).

Com vistas, o Ministério Público Estadual requer o improvimento do agravo (f. 408-11).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo não conhecimento do recurso (f. 418-22).

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

O recurso não comporta provimento.

Na parte que interessa à análise do presente recurso, a sentença condenatória restou assim lavrada:

> [...] O acusado tem direito ao benefício da substituição da pena, pois é ela inferior a quatro anos, não demonstrando, ao menos quando da prática do crime, que a substituição se apresentasse como insuficiente para reprimí-lo pela perpetração do crime, nos termos do art. 44, incisos I e III, do Código Penal.
>
> Como pena restritiva, fixo a prestação pecuniária em 10 (dez) salários mínimos, a ser revertido em favor da vítima, além de limitação de fim de semana, cujos critérios deverão ser definidos pelo Juízo da Execução Penal [...].
>
> Pois bem.

Ab initio, imperioso destacar que a pretensão de fixação de 1/2 (meio) salário-mínimo esbarra em completa impossibilidade legal, já que o § 1º do artigo 45 do Código Penal estabelece que "*a pena de prestação pecuniária, substitutiva da privativa de liberdade, deve ser estipulada entre 1 (um) e 360 (trezentos e sessenta) salários-mínimos*."

Não bastasse isso, inexiste nos autos nenhum indicativo de que o apelante não tenha condições financeiras para arcar com a prestação pecuniária fixada, mormente quando se observa que foi assistido por advogado particular.

Ainda, oportuno destacar que a pena restritiva de direitos consistente no pagamento de prestação pecuniária, por ter natureza punitiva, deve exigir certo sacrifício da parte condenada, a ponto de atender de modo suficiente a prevenção e reprovação de novos delitos.

Por fim, cabe pontuar que, caso a quitação integral do montante não esteja ao alcance econômico do apelante, nada obsta que pleiteie ao Juízo da Execução Penal a melhor forma de cumprimento da pena, podendo inclusive, a partir da verificação de suas condições financeiras, ser autorizado o parcelamento, conforme bem destaca o douto Procurador de Justiça.

Portanto, pelo que se verifica, a fixação da pena pecuniária obedeceu rigorosamente aos ditames legais (§ 1º do art. 45 do CP) e, diante das condições econômicas do réu, foi estabelecida em valor adequado, não havendo falar em eventual redução.

Destarte, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência da Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Francisco Gerardo de Sousa e Desembargadores João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 15 de agosto de 2011.

***

Apelação Criminal n. 2011.017428-2 - Jardim
Primeira Turma Criminal
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 243 DO ECA – FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCÓOLICA A MENOR – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – FIRME PALAVRA DA VÍTIMA ALICERÇADA PELO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL – ART. 63, I, DA LCP – PEDIDO ACOLHIDO – DISTINÇÃO CONCEITUAL ESTABELECIDA PELO ART. 81 DO ECA – PENA REDIMENSIONADA EM FACE DA DESCLASSIFICAÇÃO – CONSTATADO O TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO COM EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE *EX OFFICIO*.

I - Não há falar em absolvição quando a condenação encontra suporte na firme palavra da vítima, devidamente robustecida pelos testemunhos colhidos durante a instrução, afastando-se, pois, a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

II – Ante o teor do art. 81 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que expressamente excluiu a bebida alcoólica do conceito de *"produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida"*, a conduta de fornecer bebida alcoólica a menor não deve ser considerada como subsumida ao tipo do artigo 243 do mesmo diploma, sob pena de analogia *in malam partem*.

III - Constatado o transcurso do prazo prescricional (2 anos) entre o recebimento da denúncia (10.10.2008) e a publicação da sentença (3.12.2010), prazo esse aferido com base na pena concretamente aplicada, é de rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa, extinguindo-se a punibilidade do agente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de agosto de 2011.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Antônio César Vieira interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Jardim nos Autos n. 013.08.002021-9, que o condenou, como incurso no art. 243

do Estatuto da Criança e do Adolescente, à pena de 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 90 (noventa) dias-multa.

Nas razões, aduz, em síntese, que os fatos não ocorreram como narrados na exordial, estando a sentença alicerçada apenas na palavra da vítima, que, por sua vez, restou isolada nos autos. Alternativamente, pugna pela desclassificação do delito para a contravenção penal do inc. I do art. 64 do Decreto-Lei n. 3.688/41, sob o argumento de que o tipo do art. 243 do Estatuto Menorista não abarca a conduta de fornecer bebida alcóolica à criança ou adolescente (f. 148-54).

Em contrarrazões, requer o Ministério Público Estadual o improvimento do apelo. Prequestiona, ao final, a negativa de vigência ao art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente (f. 156-64).

Com vistas, manifesta-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela manutenção da sentença monocrática, acolhendo-se o prequestionamento aventado pelo recorrido (f. 171-82).

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

A prática delitiva imputada ao apelante restou assim narrada na peça inaugural (f. 2-4):

> [...] Consta do incluso Inquérito Policial em apreço que, em 27 de janeiro de 2008, por volta das 01h47min, em frente ao estabelecimento comercial denominado "Léo Conveniência", no município de Jardim, (MS), o denunciado forneceu a adolescente, sem justa causa, produto cujo componente pode causar dependência física ou psíquica.
>
> Infere-se, que, na data constante dos autos, policiais militares foram acionados para atender uma ocorrência no local acima mencionado.
>
> Depreende-se que se deslocaram para o local e, ao chegarem, surpreenderam a adolescente Francieli Martinez Insfran em visível estado de embriaguez.
>
> Apurou-se que, na data dos fatos, o denunciado adquiriu bebida alcoólica, tipo vodka, misturou-a com refrigerante e, posteriormente, forneceu-a a adolescente Francieli que a ingeriu.
>
> A vodka, como é notório, contém álcool, substância que pode causar dependência física e psíquica, sendo que seu consumo é degradante, principalmente, para aqueles que ainda se encontram em formação.[...].

Conforme relatado, aduz em síntese o apelante que os fatos não ocorreram como narrados na exordial, estando a sentença alicerçada apenas na palavra da vítima, que, por sua vez, restou isolada nos autos. Alternativamente, pugna pela desclassificação do delito para a contravenção penal do inc. I do art. 64 do Decreto-Lei n. 3.688/41, sob o argumento de que o tipo do art. 243 do Estatuto Menorista não abarca a conduta de fornecer bebida alcóolica à criança ou adolescente.

Passo à análise do recurso.

1) Do pedido de absolvição

Inicialmente, impende ressaltar que a materialidade delitiva encontra-se estampada às f. 8-11, 13 e 20, sendo, respectivamente, documentos referentes ao boletim de ocorrência, relatório da ordem de serviço e certidão de nascimento de Francieli Martines Insfran.

Já a autoria decorre dos demais elementos probatórios colhidos ao longo de toda a instrução criminal.

Vejamos.

Ab initio, imperioso destacar que a vítima Francieli Martines Insfran, ao ser ouvida na fase policial, asseverou que o apelante Antônio César Vieira lhe forneceu *vodka* misturada com refrigerante, cuja ingestão lhe causou embriaguez, consoante segue (f. 19):

> [...] que uma amiga da declarante de nome Dayane de tal, amiga da declarante era namorada de um rapaz de nome André, que reside na frente do Nicrotério Municipal desta cidade; que a convite desta declarante foi até à referida residência e de lá a declarante foi juntamente com o pai de André de nome Antonio Cezar, foram até a área central da cidade, onde Antonio Cezar, comprou Sprait e misturou com vodka e passaram a ingerirem, foi quando a declarante se embriagou uma vez que ingeriram bastante; que a declarante já embriagada, não conseguia mais se equilibrar e foi levada pelo rapaz de nome Jocimar, que iria levar a declarante na casa acima referida [...].

Em juízo a vítima novamente foi firme em apontar o apelante como autor do delito retratado nestes autos:

> [...]
>
> MP: A senhora conhece Antonio César Vieira?
>
> DEPOENTE: Conheço.
>
> MP: Em 27 de janeiro de 2008, por volta da 01h47, na Leo Conveniência, Antonio César forneceu bebida alcoólica para a senhora?
>
> DEPOENTE: Sim.
>
> MP: Que tipo de bebida alcoólica que era?
>
> DEPOENTE: Acho que era vodka com Sprite.
>
> MP: A senhora ingeriu essa bebida?
>
> DEPOENTE: Como assim?
>
> MP: A senhora tomou a vodka com sprite?
>
> DEPOENTE: Tomei.
>
> [...].

Corroborando, tem-se o testemunho dos policiais que atenderam a ocorrência, os quais, embora não tenham presenciado o apelante fornecendo bebida alcóolica à vítima, são coerentes ao informar que a vítima se encontrava em visível estado de embriaguez em frente da "Leo Conveniência":

Jocimar Aparecido Cacho Sanches, à f. 76

> [...] MP: O senhor encontrou ela na frente da Conveniência Leo?
>
> DEPOENTE: Sim.

> MP: O senhor percebeu se ela estava embriada?
>
> DEPOENTE: Percebi, tava. [...]

Alexandre Florenciano da Silva, à f. 77

> [...] MP: E aí?
>
> DEPOENTE: Aí nos constatamos, realmente, que a menina estava embriagada. Aí um dos rapazes relatou que encontraram a menina em frente à Conveniência do Leo. [...].

Dessa forma, sendo o testemunho dos policiais coerente com a versão apresentada pela vítima, não se pode afirmar que a palavra dela restou isolada nos autos.

Logo, improcedente o pleito absolutório.

2) Do pedido de desclassificação para contravenção penal

Melhor sorte socorre ao apelante.

O art. 63, inciso I, da Lei de Contravenções Penais é redigido nos seguintes termos:

> Art. 63 - Servir bebidas alcoólicas:
>
> I - a menor de 18 (dezoito) anos.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente estabelece distinção conceitual entre "bebidas alcoólicas" e outros "*produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica*", consoante art. 81, *in verbis*:

> Art. 81 - É proibida a venda à criança ou ao adolescente de:
>
> I - armas, munições e explosivos;
>
> Il - bebidas alcoólicas;
>
> lII - produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida;
>
> IV - fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida;
>
> V - revistas e publicações a que alude o art. 78;
>
> Vl - bilhetes lotéricos e equivalentes. (Destaquei.)

Já o delito no art. 243 do Estatuto Menorista possui como conduta típica o fornecimento (além de outro verbos) de produto cujos componentes são capazes de causar dependência física ou psíquica:

> Art. 243 - Vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:

Assim, a conduta de fornecer bebida alcoólica a adolescente não deve ser considerada como subsumida ao tipo do artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista que o artigo 81 do

mesmo diploma excluiu expressamente a bebida alcoólica do conceito de *"produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida"*.

Entendimento em sentido contrário, a meu sentir, viola o princípio da analogia *in malan partem,* na medida em que despreza a distinção conceitual estabelecida pela legislação, ampliando o âmbito proibitivo do art. 243 do Estatuto Menorista.

A respeito do enquadramento típico da conduta de fornecer bebida alcóolica a adolescente ou criança no inc. I do 63 da Lei de Contravenções Penais, vale trazer à colação os recentes precedentes desta e. Corte de Justiça:

> APELAÇÕES CRIMINAIS. DOIS RÉUS - ARTIGOS 241 E 243 DO ECA. PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO POR ERRO QUANTO AOS ELEMENTOS DO TIPO. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS DE QUE OS APELANTES SABIAM DA MENORIDADE DA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE E AUTORIA DO ARTIGO 241 DO ECA. CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO E COERENTE. ATIPICIDADE DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 243 DO ECA OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DO ARTIGO 63, I, DO DECRETO-LEI N. 3.688/41. CONDUTA DESCLASSIFICADA. PARCIAL PROVIMENTO DOS RECURSOS PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. 1. Não há que se falar em erro quanto aos elementos do tipo quando há provas suficientes de que os acusados tinham conhecimento de que a vítima era menor de 18 (dezoito) anos. 2. Crime previsto no artigo 241 do ECA: Não há que se falar em ausência da materialidade do delito, se esta pode ser suprida pelos demais elementos constantes dos autos, como os depoimentos da vítima, dos réus e das testemunhas. As autorias restaram comprovadas diante do robusto conjunto probatório, inclusive com as confissões dos acusados. 3. Crime previsto no artigo 243 do ECA: Acolhe-se o pedido de desclassificação para a contravenção penal prevista no artigo 63, I, posto que o artigo 243 do ECA contempla apenas substâncias que causam dependência física ou psíquica, destacando deste rol as bebidas alcóolicas, de acordo com norma do artigo 81, I, do mesmo Estatuto. De ofício, declaro a prescrição da pretensão punitiva (artigo 107, IV C.C. artigo 109, VI, ambos do Código Penal). (TJMS, ACr n. 2010.023697-4, Jardim, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, DJ de 26.4.2011, p. 36)

> APELAÇÃO CRIMINAL. FORNECER BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR. ART. 243 DO ECA. DESCLASSIFICAÇÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL. ART. 63, INCISO I, DA LCP. CONSEQUENTE ALTERAÇÃO DA PENA. MENORIDADE RELATIVA QUE DIMINUI O PRAZO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINTA A PUNIBILIDADE. PARCIALMENTE PROVIDO. O legislador diferenciou "bebidas alcoólicas" de "produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica", tratando o artigo 243 apenas da segunda categoria, pois o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 81, em incisos distintos, cuida separadamente de ambas as condutas, impondo-se, portanto, a desclassificação para a contravenção penal do art. 63, inciso I, da Lei das Contravenções Penais. De ofício, declarada a extinção da punibilidade do apelante, em razão da prescrição da pretensão punitiva, cujo prazo é reduzido da metade porque o réu era menor de 21 anos à época dos fatos (art. 109, inciso VI C.C. art. 115 do Código Penal). Com o parecer, dou parcial provimento ao recurso de apelação e, de ofício, declaro a extinção da punibilidade do apelante Jefferson Luiz Pereira em razão da prescrição da pretensão punitiva. (TJMS, ACr n. 2011.006790-1, Jardim, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, DJ de 30.6.2011, p. 65)

> APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 243 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO DEFENSIVO. ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVA. INOCORRÊNCIA. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO POSSIBILIDADE. FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR. CONTRAVENÇÃO PENAL

DO ART. 63, I, DO DECRETO-LEI N. 3.688/41. DOSIMETRIA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. RECURSO PROVIDO. Havendo provas harmônicas e seguras da prática delitiva não há falar em absolvição. A conduta de fornecer bebida alcoólica a menor insere-se no art. 63, I, da Lei de Contravenções Penais, e não no art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Desclassificação operada. (TJMS, ACr n. 2011.003424-9, Paranaíba, Segunda Turma Criminal, Rel. Desig. Des. Romero Osme Dias Lopes, DJ de 10.6.2011; p. 50).

APELAÇÃO CRIMINAL. DETENÇÃO E MULTA. FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCÓOLICA À ADOLESCENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL. RECURSO MINISTERIAL. PRETENDIDA A REFORMA DA SENTENÇA COM O ESCOPO DE TIPIFICAR O CRIME NO ART. 243 DA LEI N. 8069/90. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. A interpretação sistemática da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) leva ao entendimento de que a conduta descrita no artigo 243 não engloba o fornecimento de bebidas alcoólicas, uma vez que o artigo 81 da mesma Lei faz distinção entre estas (inciso II) e "produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida" (inciso III). A conduta de "servir alcoólicas a menor de dezoito anos" encontra-se tipificada no artigo 63, I do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais). (TJMS, ACr n. 2011.009032-6, Eldorado, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, DJ de 31.5.2011, p. 19)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR. ARTIGO 243, DO ECA. DESCLASSIFICAÇÃO. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CONDUTA QUE, EM TESE, SE SUBSUME AO CAPITULADO NO ART. 63, INCISO I, DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. A interpretação sistemática da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) leva ao entendimento de que a conduta descrita no art. 243 não engloba o fornecimento de bebidas alcoólicas, uma vez que o artigo 81 da mesma Lei faz distinção entre estas (inciso II) e produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida (inciso III). A conduta de "fornecer bebidas alcoólicas a menor de dezoito anos" encontrase tipificada no artigo 63, I, do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais). (TJMS, RSE n. 2011.006603-3, Bonito, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, DJ de 8.4.2011, p. 50)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR. ARTIGO 243, DO ECA. DESCLASSIFICAÇÃO. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CONDUTA QUE, EM TESE, SE SUBSUME AO CAPITULADO NO ART. 63, INCISO I, DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. DECISÃO MANTIDA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO PELOS RECORRIDOS. LAPSO TEMPORAL PREVISTO NO ART. 109, V, DO CP NÃO TRANSCORRIDO. RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. A interpretação sistemática da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) leva ao entendimento de que a conduta descrita no art. 243 não engloba o fornecimento de bebidas alcoólicas, uma vez que o artigo 81 da mesma Lei faz distinção entre estas (inciso II) e produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida (inciso III). A conduta de "fornecer bebidas alcoólicas a menor de dezoito anos" encontrase tipificada no artigo 63, I, do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais). (TJMS, RSE n. 2011.003102-3, Bonito, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, DJ de 24.3.2011, p. 43)

> APELAÇÃO CRIMINAL. FORNECER BEBIDA A MENOR. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DO ART. 243 DO ECA PARA A FIGURA DE CONTRAVENÇÃO PENAL DESCRITA NO ART. 63, I DO DEC-LEI N. 3.688/41 (SERVIR BEBIDAS ALCOÓLICAS A MENOR DE 18 ANOS). PROCEDENTE. RECRUSO PROVIDO. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE RECONHECIDA EX OFFICIO. A venda ou entrega de bebida alcoólica a adolescentes é matéria atinente à contravenção penal do art. 63, I, da LCP, não configurando o delito previsto no art. 243 do ECA, por encerrar este dispositivo questão sobre substância que pode causar dependência física ou química, não se incluindo aquela por falta de previsão expressa, como ocorre no artigo 81, II, do ECA. Reconhece-se, de ofício, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, decretando-se a extinção da punibilidade do agente, se entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, verificou-se hipótese do artigo 109, VI, do Código Penal. (TJMS, ACr n. 2010.030966-2, Jardim, Primeira Turma Criminal, Relª Desª Marilza Lúcia Fortes, DJ de 18.1.2011, p. 23)

No mesmo sentido é a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 243 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RECURSO NÃO PROVIDO. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO, PARA DESCLASSIFICAÇÃO DOS FATOS. 1. O trancamento de ação penal é medida excepcional, possível somente se demonstradas, de plano, a atipicidade da conduta, a ausência de indícios de autoria ou prova de materialidade, ou a ocorrência de causas extintivas de punibilidade. 2. Não comprovada nenhuma das hipóteses mencionadas, decidiu acertadamente o Tribunal *a quo*, ao denegar a ordem. 3. Recurso ordinário ao qual se nega provimento, com concessão de habeas corpus, de ofício, para desclassificar os fatos para o artigo 63, inciso I, da Lei das Contravenções Penais. (STJ, *HC* n. 28.689, 2010/0130513-7, RJ, Sexta Turma, Rel. Des. Conv. Celso Limongi, julgado em 5.5.2011, DJ de 18.5.2011).

> *HABEAS CORPUS*. FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR DE 18 ANOS. CONDUTA QUE SE AMOLDA À PREVISTA NO ART. 63 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. AFASTAMENTO DO ART. 243 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CORRÉUS EM SIMILITUDE DE SITUAÇÕES. EXTENSÃO DE EFEITOS. ORDEM CONCEDIDA. 1. "A distinção estabelecida no art. 81 do ECA das categorias 'bebida alcoólica' e 'produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica' exclui aquela do objeto material previsto no delito disposto no art. 243 da Lei n. 8.069/90; caso contrário, estar-se-ía incorrendo em analogia *in malam partem*" (REsp n. 942.288/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ de 31.3.2008). 2. A interpretação sistemática dos dispositivos nos arts. 81 e 243 do ECA, e do art. 63 da LCP, conduz ao entendimento de que a conduta de fornecimento de bebida alcoólica a menores de dezoito anos melhor se amolda àquela elencada na Lei das Contravenções Penais. Precedentes. 3. Havendo co-réus condenados pelo mesmo dispositivo, devem os efeitos da desclassificação ser também a eles estendidos. 4. Ordem concedida para, desclassificando a conduta prevista no art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente para aquela descrita no art. 63 da Lei das Contravenções Penais, reduzir as penas recaídas sobre o paciente. Extensão dos efeitos da ordem aos co-réus Aline Aparecida Borges e Tadeu Kuczar Filho, redimensionando, também em relação a eles, as penas aplicadas, além de permitir a substituição das privativas de liberdade por restritivas de direitos. (STJ, *HC* n. 113.896 - Proc. 2008/0183918-9, PR, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 19.10.2010, DJ de 16.11.2010)

> *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 243 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL PREVISTA NO ARTIGO 63, INCISO I, DO DECRETO-LEI N. 3.688/41. TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CABIMENTO.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Pacificou-se na jurisprudência desta Corte Superior o entendimento de que é cabível a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95 quando o magistrado singular, ao proferir a sentença de mérito, desclassifica a conduta atribuída ao acusado na exordial acusatória para outro crime cuja pena abstratamente prevista permite a oferta de tais opções. 2. No caso, o paciente foi denunciado pela suposta prática da conduta prevista no artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, crime cuja pena abstratamente prevista não permite a aplicação de nenhum dos institutos despenalizadores. Contudo, o magistrado singular, ao analisar as provas produzidas nos autos, desclassificou a conduta para aquela prevista no artigo 63, inciso I, do Decreto-Lei n. 3.688/41 sem, contudo, observar a aplicabilidade da transação penal ou da suspensão condicional do processo. 3. Ordem concedida para anular a sentença condenatória, devendo o magistrado singular remeter os autos ao representante do parquet para, caso entenda cabível, propor ao paciente a transação penal ou a suspensão condicional do processo. (STJ, *HC* n. 100.199, - Proc. 2008/0031506-0, MS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 9.3.2010, DJ de 24.5.2010)

HABEAS CORPUS. FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR DE 18 ANOS. CONDUTA QUE SE AMOLDA À PREVISTA NO ART. 63 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. AFASTAMENTO DO ART. 243 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CORRÉUS EM SIMILITUDE DE SITUAÇÕES. EXTENSÃO DE EFEITOS. ORDEM CONCEDIDA. 1. "A distinção estabelecida no art. 81 do ECA das categorias 'bebida alcoólica' e 'produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica' exclui aquela do objeto material previsto no delito disposto no art. 243 da Lei n. 8.069/90; caso contrário, estar-se-ia incorrendo em analogia in malam partem" (REsp n. 942.288/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ de 31.3.2008). 2. A interpretação sistemática dos dispositivos nos art. 81 e 243 do ECA, e do art. 63 da LCP, conduz ao entendimento de que a conduta de fornecimento de bebida alcoólica a menores de dezoito anos melhor se amolda àquela elencada na Lei das Contravenções Penais. Precedentes. 3. Havendo co-réus condenados pelo mesmo dispositivo, devem os efeitos da desclassificação ser também a eles estendidos. 4. Ordem concedida para, desclassificando a conduta prevista no art 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente para aquela descrita no art. 63 da Lei das Contravenções Penais, reduzir as penas recaídas sobre o paciente. Extensão dos efeitos da ordem aos corréus Aline Aparecida Borges e Tadeu Kuczar Filho, redimensionando, também em relação a eles, as penas aplicadas, além de permitir a substituição das privativas de liberdade por restritivas de direitos. (*HC* n. 113.896/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 19.10.2010, DJ de 16.11.2010)

Tal posicionamento encontra ressonância nos demais Tribunais pátrios:

TJRS: apelação crime. crimes contra crianças e adolescentes. fornecimento de bebidas alcóolicas a MENOR. desclassificação. contravenção. Tendo o legislador estabelecido, no art. 81, I e II, do ECA, distinção entre bebida alcoólica e produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, não é possível enquadrar a conduta de fornecer bebida alcoolica a adolescentes no tipo previsto no art. 243 do ECA, pois se refere ele, especificamente, a produtos que possam causar dependência física ou psíquica. Desclassificação da conduta imputada ao réu para a contravenção prevista no art. 63, inciso I do Decreto-Lei n. 3.688/41. Infração de menor potencial ofensivo. Remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal. APELO PROVIDO EM PARTE. (ACr n. 70037953254, Sexta Câmara Criminal, Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel, julgado em 2.12.2010)

TJPR: FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENORES DE IDADE. RECURSO MINISTERIAL VISANDO O ENQUADRAMENTO DA CONDUTA DO RÉU NO CRIME PREVISTO NO ART. 243 DO ECA. MANUTENÇÃO DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 63, INCISO I, DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. RECURSO DESPROVIDO. O ato de fornecer

> bebidas alcoólicas a adolescentes não se constitui em crime definido no artigo 243, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual não abarca as bebidas alcoólicas, tratando-se, em verdade, de conduta punível a título de contravenção penal, na forma do artigo 63, I, do DL 3688/41. (ACr n. 0608629-9, Prudentópolis, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Miguel Pessoa, DJ de 1.3.2011, p. 391)

Logo, imperiosa a desclassificação.

3) Da retificação da dosimetria

Ante a desclassificação da conduta para contravenção penal, torna-se necessária a retificação da dosimetria.

Assim, em atenção aos elementos valorados pela emérita julgadora *a quo*, que notadamente considerou desfavoráveis somente a culpabilidade, antecedentes e circunstâncias do crime, em nada desabonando as demais moduladoras do art. 59 do Código Penal, **fixo a pena-base em 2 (dois) meses e 25 (vinte cinco) dias de prisão simples**.

Presente a agravante da reincidência, elevo a pena em 15 (quinze) dias, razão pela qual a conduzo **para 3 (três) meses de 10 (dez) dias de prisão simples**, que, na inexistência de causas de aumento ou diminuição, torno definitiva.

O regime inicial de cumprimento da pena é o semiaberto, visto que a reincidência (art. 33, § 2º, b, do Código Penal c.c. art. 6.º da Lei das Contravenções Penais).

Da mesma forma, torna-se inaplicável a substituição, consoante óbice do inc. II do art. 44 do Código Penal.

Outrossim, ante o redimensionamento da pena, houve a incidência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, conforme passo a demonstrar.

Com efeito, o prazo prescricional corresponde a 2 anos, *ex vi* do art. 109, VI, do Código Penal (afastada a incidência da Lei n. 12.234/10, por ser mais gravosa).

Ainda com relação ao prazo prescricional, impende ressaltar que a condição de reincidente em nada afetará a aferição, nos exatos termos da orientação do e. Superior Tribunal de Justiça firmada pela Súmula n. 220[1].

Pois bem. A denúncia foi recebida em 10.10.2008 (f. 40), sendo a sentença condenatória publicada em 3.12.2010 (f. 132), de modo que entre esses marcos houve o transcurso do lapso de exatos 2 anos, 1 mês e 24 dias, portanto superior ao prazo prescricional.

Assim, de rigor é a extinção da punibilidade.

4) Dos pronunciamentos finais

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de a matéria se confundir com a *vexata quaestio*.

Destarte, ante o exposto, em parte contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso para:

1 A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.

a) desclassificar o delito para o previsto no inc. I do artigo 63 da Lei de Contravenções Penais, aplicando a pena de 2 (dois) meses de 20 (vinte) dias de prisão simples em regime inicial semiaberto e;

b) julgo extinta *ex officio* a punibilidade do apelante Antônio Cesar Vieira em face da incidência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, nos termos dos arts. 107, IV, c.c. 109, VI, e 110, § 1º, todos do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência da Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Desembargadores João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 15 de agosto de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.009281-5 - Fátima do Sul
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS SUFICIENTES – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 315 DO CP – IMPROCEDÊNCIA – PENA – ATENUANTE DA CONFISSÃO – NÃO CARACTERIZAÇÃO – AGRAVANTE DO ART. 61, II, G, E CAUSA DE AUMENTO DO ART. 327, AMBOS DO CP – *BIS IN IDEM* – INOCORRÊNCIA – CONTINUIDADE DELITIVA NÃO CARACTERIZADA – RECURSO IMPROVIDO.

Mantém-se a condenação se as provas colhidas são suficientes acerca da autoria e materialidade.

Inviável a desclassificação da conduta se o fato se subsume à capitulação contida na condenação.

Se o réu mudou de versão durante o processo e não houve nenhum auxílio ao deslinde da questão, mostra-se incabível o reconhecimento da atenuante da confissão.

Não ocorre *bis in idem* no reconhecimento da agravante do art. 61, II, g, e da causa de aumento do art. 327, ambos do CP.

Se os fatos ocorreram com lapso superior a 5 (cinco) meses, não há acolher o pedido de aplicação da continuidade delitiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 15 de agosto de 2011.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Nilton Vasconcelos dos Anjos em face da sentença que o condenou à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, acrescida de 200 (duzentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime de peculato (duas incidências), previsto no artigo 312, § 1º, do Código Penal Brasileiro.

Sustenta, em síntese, que deveria ser absolvido em relação ao crime de peculato, alegando ser inocente. Alternativamente, requer a desclassificação do delito, sob o argumento de que sua conduta consistiu em mero emprego irregular de verba pública, delito previsto no artigo 315 do Código Penal.

Por fim, requer a reforma da sentença, afirmando que o emprego da agravante genérica prevista no art. 61, II, "g", e a causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, ambas do Código Penal, não podem ser utilizadas conjuntamente, por caracterizar *bis in idem*. Consigna, também, que não foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea tampouco o benefício da continuidade delitiva.

Contrarrazões às f. 302-5, pugnando pelo improvimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e improvimento do recurso (f. 310-25).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

O apelante Nilton Vasconcelos dos Anjos foi condenado pela prática do crime de peculato (duas incidências), previsto no artigo 312, § 1º, do Código Penal Brasileiro, por ter concorrido para a subtração de dinheiro público, em proveito próprio, valendo-se da facilidade proporcionada pela qualidade de funcionário público, no exercício da função de Diretor da Escola Estadual Professor Joaquim Alfredo Soares Viana, localizada no distrito de Nova Esperança, Município de Jateí-MS.

Por meio do Procedimento de Investigação Preliminar n. 6/2007, o Ministério Público Estadual concluiu que, dentre outras irregularidades, o apelante manipulou o sistema de repasse de recursos financeiros da rede escolar, a fim de apropriar-se de dinheiro público.

Infere-se dos autos que, em 14.11.2006, a Secretaria Estadual de Educação efetuou um depósito na conta bancária da escola gerida pelo réu, referente ao Programa de Repasse Financeiro para Atendimentos Emergenciais, no valor de R$ 2.808,80 (dois mil, oitocentos e oito reais e oitenta centavos), conforme extrato de f. 77.

Com a finalidade de utilizar tal recurso, Nilton comprou materiais necessários à manutenção da rede elétrica, na quantia de R$ 1.553,80 (nota fiscal - f. 78). Do saldo restante (R$ 1.255,00), resguardou a quantia de R$ 62,75 para o pagamento do Imposto Sobre Serviços (5% de R$ 1.255,00), obtendo como crédito disponível para contratação de serviços o valor de R$ 1.192,25.

Fora contratado o eletricista Aureo Amâncio de Souza para efetivar os reparos na rede elétrica da escola, o qual declarou ter cobrado apenas R$ 400,00 pela prestação do serviço. No entanto, o apelante emitiu o cheque n. 850048, em quantia idêntica ao crédito disponível (R$ 1.192,25), que foi compensado em 4.12.2006, de acordo com extrato de f. 77. Seguem as declarações da testemunha Áureo Amâncio, prestadas durante a investigação ministerial (f. 32):

> Assim sendo, após concluídos os serviços, ficou acordado o preço total da mão de obra em R$ 400,00 (quatrocentos reais); Quando assinou o Recibo de Fornecedor, percebeu que o valor era superior ao contratado, mas o Diretor Nilton Vasconcelos disse ao declarante que o saldo restante seria destinado à compra do material utilizado no serviço.

Referido cheque foi entregue ao eletricista, que se dirigiu à agência bancária para o recebimento do dinheiro, apoderou-se do valor ajustado (R$ 400,00) e devolveu a quantia de R$ 792,25 ao réu, que o aguardava do lado de fora.

Finalmente, em 14.12.2006, Nilton encaminhou o Auto de Prestação de Contas n. 29/055735/2006 à Secretaria de Estado de Educação-MS (f. 74-80), relativo à verba pública em questão, dando a entender que todo o recurso foi utilizado em reparos na escola.

A conduta foi reiterada no primeiro semestre de 2007. Em 21.4.2007, foram depositados R$ 3.151,70, também relativos ao Repasse Financeiro para Atendimentos Emergenciais, dos quais R$ 1.551,70 foram empregados na compra de materiais elétricos, consoante nota fiscal juntada nos autos (f. 87).

Do valor restante (R$ 1.600,00), foram reservados os 5% correspondentes ao ISS (R$ 80,00). Desta vez, Nilton emitiu o cheque n. 850035, de R$ 1.520,00, para remunerar o eletricista Idalino dos Santos, o qual declarou ter recebido apenas R$ 250,00 e devolvido o restante ao réu (R$ 1.270,00), logo após a compensação na agência bancária, ocorrida em 24.7.2007, consoante extratos de f. 84.

Idalino apresentou, ainda, o comprovante de depósito em sua conta bancária (f. 31), efetuado em 24.7.2007, exatamente no valor de R$ 250,00. Em depoimento judicial (f. 202), declarou:

> Que depois que assinou a declaração foi por duas vezes procurado pelo acusado, que abordou o depoente na rua e pediu para que o depoente dissesse que o valor total foi recebido pelo depoente para prestação de serviço. Que o depoente se negou a mentir, pois o que o acusado havia dito é que parte do valor se destinava a compra de materiais.

No dia 30.7.2007, Nilton encaminhou o Auto de Prestação de Contas relativo ao segundo repasse à Secretaria de Estado de Educação (f. 81-9), simulando novamente que o recurso foi totalmente empregado na manutenção da rede elétrica escolar.

Em sua defesa, primeiramente o réu alegou ser inocente, mas não expôs o motivo pelo qual deveria ter sido absolvido, caracterizando mera negativa de autoria.

Não merece progredir o apelo.

Para tanto, sirvo-me do seguinte julgado oriundo desta Corte:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO – FURTO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS DESTINADOS À MERENDA ESCOLAR – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE – AUSÊNCIA DAS RAZÕES RECURSAIS – IRRELEVÂNCIA – RECURSO DE APELAÇÃO DEVOLVE TODA MATÉRIA AO TRIBUNAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 601, CPP – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Não há falar em absolvição com base na negativa de autoria isolada nos autos, quando os demais elementos de prova, como depoimento prestado por guardas municipais, dão suporte a condenação do agente. (TJMS, ACr n. 2009.013839-9, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 6.7.2009).

Ademais, há provas suficientes de que o recorrente tomou posse do dinheiro público em ambas as ocasiões. Além das já mencionadas, ele próprio, em interrogatório judicial (f. 174-5), admitiu as duas condutas:

> Que a despesa do ano de 2006 com o eletricista Nilton de fato foi no valor de R$ 400,00. Que o restante da quantia, ou seja, R$ 792,25, o interrogando utilizou para pagar outras despesas da escola. […] que a despesa do ano de 2007 com o eletricista Idalino também foi no valor de R$ 250,00, mas como ele não terminou o serviço, o interrogando

> guardou o dinheiro para contratar outro eletricista. […] que o dinheiro que reservou para pagar um novo eletricista está em poder do interrogando e são uns mil e poucos reais […] Que a Secretaria de Educação não tinha conhecimento do modo como o interrogando utilizava as verbas.

Diante do farto conjunto probatório, não há falar em absolvição. Nesse sentido, segue o julgamento:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO - FURTO – RECURSO DA DEFESA – REQUER ABSOLVIÇÃO – ALEGA FALTA DE PROVAS – IMPROCEDENTE – CONJUNTO PROBATÓRIO VASTO E CONVINCENTE – REQUER DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE – IMPROCEDENTE – PENA APLICADA CORRETAMENTE DE ACORDO COM O ART. 59 DO CP – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Não há falar em reforma da sentença penal condenatória para absolver o apelante quando o conjunto probatório é vasto e convincente. Também não há alterar a aplicação de pena quando esta foi feita de acordo com o art. 59 do Código Penal. (TJMS, ACr n. 2008.035035-6, Primeira Turma Criminal, Relª. Desª. Marilza Lúcia Fortes, julgado em 20.1.2009, DJ de 25.2.2009).

Assim, não deve ser acolhido o pedido de absolvição formulado pelo réu.

Alternativamente, o apelante requer que sua conduta seja classificada como delito de emprego irregular de verbas públicas, previsto no artigo 315 do Código Penal, aduzindo que o dinheiro do qual se apropriou foi aplicado na aquisição de materiais para a escola.

Também não assiste razão ao recorrente.

Para que se configurasse o delito de emprego irregular de verbas públicas, necessário seria que o réu tivesse comprovado nos autos as compras por ele alegadas. No entanto, limitou-se a informar que o dinheiro obtido com a primeira transação foi usado na compra de uma antena parabólica para a escola (f. 337). Alega que esta informação é condizente com o depoimento da testemunha Áureo Amâncio (f. 216), no seguinte trecho: "*Que foram até Glória de Dourados adquirir materiais na TV Sol. Que estes materiais se referiam a Antena Parabólica.*"

Observo, todavia, que se trata de equipamentos referentes à antena parabólica, e não a parabólica em si. Além disso, o recorrente não apresentou a nota fiscal da compra desse aparelho.

Outrossim, pesa contra o apelante o seu interrogatório judicial (f. 175), visto que, ao ser inquirido pelo membro do Ministério Público sobre o destino dado ao dinheiro devolvido pelo eletricista Áureo Amâncio (primeira transação – 4.12.2006), respondeu "*que com esse saldo teria, na verdade, comprado materiais para a quadra de esportes.*"

No entanto, observa-se que há nos autos uma nota fiscal (f. 22), de 30.11.2006, relativa à aquisição de materiais para a quadra de esportes, no valor de R$ 1.520,00, quantia bem superior àquela auferida pelo réu (R$ 792,25), demonstrando que, em verdade, referidos materiais foram adquiridos com verba diversa e pagos com o cheque n. 850047.

Quanto ao destino do dinheiro adquirido com a segunda manobra (R$ 1.270,00), em suas razões recursais (f. 338), o réu aventou a *"possibilidade de ter sem seu poder o referido numerário."*

Ficou evidente que, de forma contraditória e desordenada, o recorrente tentou justificar suas condutas criminosas por meio de informações confusas e inverídicas, ora sustentando que comprou materiais para a escola, ora dizendo que adquiriu uma antena com o dinheiro subtraído.

Portanto, também neste ponto não merece prosperar o recurso.

Por último, o apelante insurgiu-se contra a dosagem da pena imposta. Alega que não foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea e que houve *bis in idem*, caracterizado pela incompatibilidade entre a agravante genérica prevista no art. 61, II, "g", e a causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, ambas do Código Penal. Acrescenta, ainda, que a continuidade delitiva deveria ter sido aplicada ao caso.

Mais uma vez, sem razão o recorrente.

Ressalta-se que, em momento algum, Nilton admitiu ter se apropriado do dinheiro, o que caracterizaria a confissão do crime de peculato. Pelo contrário, optou por apresentar uma defesa confusa.

Inicialmente, na fase inquisitorial (f. 67), informou ter efetuado o pagamento aos eletricistas, no valor integral dos cheques emitidos para tal fim. Depois, judicialmente, informou ter usado a verba para comprar outros materiais para a escola. Finalmente, em suas razões recursais, asseverou ter adquirido uma antena parabólica com o dinheiro a ele devolvido

Não vislumbro, portanto, a confissão.

Quanto à suposta ocorrência de *bis in idem*, não a reconheço. Entendo perfeitamente cabível a aplicação da agravante genérica prevista no art. 61, II, "g", do Código Penal, visto que o réu agiu com violação ao dever de observância ao Princípio da Legalidade, imposto a todos os servidores públicos pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal, bem como por ter ofendido o art. 218 da Lei Estadual n. 1.102/1990, o qual dispõe:

> Art. 218. São deveres do funcionário:
>
> [...]
>
> XII - estar em dia com as leis, regulamentos, regimentos, instruções e ordens de serviço que respeito às suas funções;

O emprego dessa agravante justifica-se pelo simples fato de tratar-se de servidor público, lotado na Secretaria Estadual de Educação-MS. Ela independe da causa de aumento específica prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal, a qual se ajusta ao caso pela circunstância de o réu exercer função de direção da escola, e não por ser funcionário público, como sustentou o apelante (f. 339).

Por tais razões, a reprovabilidade da conduta deve ser mais contundente. Nesse sentido:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO EM CONTINUIDADE DELITIVA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PROVAS SEGURAS DA PARTICIPAÇÃO DO RÉU NA PRÁTICA DELITIVA – CONDENAÇÃO MANTIDA – EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 327, § 2º, DO CP – IMPOSSIBILIDADE – OCUPAÇÃO DE CARGO DE CONFIANÇA – REDUÇÃO PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO – RÉU NÃO REINCIDENTE E PORTADOR DE BONS ANTECEDENTES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> Comprovado nos autos, através do farto conjunto probatório, consistente nos depoimentos das vítimas e das testemunhas e em laudo pericial, que o réu, valendo-se da

> condição de funcionário público, apropriou-se, em proveito próprio, por cinco vezes, de valores pecuniários destinados à administração pública, dos quais tinha posse em razão do cargo, a condenação é medida que se impõe.
>
> Mantém-se a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do CP, vez que, à época do delito, o agente detinha cargo de confiança, tendo em vista que o aumento da pena decorre da maior reprovabilidade do agente que, no exercício de função pública e nela ocupando cargo que demanda com maior rigor a retidão da sua conduta funcional, vale-se de sua posição para a prática de conduta ilícita. (TJMS, ACr n. 2009.020313-9, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 19.10.2009, DJ de 23.10.2009).

Assim, incabível a alegação de ter sido apenado duplamente.

No que tange à ocorrência de continuidade delitiva, entendo que esta não se aplica a este caso.

Apesar de serem semelhantes as duas condutas, noto que é extenso o lapso entre elas, aproximadamente 5 meses, o que enfraquece o argumento de que o segundo delito possa ser considerado continuação ou prolongamento do primeiro.

Pelo exposto, de acordo com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência da Exma. Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 15 de agosto de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2010.028776-8 - Campo Grande
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – MILITAR – CRIME DE EXERCÍCIO DE COMÉRCIO POR OFICIAL (TRÊS VEZES) – FALSIDADE IDEOLÓGICA (POR DUAS VEZES) – RECURSO DEFENSIVO – ATIPICIDADE DA CONDUTA PREVISTA NO ART. 204 DO CPM, DIANTE DA ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL (QUE ALTEROU A SOCIEDADE COMERCIAL PARA EMPRESÁRIA), E PELO FATO DE O RÉU SE ENCONTRAR EM CONDIÇÃO DE AGREGADO – NOVO CÓDIGO CIVIL QUE NÃO MODIFICOU O COMANDO PROIBITIVO DE OFICIAL DE CARREIRA MILITAR EXERCER ATOS DE ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA EM ATIVIDADE COMERCIAL – CONDIÇÃO DE AGREGADO QUE NÃO ROMPE O VÍNCULO MILITAR EXISTENTE COM A CORPORAÇÃO – CONDUTA TÍPICA – ESTADO DE NECESSIDADE – EXCLUDENTE DA ILICITUDE NÃO VERIFICADA – PEDIDO QUE VISA À ABSOLVIÇÃO DAS CONDUTAS PREVISTAS NO ART. 204 DO CPM – PROVAS SUFICIENTES DE QUE O RÉU EXERCIA ATOS DE GERÊNCIA E ADMINISTRAÇÃO COM RELAÇÃO A UMA DAS EMPRESAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – INEXISTÊNCIA DE PROVAS A APONTAR O GERENCIAMENTO DAS DUAS OUTRAS EMPRESAS – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – PLEITO ABSOLUTÓRIO COM RELAÇÃO AO DELITO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA – PROVAS INCONTESTES ACERCA DESTA CONDUTA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A entrada em vigor do novo Código Civil não extinguiu a norma inserta no artigo 204 do Código Penal Militar, visto que a alteração da figura da sociedade comercial para empresária em nada influi no comando proibitivo, ainda ativo, de oficial de carreira militar exercer atos de administração ou gerência em atividade comercial.

A condição de agregado do militar não rompe o vínculo existente entre ele e a corporação, ocorrendo apenas a vacância na escala hierárquica de seu quadro (nos termos dispostos no art. 46 da Lei Complementar n. 53/90).

Não se provando a ocorrência de situação extrema a justificar o sacrifício do bem jurídico tutelado em prol de interesse meramente particular, não há falar na incidência da excludente do estado de necessidade.

Havendo provas suficientes a demonstrar que o réu – oficial de carreira militar – efetivamente exercia atuação administrativa em uma das empresas, há manter a sua condenação no artigo 204 do Código Penal Militar.

Não se comprovando, nos autos, que o réu, de forma assídua, constante e habitual, atuava na gestão e administração das duas outras empresas – cujo contrato social integrara como sócio cotista – impõe-se o decreto absolutório.

A declaração expressa, em documento formal, de que não havia nenhum impedimento legal em o recorrente exercer a administração da sociedade comercial, quando, na verdade, existia óbice legal, devido à situação de o declarante ser oficial de carreira militar, configura a conduta típica prevista no art. 312 do Código Penal Militar (falsidade ideológica).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de julho de 2011.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Leonardo Varanda Coimbra, contra a sentença que o condenou nas sanções previstas no artigo 204 (exercício de comércio por oficial – por três vezes) e no artigo 312 (falsidade ideológica – por duas vezes), ambos do Código Penal Militar.

Com relação ao primeiro delito (art. 204 do CPM), foi fixada a pena de reforma com efeito suspensivo até o trânsito em julgado (artigo 69 do CPM) e, no que se refere ao crime de falsidade ideológica, a pena fixada totalizou 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, que foi suspensa condicionalmente pelo prazo de 2 (dois) anos, mediante condições.

Nas razões recursais juntadas às f. 620-78, requer, inicialmente, o reconhecimento da atipicidade da conduta descrita no artigo 204 do CPM, alegando, para isso:

Que a Lei n. 10.406/2002 extinguira a figura da sociedade comercial e, como a norma inserta no artigo 204 do CPM trata-se de regra que dependia da complementaridade da legislação civil, existindo extinção do complemento, necessariamente se extinguiria a norma penal por vício de atipicidade;

Que a situação de agregado, quando da suposta prática dos delitos que lhe foram imputados, impediria a tipificação delitiva, já que, na prática, não ocupava ele qualquer vaga na função militar e, tampouco, tinha funções eminentemente castrenses;

Superadas tais teses, postula pela absolvição, dizendo, para isso, que caberia ao caso a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, reconhecendo-se, destarte, que a conduta perpetrada seria absolutamente inofensiva ao bem jurídico tutelado pela norma.

Aduz, ainda, que não restou demonstrado o dolo necessário à tipificação delitiva, ressaltando, ainda, que agira em estado de necessidade.

Por fim, salienta que o delito descrito no artigo 312 do CPM, não se trata de crime militar, requerendo, de igual forma, a sua absolvição quanto à prática dessa conduta, bem como diante do insuficiente quadro probatório.

Contrarrazões às f. 681-702, pugnando pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer acostado às f. 707-14-vs. opina, de igual forma, pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Segundo narra a exordial acusatória, *in verbis:*

> [...] O TC. BM Leonardo Varanda Coimbra tomou parte na administração e gerência de sociedade comerciária, bem como inseriu informação que sabia inverídica em documento público, com o objetivo de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, incorrendo, portanto, nas penas previstas para os delitos de exercício de comércio por oficial e falsidade ideológica (art. 204 e 312 do Código Penal Militar).
>
> Como denotam os autos, à saciedade, o denunciado ingressou em sociedade comerciária na condição de administrador e inseriu cláusula de inexistência de impedimento para o exercício de administração quando, em verdade, há expressa proibição, de natureza criminal, prevista no artigo 204, do Estatuto Repressivo Militar.
>
> 1º FATO
>
> Em 1º de março de 2005, o denunciado foi admitido como sócio do bar "Tango", cuja denominação social é "TDB RESTAURANTE DANCING BAR LTDA-EPP", consoante teor do instrumento particular de alteração de sociedade limitada – alteração contratual n. 4. O termo "particular", que qualifica dito instrumento, parece atribuir-lhe a natureza de "documento particular", todavia, o registro na JUCEMS tornou-o "instrumento público", isto é, com efeito *erga omnes.*
>
> A cláusula primeira do mencionado documento tratou da admissão do denunciado na empresa, a terceira conferiu ao denunciado poderes de administração, os quais seriam exercidos conjuntamente com o outro sócio (seu pai à época), ou isoladamente.
>
> O delito de exercício de comércio por oficial, imputável ao TC. BM Leonardo Varanda Coimbra terá como data de sua consumação, por ser permanente, o dia 10 de dezembro de 2007, em tese, dia da cessação da prática delituosa (f. 130-34).
>
> Não obstante os mencionados termos contratuais, os autos evidenciam, com certeza inconcussa, que o denunciado continua a exercer atos de gestão no referido empreendimento, conforme restará demonstrado por ocasião da fase instrutória.
>
> No tocante ao crime de falsidade ideológica, que emerge da cláusula XIV do referido contrato (f. 129), a prática delitiva, nesse particular, ocorreu no exato instante da declaração falsa, ou melhor, da afirmação da inexistência de impedimento para o exercício de atos de administração do empreendimento comercial, quando em verdade os oficiais militares são expressamente impedidos de exercer qualquer ato de comércio (segundo a vetusta terminologia do CPM).
>
> É patente, pois, o menoscabo pelas normas de regência da corporação, porquanto optou o denunciado por atuar como empresário (sujeito de direitos que conduz a empresa e assume o risco do empreendimento, com profissionalidade – art. 966, CC/2002), atividade que se revela incompatível com o oficialato militar.
>
> A autoria e materialidade delitiva restam inquestionáveis pelo Instrumento Particular (que foi publicizado) de alteração de sociedade limitada, encartado às f. 126-9 do presente feito e demais elementos de prova carreados nos autos.

Tal conduta merece, portanto, ser submetida ao competente processo crime, e, uma vez confirmado o injusto típico associado à culpabilidade do denunciado, deverá redundar na prolação de édito condenatório pela prática dos crimes tipificados nos artigos 204 (exercício de comércio por oficial) e 312 (falsidade ideológica), ambos do Código Penal Militar.

2º FATO

Infere-se dos autos que o TC. BM Leonardo Varanda Coimbra, ora denunciado, entregou-se, deliberadamente, às atividades comerciárias, prática ilegal para oficiais militares. Tanto é verdade que, em 10 de novembro de 2006, associou-se, ainda outra vez, para fundar uma sociedade empresária denominada LBL Bijouterias e Acessórios Ltda, nos exatos termos contidos no Instrumento Particular de Contrato Social de Constituição de Sociedade Empresária Limitada (f. 140-42).

O referido contrato tornou-se oponível *erga omnes* com seu registro na Junta Comercial de Mato Grosso do Sul (n. 54200876974).

Na cláusula de n. VI, a administração da sociedade foi conferida a todos os sócios e, na cláusula X, consta declaração de impedimentos para exercício de atos administrativos. Ressalte-se que a redação de tal declaração acentua o desrespeito à lei, *in verbis*: 'Os administradores declaram, sob as penas da lei, de que não estão impedidos de exercerem a administração da sociedade'. Eis o papel desta inicial: impulsionar o processo crime para aplicação das penas da lei.

Restam sobejamente demonstrados os indícios de autoria e materialidade do crime pelo instrumento de constituição de sociedade empresária juntado às f. 140-42.

Tais condutas enquadram-se com perfeição nas descrições típicas contidas nos artigos 312 (falsidade ideológica) e 204 (exercício de comércio por oficial, ambos do Estatuto Militar Repressivo.

3º FATO

Consta, ainda, que o oficial do Corpo de Bombeiros e empresário Leonardo Varanda Coimbra, ingressou, em 11 de março de 2005, na sociedade empresária denominada "Reproform Eventos e Promoções" (f. 169-75).

Impende revelar que a permanência do denunciado na sociedade durou até 31 de agosto de 2006, isto é, por ter natureza de crime permanente, esse deverá ser *o dies a quo* para a contagem do lapso prescricional, consoante entendimento cristalizado pelo Superior Tribunal Federal.

[...] latentes materialidade e indícios da autoria delitiva (f. 173-7).

Tal prática encontra prévia descrição no artigo 204 (exercício de comércio por oficial) do Código Penal Militar.

[...].

Após regular trâmite processual, Leonardo Varanda Coimbra restou condenado às sanções previstas no artigo 204 (exercício de comércio por oficial – por três vezes) e no artigo 312 (falsidade ideológica – por duas vezes), ambos do Código Penal Militar.

Com relação ao primeiro delito (art. 204 do CPM), foi imposta a pena de reforma com efeito suspensivo até o trânsito em julgado (artigo 69 do CPM) e, no que se refere ao crime de falsidade ideológica,

a pena fixada totalizou 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, que foi suspensa condicionalmente pelo prazo de 2 (dois) anos, mediante condições.

Nas razões recursais juntadas às f. 620-78, requer, inicialmente, o reconhecimento da atipicidade da conduta descrita no artigo 204 do CPM, alegando, para isso:

a) Que a Lei n. 10.406/2002 extinguira a figura da sociedade comercial e, como a norma inserta no artigo 204 do CPM trata-se de regra que dependia da complementaridade da legislação civil, existindo extinção do complemento, necessariamente se extinguiria a norma penal por vício de atipicidade;

b) Que a situação de agregado, quando da suposta prática dos delitos que lhe foram imputados, impediria a tipificação delitiva, já que, na prática, não ocupava ele qualquer vaga na função militar tampouco tinha funções eminentemente castrenses.

Superadas tais teses, postula pela absolvição, dizendo, para isso, que caberia ao caso a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, reconhecendo-se, destarte, que a conduta perpetrada seria absolutamente inofensiva ao bem jurídico tutelado pela norma.

Aduz, ainda, que não restou demonstrado o dolo necessário à tipificação delitiva; ressalta, também, que agira em estado de necessidade.

Por fim, salienta que o artigo descrito no artigo 312 do CPM não se trata de crime militar, requerendo, de igual forma, a sua absolvição quanto à prática dessa conduta, bem como diante do insuficiente quadro probatório.

Pois bem, analisando, preliminarmente, as questões atinentes à tipicidade da conduta perpetrada, devo, desde já, refutar a tese defensiva, no tanto em que assevera que, com o advento do novo Código Civil, datado de 10 de janeiro de 2002, ocorrera a revogação tácita de parte do artigo 204 do Código Penal Militar. Explico.

De fato, com a entrada em vigor do novo Código Civil, as sociedades comerciais deram lugar às sociedades empresárias, razão pela qual deixaram de existir as figuras do comerciante individual, da sociedade civil e comercial, as quais passaram, respectivamente, a ser denominadas: empresário individual, sociedade simples e sociedade empresarial.

Não obstante, apesar da alteração terminológica sofrida, o conteúdo normativo da norma prevista no artigo 204 do CPM restou intacto, ou seja, a mudança da sociedade comercial para a sociedade empresária em nada influi na proibição, ainda ativa, acerca da impossibilidade de oficial de carreira militar exercer atos de administração ou gerência em atividade comercial.

Prevê o comando proibitivo descrito no dispositivo mencionado, *in verbis:*

> Art. 204. Comerciar o oficial da ativa, ou tomar parte na administração ou gerência de sociedade comercial, ou dela ser sócio ou participar, exceto como acionista ou cotista em sociedade anônima, ou por cotas de responsabilidade limitada [...].

Vê-se, pois, que, apesar de a lei penal substantiva referir-se à extinta sociedade comercial, não há dizer a atipicidade da conduta, uma vez que esta se amolda ao preconizado no art. 204 do CPM, não por força de analogia *in malam partem***,** conforme tece a defesa em seu postulatório, mas, sim, por meio de interpretação teleológica, sistêmica, onde a busca é a vontade da lei, adequando-a da melhor maneira ao ordenamento jurídico vigente.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes do Superior Tribunal Militar:

> APELAÇÃO. EXERCÍCIO DE COMÉRCIO POR OFICIAL. CONDIÇÃO DE SÓCIO-GERENTE. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA. A condição do Réu

> de sócio-gerente de sociedades por cotas de responsabilidade limitada é o bastante para preencher o tipo penal do art. 204 do CPM. Demonstrado que o Réu exercia atividades típicas de administração, com habitualidade, tornando impositiva a condenação, *maxime* porque é farto o conjunto probatório e não há qualquer excludente de ilicitude a amparar sua conduta. Comprovadas autoria e materialidade do delito. Apelo ministerial provido para condenar o Réu nas penas do art. 204 do CPM. Unânime. (ACr n. 2003.01.049255-0, RS, Rel. Min. Rel. José Júlio Pedrosa, DJ de 26.2.2004).
>
> RECURSO CRIMINAL. EXERCÍCIO DE COMÉRCIO POR OFICIAL. Rejeição da denúncia. O fundamento da decisão, tendo por base o tipo de objeto social, não se constitui como elemento primordial a amparar o argumento de atipicidade da conduta, com o advento do novo Código Civil. A aparente tipicidade da conduta do oficial, cujo nome consta do contrato social como sócio-gerente de sociedade prestadora de serviços, e a evidente complexidade em se conceituar e delimitar a abrangência da expressão "sociedade comercial", prevista no art. 204 do CPM, por exigirem um exame aprofundado, impõem o prosseguimento da ação penal para o perfeito deslinde da questão. Recurso ministerial provido. Decisão unânime. (ACr n. 2005.01.007315-4, RJ, Rel. Min. Antônio Apparício Ignacio Domingues, DJ de 8.3.2007).

Logo, percebe-se que, com o advento do novo Código Civil – Lei n. 10.406/2002 –, não se operou a revogação do comando previsto no artigo 204 da Legislação Castrense, razão pela qual improvejo o recurso defensivo quanto a esta tese.

Igualmente, não há acolher a arguição de atipicidade da conduta, pelo fato de o apelante se encontrar em situação de agregado quando da perpetração da conduta criminosa.

Primeiramente, como bem observado pelo atuante Ministério Público, a agregação do apelante ocorreu entre os seguintes períodos compreendidos entre os anos de 2002 a 2004; 2006 a 2007; e, 2008 a 2009.

As condutas ilícitas que lhe foram imputadas, por sua vez, ocorreram em: 1º fato – entre os anos de 2005 e 2007; 2º fato – entre os anos de 2006 e 2007; e, 3º fato – entre os anos de 2005 e 2006.

Resta cristalino, portanto, que os crimes cuja execução iniciou-se em 2005 deram-se anteriormente à agregação do recorrente.

Demais disso, ainda que assim não o fosse, cumpre anotar, desde já, que a condição de agregado não é capaz de romper o vínculo militar existente entre aquele e a corporação, ocorrendo, apenas, a vacância do militar na escala hierárquica de seu quadro.

Nesse sentido, prediz o artigo 76 da Lei Complementar n. 53/90, *in verbis:* "*a agregação é situação na qual o policial militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu quadro, nele permanecendo sem número*."

Desta forma, é óbvio que o militar agregado ainda se submete às normas de cunho criminal, porquanto é considerado militar da ativa.

Ressalto, inclusive, nos termos expostos na decisão recorrenda, que até mesmo o militar inativo sofre a incidência das normais penais militares, pois, como bem anotou o e. Magistrado da Auditoria Militar, *in verbis:*

> Nesse particular, o art. 76 da Lei Complementar Estadual n. 53/90 conceitua a agregação como sendo 'a situação na qual o policial-militar da ativa deixa de ocupar

> vaga na escala hierárquica de seu quadro, nele permanecendo sem número', em nada se confundindo com o conceito de inatividade, o qual está insculpido no art. 4º da mesma lei, onde se estabelece que se encontram nessa condição apenas os policiais militares da reserva remunerada e os reformados.
>
> Aliás, *mister* consignar que estar na inativa não consubstancia, por si só, *conditio sine qua non* para a possibilidade de se responder criminalmente com base no Código Penal, posto que até mesmo o militar da reserva, ou reformado, conserva as responsabilidades e prerrogativas do posto ou graduação, para o efeito de aplicação da lei penal militar, quando pratica ou contra ele é praticado crime militar, nos termos dispostos no art. 13, do CPM.

Resta evidente, pois, se até o militar da inativa sofre os efeitos da Legislação Castrense, razão não haveria para o agregado – que se encontra apenas temporariamente afastado das funções militares – tivesse situação diversa, ou seja, não fosse responsabilizado pela prática de ato considerado ilícito em virtude da função militar por ele exercida.

Destarte, a situação de agregado do recorrente não afasta a atipicidade de conduta ilícita por ele perpetrada.

No que tange à assertiva da ocorrência de ofensa ao princípio da proporcionalidade, sob o argumento de que a conduta seria absolutamente inofensiva ao bem jurídico tutelado pela norma, também não assiste razão ao apelo.

O princípio da proporcionalidade – cuja denominação foi primeiramente adotada pelos alemães – surgiu com a precípua finalidade de repelir situações desproporcionais aos direitos fundamentais.

Esse princípio demonstra aquela observação sobre a delimitação do alcance das regras jurídicas positivadas no período do pós-positivismo, ou seja, não basta que a lei tenha sido feita conforme os procedimentos previstos, a lei, além de seu conteúdo formal, deverá ser também proporcional, adequada, ou seja, a restrição aos direitos fundamentais deve ser adequada ao padrão de justiça social.

Pois bem, em análise detida à decisão recorrenda, não vejo, pois, com base em tais critérios valorativos, nenhuma ofensa ao princípio mencionado, encontrando-se a decisão segmentada na esteira de tal brocardo – proporcionalidade – bem como dos subprincípios que dele afloram, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu.*

Igualmente, no que se refere à excludente de ilicitude asseverada – estado de necessidade – também não houve a demonstração de que a conduta foi perpetrada sob o seu manto.

Isso porque, em que pese a assertiva trazida de que o pai do recorrente – um dos sócios da Casa Noturna nomeada Tango – encontrava-se convalescente – além de a esposa de Leonardo ser sócia administradora da empresa, havia outros gerentes (tais como restou demonstrado nos depoimentos prestados às f. 305; 308; 309; 365 e 375), o que por certo leva a afastar a dedução de que havia situação extrema onde o recorrido deveria sacrificar o bem jurídico tutelado em prol de interesse eminentemente particular, de cunho comercial.

Resta evidente, dessa forma, que tanto a esposa de Leonardo, como as demais pessoas que exerciam funções gerenciais poderiam exercer atos de gestão da sociedade empresária, não sendo necessário que Leonardo, impedido por comando legal em vigor, assim agisse.

No que se referem às provas existentes e à ausência do dolo na conduta do agente, analisarei cada fato perpetrado em separado.

Com relação ao bar "Tango" – cuja denominação social é "TDB Restaurante Dancing Bar Ltda-EPP" –, as provas existentes nos autos são fartas a demonstrar que, do dia 1.3.2005 até o dia 10.12.2007, manteve o recorrente a administração da sociedade empresária mencionada, da qual também era sócio.

Após esse período, há também elementos probantes a demonstrar que, embora o recorrente já não fizesse 'em tese' parte da empresa mencionada – já que com a quinta alteração contratual, havida em data de 10.12.2007, transferiu a totalidade de suas quotas a sua esposa Anabel – continuou, todavia, a exercer ingerência administrativa na empresa, o que por lei lhe era defeso.

Vejamos:

Vislumbra-se, inicialmente, do Instrumento Particular de Alteração de Sociedade Limitada – Alteração Contratual n. 4 – que o recorrente foi admitido como sócio na empresa TDB Restaurante Dancing Bar Ltda. (f. 132), constando da cláusula de n. 3 que a ele eram conferidos poderes de administração, os quais poderiam ser exercidos conjuntamente (ou isoladamente) com o outro sócio – Abdias Ferreira Coimbra (seu genitor).

Vê-se, também, do teor de tais contratos, que o recorrente nominava-se como 'do comércio', ao qualificar a sua profissão.

Pois bem, não obstante a negativa dele em tomar parte da administração ou gerência dessa empresa, as provas existentes, contudo, afastam esta assertiva.

Na oportunidade em que foi inquirido pela Polícia Civil, em data de 13.11.2008, Leonardo asseverou, expressamente, que administrava o bar, conhecido como 'Boate Tango'. Veja-se, *in verbis:*

> [...] Que o declarante é filho do proprietário da TDB RESTAURANTE DANCING BAR LTDA, conhecida como BOATE TANGO, mas é o responsável pela administração da casa noturna, uma vez que o seu pai é idoso e deixou toda a responsabilidade do estabelecimento para o declarante [...]. (f. 64).

Apesar de, em outro momento, salientar que era o seu pai quem administrava a casa noturna, do depoimento prestado por este, vê-se, de forma cristalina, que não tinha o menor conhecimento acerca da rotina da empresa. Isso é o que se extrai das palavras ditas pelo Sr. Abdias, *in verbis:*

> JUIZ: O filho do Sr. Figurou como sócio-cotista por quê?
>
> DEPOENTE: Exatamente por que eu não tinha como[...].Não tinha outra pessoa para colocar. O irmão dele morava na Itália, e eu coloquei simplesmente para figura, porque não podia ficar só eu como dono. É o sistema de cotas.
>
> JUIZ: O senhor sabe, atualmente, qual é o capital social da empresa?
>
> DEPOENTE: Atualmente, eu não posso responder essa pergunta [...];
>
> JUIZ: O capital de giro o senhor não sabe?
>
> DEPOENTE: Eu to afastado;
>
> JUIZ: Na época, antes do senhor sair, o senhor se lembra qual era o capital social?
>
> DEPOENTE: Não lembro.
>
> JUIZ: Capital de giro.

DEPOENTE: Não tenho condições de cabeça.

JUIZ: Antes de o senhor se afastar, qual era o número de funcionários?

DEPOENTE: Como que eu vou me lembrar, gente? Não tem condições.

A testemunha Altamiro Chiuza (funcionário da empresa), ao prestar o seu depoimento às f. 365, disse nunca ter visto o Sr. Abdias no local, o que, como bem salientou o *Parquet, "soa impraticável administrar um estabelecimento comercial sem comparecer no local".*

O Sr. Carlos Augusto dos Santos Ferreira (também funcionário da empresa), ao ser ouvido às f. 304-6, disse que Leonardo não exercia atos de comércio, sendo que era o Sr. Abdias quem era o proprietário do local. Todavia, em outra oportunidade, consoante se verifica do documento acostado às f. 70, foi categórico ao afirmar que a propriedade da empresa era do ora recorrente.

A Sra. Anabel – esposa do recorrente – e para quem este transferiu a totalidade de suas cotas da empresa, ouvida em juízo às f. 374-8, mostrou total desconhecimento com relação aos atos gerenciais do estabelecimento tanto que, apesar de dizer que era ela quem fechava o caixa, não tinha a mínima idéia de quanto era em média o faturamento tampouco soube mencionar valores referentes aos gastos com a reforma do lugar, demonstrou, portanto, que, na realidade, o seu nome constava do contrato social da empresa por mera formalidade.

Há também outras provas, inclusive uma gravação constante do DVD juntado aos autos à f. 432, onde o recorrente, em entrevista no dia da reinauguração do estabelecimento mencionado, aparece como seu proprietário.

Não fosse só isso, no andamento processual dos Autos n. 001.09.008209-6, ação de execução extrajudicial, o recorrente aparece como representante legal da empresa, sendo que em outro processo, de n. 00517-2007-001-24, figurou, inclusive, como depositário fiel de três aparelhos de ar condicionado.

Como bem destacado pelo *Parquet,* as pessoas jurídicas serão representadas em juízo, ativa e passivamente, por quem seus respectivos estatutos designarem, sendo que, quando não designarem, serão representadas por seus diretores (art. 12 do Código Civil); é óbvio, portanto, que o recorrente, ao representar a empresa nas ações mencionadas, o fazia diante de sua efetiva atuação administrativa na empresa.

À f. 69, foi juntado, também, um requerimento emitido por Leonardo, onde solicitava o comparecimento da Vigilância Sanitária no Bar, o que vem a ratificar que não ficava no local, como disse no depoimento prestado às f. 297-303, apenas aguardando a sua esposa terminar o que tinha para fazer no local, mas, sim, exercendo plenamente a administração do estabelecimento.

Dessa forma, resta comprovado que o recorrente, ao exercer atos de gerência e administração do bar Tango – cuja denominação social é "TDB Restaurante Dancing Bar Ltda-EPP", incorreu na prática do delito previsto no artigo 204 do Código Penal Militar, razão pela qual não merece nenhum retoque a decisão recorrenda nesse sentido.

De igual forma restou estampada, nas provas dos autos, a prática do delito de falsidade ideológica, visto que, conforme demonstrado alhures, constara declaração expressa no instrumento de alteração da sociedade limitada da empresa TDB Restaurante Dancing Bar, que não havia nenhum impedimento legal em o recorrente exercer a administração dessa sociedade, o que, todavia, não condizia com a verdade, já que, diante de sua situação de Oficial do Corpo de Bombeiros, existia sim vedação expressa constante no artigo 204 do Código Penal Militar.

E não há dizer que o recorrente não tinha ciência acerca de tal vedação, pois, como bem se consignou no *decisum a quo: "[...] O fato de o réu, conforme ele mesmo declara, ser oficial do CBMMS há dezenove anos, bacharel em direito e ter exercido, por muito tempo, a função de assessoria jurídica, inclusive junto à Defensoria Pública, são circunstâncias que robustecem a convicção de que ele tinha pleno conhecimento desse impedimento".*

Logo, também não há acolher a tese absolutória com relação a esta conduta delitiva.

No que tange aos 2º e 3º fatos que foram imputados ao recorrente, quais sejam, o exercício de atividade de comércio ao atuar como promotor de eventos na Sociedade "Reproform Eventos e Promoções", e constar como sócio cotista da empresa LBL Bijouterias e Acessórios Ltda., entendo, porém, não haver nos autos subsídios o bastante a sustentar o édito condenatório.

Conforme ressabido, para a configuração do delito previsto no artigo 204 do Código Penal Militar, necessária se faz a demonstração cabal da prática assídua, constante e habitual dos atos de gestão e administração, o que, todavia, com relação a esses dois fatos supramencionados, não se comprovou nos autos.

Com relação à empresa Reproform, vejo que não foram arrolados como testemunhas da acusação os demais integrantes da sociedade e, apesar de se dizer que o recorrente tinha efetiva participação nos atos de gerência, tendo, inclusive, o seu nome veiculado nos eventos relacionados a esta empresa, não se colacionou aos autos provas suficientes a comprovar tal situação.

Outrossim, ainda que tenha havido, realmente, a divulgação do nome do recorrente em algum evento desta empresa – o que se frisa, não foi comprovado – a simples menção de seu nome, a critério exclusivo do noticiante, sem provas contundentes a demonstrar atos de gerência e administração, não pode consubstanciar no decreto condenatório, por total ausência de preenchimento do tipo penal constante no artigo 204 do CPM.

De igual forma, no que se refere à empresa LBL Bijouterias, não há o mínimo de prova a imputar a conduta delitiva ao recorrente, pois, apesar deste, em dado momento, ter sido nominado no contrato social da empresa, nada há nos autos a demonstrar o exercício de gerência e, ou, administração dessa empresa.

A única prova existente é o documento de f. 140-2, que nos revela que, durante um breve período, Leonardo manteve uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada com sua esposa Anabel, não existe, outrossim, nenhuma prova cabal a demonstrar a habitualidade necessária à tipificação delitiva.

Isso porque, conforme salientado, o delito *sub examine* é considerado como crime habitual e, desta forma, para que se concretize, é necessário uma reiteração de atos de comércio – sem os quais, o delito não subsiste, ou seja, a prática de um ato apenas não é capaz de tipificar o crime, apenas o conjunto de vários, praticados com habitualidade, é que configura o delito.

Célio Lobão nos ensina que, com relação ao delito previsto no artigo 204 do Código Penal Militar:

Consuma-se o delito no momento em que o agente pratica ato próprio de quem exerce, de direito ou de fato, o comércio, a administração, o gerenciamento, ou de quem participa, de qualquer forma, exceto como acionista ou cotista, de sociedade anônima ou por cotas de responsabilidade limitada (LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 298-300).

Dispõe o art. 204 do Código Penal Militar:

> Art. 204. Comerciar o oficial da ativa, ou tomar parte na administração ou gerência de sociedade comercial, ou dela ser sócio ou participar, exceto como acionista ou cotista em sociedade anônima, ou por cotas de responsabilidade limitada.
>
> Pena – suspensão do exercício do posto, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou reforma.

Comerciar é fazer comércio. E comércio, segundo Plácido e Silva, *in verbis*:

> Juridicamente, significa ou compreende a soma de atos mercantis, isto é, de atos executados com a intenção de cumprir a mediação, característica de sua finalidade entre o produtor e o consumidor, atos estes que devem ser praticados habitualmente, com o fito de lucro.
>
> A habitualidade e o fito de lucro é que dão ao comércio, juridicamente considerado, o seu traço característico. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 461. v. 1).

Pois bem, conforme já dito, examinando-se as provas coligidas nos presentes autos, a luz dos conceitos de comércio e habitualidade, não encontro elementos concretos a justificar a condenação do recorrente nas sanções previstas nos artigos 204 do Código Penal Militar – no que se refere ao fato de ter integrado como sócio cotista os contratos sociais das empresas "Reproform Eventos e Promoções", e LBL Bijouterias e Acessórios Ltda.

Destarte, diante da ausência de demonstração cabal do desempenho das funções de administração e gestão empresarial, em caráter habitual, no que se relaciona às empresas "Reproform Eventos e Promoções", e "LBL Bijouterias e Acessórios Ltda.", com base no artigo 439, *e,* do Código Penal Militar, decreto a absolvição de Leonardo Varanda Coimbra da prática do delito previsto no artigo 204 do Código Penal Militar que lhe fora imputado.

No que tange, porém à prática do delito de falsidade ideológica, diante da declaração expressa em contrato social de que não havia nenhum impedimento legal em o recorrente exercer a administração da empresa LBL Bijouterias e Acessórios Ltda., entendo, porém, que não há absolvê-lo deste delito.

Primeiro porque, como já ressaltado alhures, diante de sua situação de Oficial do Corpo de Bombeiros, existia sim vedação expressa constante no artigo 204 do Código Penal Militar em assinar tal documento.

Segundo, porque, a tese de inexistência de dolo não condiz com a realidade fática, mormente diante da situação particular do recorrente, oficial do CBMMS há dezenove anos, bacharel em direito, prerrogativas pessoais que não condizem com a assertiva de que o recorrente não lera o contrato social ao assiná-lo.

Logo, não há acolher a tese absolutória com relação a esta conduta delitiva.

Diante do decreto absolutório do recorrente, com relação às duas condutas previstas no artigo 204 do Código Penal Militar, necessário se faz o redimensionamento da pena que lhe foi aplicada.

Desta forma, sobejando à condenação do recorrente pela prática da conduta prevista no artigo 204 do Código Penal Militar, apenas com relação do exercício de comércio no que se refere à empresa TDB RESTAURANTE DANCING BAR LTDA., seguindo as diretrizes do artigo 69 do Código Penal Militar, decreto a sua suspensão do exercício do posto pelo prazo de 1 (um) ano.

Mantenho, outrossim, as demais disposições expostas na decisão recorrenda, inclusive no tocante à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, fixada diante da prática do delito previsto no artigo 312 do Código Penal Militar (falsidade ideológica) por duas vezes, que foi suspensa, condicionalmente, mediante o cumprimento das condições mencionadas algures.

Exposto isso, em parte com o parecer, dou provimento parcial ao recurso interposto, para absolver Leonardo Varanda Coimbra da imputação prevista no artigo 204 do Código Penal Militar, no que se refere ao exercício de comércio das empresas "Reproform Eventos e Promoções", e "LBL Bijouterias e Acessórios Ltda.", diante da não comprovação das condutas ilícitas imputadas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência da Exma. Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 18 de julho de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2011.021248-9 - Dourados
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PERDIMENTO DE FIANÇA COMO CONDIÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO POR INTERESSE DE AGIR – ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO – POSSIBILIDADE – REJEITADA – PERDA DO VALOR SÓ EM CASO DE CONDENAÇÃO – EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM CONCEDIDA.

Embora o Ministério Público seja ordinariamente legitimado a propor a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, os fundamentos da recusa e os termos da proposta podem e devem ser submetidos ao juízo de legalidade por parte do Poder Judiciário.

A fiança é agregada ao processo, a fim de, eventualmente, o réu, quando condenado, pagar as custas, as despesas e também a indenização. Em caso de absolvição, extinção da punibilidade pela prescrição, arquivamento de inquérito policial, ou suspensão condicional do processo, ou seja, quando não há condenação, cessando o poder de processar do Estado, deve, pois, ser restituída.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de agosto de 2011.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de Bruno de Melo Silva, sob o argumento de estar ele sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, tendo em vista a fixação de condição para suspensão condicional do processo.

Aduz a impetrante, em síntese, que a cláusula contida na transição penal aceita pelo paciente, consistente na perda da fiança, é ilegal e não pode ser mantida, pois consiste em antecipação de pena que somente seria cabível caso o paciente tivesse sido condenado.

O pedido liminar foi indeferido (f. 17). A autoridade coatora prestou as informações de f. 28 dos autos.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opina, preliminarmente, pelo não conhecimento da impetração e, no mérito, pela denegação da ordem (f. 37-48).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Narram os autos que o Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra o paciente Bruno de Melo Silva porque no dia 5 de dezembro de 2010, na comarca de Dourados, por volta das 2h20min., foi surpreendido conduzindo a motocicleta CG 125 Fan, cor preta, placa HTC-4655 de Dourados-MS, em via pública, sob a influência de álcool, expondo a dano potencial a incolumidade pública.

Consta, ainda, que, feita proposta de suspensão condicional do processo, o paciente a aceitou, onde foram estipuladas as seguintes condições:

> a) não frequentar lugares de procedência duvidosa, ou seja, bares, boates, prostíbulos, etc;
>
> b) não se ausentar da Comarca por mais de 30 (trinta) dias sem autorização Judicial;
>
> c) apresentar-se pessoalmente e mensalmente em Juízo, de preferência entre os dias 25 e 30 do mês, para justificar suas atividades;
>
> e) Perda da fiança de f. 25, no valor de R$ 510,00 em favor do IAME - Instituto Agrícola do Menor, conta corrente n. 36267-2, agência 0464, do Banco Itaú S/A. (*Sic*. f. 15.)

Agora, em sede de remédio constitucional a Defensoria Pública Estadual impetra o presente *habeas corpus*, alegando que a perda da fiança utilizada como condição da suspensão condicional do processo configura evidente constrangimento ilegal ao paciente.

Passa-se à análise da impetração.

A preliminar de não conhecimento do pedido, por ausência de interesse de agir, em razão de o paciente ter aceitado a suspensão, não pode ser acolhida.

Ocorre que tanto os fundamentos da recusa do Ministério Público em oferecer a suspensão condicional do processo aos acusados que preenchem os requisitos especiais necessários à concessão do benefício, quanto as condições podem e devem ser alvo de análise pelo Poder Judiciário.

A propósito do assunto, colho precedente do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO CULPOSO. PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI N. 9.099/95. NEGATIVA POR PARTE DO ÓRGÃO MINISTERIAL. MOTIVAÇÃO. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO.
>
> 1. Tratando-se a suspensão condicional do processo de um meio conciliatório para a resolução de conflitos no âmbito da Justiça Criminal, mostrando-se como uma alternativa à persecução penal estatal, fica evidenciado o interesse público na aplicação do aludido instituto.
>
> 2. Embora o órgão ministerial, na qualidade de titular da ação penal pública, seja ordinariamente legitimado a propor a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, os fundamentos da recusa da proposta podem e devem ser submetidos ao juízo de legalidade por parte do Poder Judiciário. (STJ/SP, *HC* n. 25.451, DJ de 1.2.2010).

Tendo em vista a presença do interesse público na concessão do benefício, máxime quando há suposta existência de ilegalidade, conheço do pedido.

Rejeito, pois, a preliminar.

No mérito, a ordem deve ser concedida.

Destarte, o valor que constituir a fiança somente não deve ser restituído na hipótese de o réu ser condenado no processo em que foi prestada, diferentemente do caso onde o réu aceitou a suspensão condicional do processo.

Vale dizer, inexistindo condenação, seja por prescrição da pretensão punitiva, suspensão condicional do processo ou arquivamento de inquérito policial, não pode ser decretada a perda da fiança.

Isto porque "*a finalidade da fiança é a de garantir o cumprimento dos ônus processuais impostos ao réu na liberdade provisória. Ora, em caso de arquivamento do inquérito policial, por não ter se configurado a infração penal, como é o caso, não existem ônus processuais a serem ressarcidos pelo paciente, nem indenização do dano e muito menos multa. Trata-se de uma situação que se assemelha à absolvição, de modo que, conforme observa o saudoso JÚLIO MIRABETE, 'ainda que não haja dispositivo expresso a respeito, o valor da fiança deve ser devolvido quando é arquivado o inquérito policial: perdeu ela seu objeto'"* (**Processo penal**, 10. ed. São Paulo: Atlas, p. 421).

E, *mutatis mutandis***,** convergindo para o mesmo entendimento, é a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> CABIMENTO, DEVOLUÇÃO, VALOR, FIANÇA (DIREITO PROCESSUAL PENAL), HIPOTESE, INEXISTÊNCIA, CONDENAÇÃO, DECORRENCIA, EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, MOTIVO, PRESCRIÇÃO.
>
> A fiança é agregada ao processo a fim de, eventualmente, o réu, quando condenado, pagar as custas, as despesas e também a indenização. Em caso de extinção da punibilidade pela prescrição, não há condenação, cessando o poder de processar do Estado. Deve, pois, ser restituído o valor da fiança. (REsp n. 124.149, Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 2.3.1999).

Colho, ao final, os argumentos do ilustre Procurador de Justiça que, ao lavrar o parecer nos autos do *Habeas Corpus* n. 2011.021248-9, opinou pela concessão da ordem:

> Com efeito a referida cláusula revela-se antecipação de pena e, portanto, constrange ilegalmente o paciente.
>
> Isso porque a pena cominada ao delito praticado pelo paciente atinge o máximo de 3 anos (art. 306 do CTB), pena essa passível de substituição de pena restritiva de liberdade por restritiva de direito (art. 44 do CP), da qual a pena pecuniária é uma das opções.
>
> Dessa forma, se o paciente, com a suspensão do processo, não chega sequer a responder o processo, menos ainda teria sentido ser apenado com a perda da fiança. Aliás, a perda somente se dá justamente com o trânsito em julgado de sentença condenatória, fato que notoriamente não ocorreu.
>
> Ademais, não vislumbra a ocorrência de fatores que permitiriam a quebra ou até mesmo a cassação da fiança.

Assim, evidente o constrangimento ilegal na decretação da perda da fiança como condição da suspensão condicional do processo.

Por fim, entendo não ser o caso de atendimento ao item "b" do pedido, tendo em vista não ter o presente remédio a missão de controle concentrado.

Pelo exposto, contra o parecer, rejeito a preliminar e concedo a ordem para excluir a perda da fiança entre as condições de suspensão condicional do processo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência da Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 4 de agosto de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2011.008158-5 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – AUTORIZAÇÃO PARA FREQUENTAR ENSINO MÉDIO – DECISÃO QUE INDEFERIU O PLEITO, POIS AGENTE NA FASE INQUISITIVA DECLAROU TER ENSINO SUPERIOR – INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO ÓRGÃO COMPETENTE DE QUE REEDUCANDO NÃO TEM ENSINO SUPERIOR – AUSÊNCIA DE MOTIVO PARA INDEFERIR O PLEITO – ORDEM CONCEDIDA.

Preenchidos os requisitos previstos no artigo 35, § 2°, do Código Penal e artigo 122 da Lei de Execução Penal, deve-se conceder a ordem ao reeducando, a fim de frequentar curso de instrução do segundo grau ou superior, porquanto se trata de direito subjetivo que lhe é garantido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de junho de 2011.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

O advogado Sandro Luiz Mongenot Santana impetra ordem de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Mário Estevão Pereira, sob o argumento de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande.

Narra o impetrante que o paciente teve seu direito de frequentar o curso de Educação de Jovens e Adultos suspenso, pois o presídio semiaberto Gameleira informou que, em declaração na fase inquisitiva, o paciente declarou ter ensino superior.

Alega que o paciente juntou declarações de faculdades do Estado de Mato Grosso do Sul informando que não possui diploma de curso superior, bem como requereu ao Ministério da Educação e Cultura certidão que informe se existe o nome do paciente em qualquer curso de nível superior, contudo, o MEC informou que não possui um controle sobre todos os estudantes do Brasil, e esclareceu que o registro dos diplomas é feito nas próprias faculdades.

Desta forma, sustenta que está a sofrer constrangimento ilegal, pois se encontra impedido de frequentar as aulas que se iniciaram em 17.1.2011, podendo inclusive ter prejuízos irreparáveis, por perder o ano letivo.

Assim, requer a concessão de liminar para autorizar que o paciente possa frequentar as aulas administradas no Poli Centro Oeste Colégio de 1º e 2º Graus Ltda.

A liminar foi indeferida, às f. 27-8.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações de estilo, às f. 41-2

O impetrante peticionou, requerendo que fosse oficiado ao Ministério da Educação e Cultura – MEC –, a fim de que informassem sobre a vida estudantil do paciente (f. 34-7).

Acompanhando o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 56-8), foi deferido o pleito (f. 60), a fim de que pudesse ser analisado o presente mérito.

Em ofício, o Ministério da Educação e Cultura informou que, embora *"não possui banco de dados com registro dos egressos do ensino superior do país [...] foram consultados os bancos de dados dos programas de acesso ao ensino superior PROUNI e FIES, bem como cadastro dos alunos matriculados em Instituições Federais de Ensino Superior, não tendo sido encontrado nenhum registro em nome do Sr. Mario Estevão."* (f. 71-6)

Instada a se manifestar novamente, a Procuradoria-Geral de Justiça pugnou pela concessão da ordem (f. 76-9).

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de ordem de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Sandro Luiz Mongenot Santana em favor do paciente Mário Estevão Pereira, sob o argumento de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande.

Extrai-se que toda a questão exposta no presente *writ* é quanto à autorização para que o paciente frequente as aulas oferecidas pelo EJA – Escola de Jovens de Adultos –, já que a autoridade apontada como coatora indeferiu o pleito, porquanto o paciente havia informado na fase inquisitiva que possuía ensino superior e ainda afirmou ser professor e geógrafo.

> Com base nisso a autoridade coatora informou que a mera alegação do paciente, nesta oportunidade, de que não possua tal formação com intuito de ser liberado para frequentar estudo noturno, configura evidente tentativa de frutar o regular cumprimento da pena, na medida em que, ao invés de permanecer recluso cumprindo as reprimendas que lhe foram impostas, frequentaria, irregularmente, aulas noturnas (f. 41-2).

Desta forma, através das informações prestadas pelo Ministério da Educação e Cultura, tenho que os motivos ensejadores para indeferir o pleito não existem, porquanto, segundo informações do Ministério da Educação e Cultura, o paciente não possui ensino superior, consoante consulta no sistema do PROUNI, FIES e instituições federais de ensino superior.

Corroborando as informações fornecidas pelo MEC, há no feito os documentos de f. 19-21, da Faculdade Estácio de Sá, da Universidade Católica Dom Bosco e da FCG-FACSUL, que declara que o paciente nunca foi aluno nas referidas instituições.

Desta forma, consoante o artigo 35[1], § 2º, do Código Penal e artigo 122[2] da Lei de Execução Penal, a saída temporária para frequentar curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução de segundo grau ou superior *é direito público subjetivo do condenado, verificados os requisitos legais*[3], que, *in casu,* resta comprovado que o motivo ensejador do indeferimento do pleito não existe, é, portanto, forçoso reconhecer que a ordem deve ser concedida.

Ante o exposto, com o parecer, concedo a presente ordem, a fim de que Mário Estevão Pereira possa frequentar os bancos escolares, devendo o Juízo da Execução analisar os demais requisitos autorizadores do benefício.

Declaro a perda do objeto do Agravo Criminal n. 2011.011100-8, porquanto possui objeto idêntico a este *writ.* Transladem-se cópia da presente decisão ao citado agravo e, após, arquive-se.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 27 de junho de 2011.

***

1 Art. 35. Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto
§ 1º O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.
§ 2º O trabalho externo é admissível, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

2 Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos
visita à família;
frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do Juízo da Execução;
participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.
Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução

3 STJRJ, *HC* n. 1.589, Sexta Turma, Rel. Min. Washington Bolivar de Brito.

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.014915-5 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TORTURA PRATICADO CONTRA ADOLESCENTE – LEI N. 9.455/97, II, E § 4º, II – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA – PRETENSA ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL LEVE – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO DA PENA-BASE OPERADA – AFASTAMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES – SÚMULA N. 444 DO STJ – EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

A preliminar suscitada de nulidade da sentença que se confunde com o próprio mérito, com ele deve ser analisada.

No crime de tortura, a palavra da vítima, quando coerente e segura, aliada a demais elementos probatórios, assume especial valor, sendo apta a embasar um édito condenatório.

Verificando-se que a conduta do apelante amolda-se perfeitamente ao crime de tortura, a condenação é medida que se impõe, não havendo falar em desclassificação para lesão corporal leve, pois o sofrimento físico e mental impingindo à vítima, a fim de obter uma confissão restou evidenciado pelo conjunto probatório acostado aos autos.

De acordo com a Súmula n. 444 do STJ, processos penais em trâmite não podem ser utilizados para configurar maus antecedentes, devendo tal circunstância negativa ser decotada e via de consequência reduzida a pena-base.

Visto que o delito discutido nos autos foi praticado antes da vigência da Lei n. 11.719/2008, e não houve na denúncia ou por parte da vítima pedido formal de fixação de indenização, com a devida instrução processual, a fim de garantir a ampla defesa e o contraditório, descabe a fixação de indenização por danos prevista no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de julho de 2011.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Antônio Santana Dias da Silva interpõe apelação criminal contra a sentença de f. 421-31, que o condenou à pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, como incurso no crime previsto no art. 1º, inciso II (tortura) e § 4º, II (cometida contra adolescente), da Lei n. 9.455/97.

Em suas razões recursais (f. 437-49), o apelante, preliminarmente, sustenta nulidade da sentença por ausência de fundamentação adequada e, no mérito, (i) absolvição por falta de provas ou (ii) a desclassificação para o crime de lesão corporal leve e, caso mantida a condenação, pugna pela (iii) redução da pena-base e (iiii) extinção/redução da indenização fixada.

Em contrarrazões (f. 453-61), o órgão ministerial requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lançado às f. 469-72, opina no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Antônio Santana Dias da Silva, irresignado com a sentença (f. 421-31) que o condenou à pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso II (tortura) e § 4º, II (cometida contra adolescente), da Lei n. 9.455/97.

Infere-se da peça acusatória (f. 2-3) que:

> Conforme apurou-se, no dia 1.8.1998, das 14h às 10:30H (do dia 2.8.1998), na Delegacia Especializada de Atendimento à Infância e Juventude, na Rua Aquidauana, nesta cidade e comarca, o denunciado Antônio Santana Dias, constrangeu André Luiz Pereira da Costa, menor de 15 anos, que estava sob sua autoridade, com emprego de violência e grave ameaça, a intenso sofrimento físico.
>
> Consta que o Denunciado Antônio compeliu a vítima André a se desnudar, torturou-a e agrediu-a com golpes nas plantas dos pés, jogou água em seu corpo, ameaçou lhe dar choques, ameaçou bater com um pedaço de pau em seus órgãos genitais, e ameaçou lhe dar um tiro na cabeça, causando-lhe sofrimento que resultou nas lesões corporais descritas no exame de corpo de delito de f. 39 e comprovado pelos atestados juntados às f. 21-3, a fim de que o mesmo confessasse a prática de um suposto delito de furto.

Quanto à preliminar suscitada, como bem sustentou a Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, verifica-se que esta se confunde com o próprio mérito e com ele será analisada, visto que, ao contrário do que afirma o apelante, a sentença encontra-se devidamente fundamentada, havendo provas a ensejar a condenação, além de que o fato de a magistrada sentenciante considerar como verdadeira parte das afirmações feitas pelo genitor da vítima, que foram confirmadas por outras testemunhas e pela própria vítima, não implica contradição na decisão, não havendo qualquer violação ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

No que tange ao pleito absolutório, sob o argumento de inexistirem provas suficientes para a condenação, não merece guarida, pois a materialidade e a autoria do delito estão devidamente comprovadas através do atestado e receita médica (f. 24-6) expedidos no dia posterior aos fatos e Laudo de Exame de Corpo de Delito Indireto n. 91.694/98 (f. 42), que aponta as lesões sofridas nos pés da vítima.

O crime previsto no art. 1º, inciso I, *a*, da Lei n. 9.455/97, pelo qual foi condenado o apelante, dispõe:

> Art. 1º Constitui crime de tortura:
>
> I- constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico e mental:

> a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
>
> E neste caso age o torturador com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa. Sendo crime comum, estarão incluídas tanto a conduta do policial que pratica a violência contra uma pessoa para dela obter uma informação, como a do particular [...]. O crime se consuma com o constrangimento causador de sofrimento à vítima, dispensando efetiva obtenção da informação almejada[1].

Tanto no inquérito policial (f. 36-8), como em juízo (f. 359-62), a vítima, André Luiz Pereira da Costa, relata ter sofrido as agressões nos pés, por parte do apelante, a fim de obter sua confissão quanto à suposta prática de furto de eletroportáteis de seu pai. Além das agressões físicas nos pés, também sofreu agressão psicológica, visto que ficou nu, era-lhe jogada água fria, bem como foi ameaçado de sofrer agressão física em seu órgão genital para confessar. Relata, dentre outras, que:

> Foi assim ó, ele... Faz tempo já isso daí, né, faz 11 anos, mas o negócio é o seguinte, meu pai me levou lá e eu fiquei lá, ele tirou meu tênis, começou a bater no solado do meu pé, que ele só bateu no pé, não bateu em outra parte. MP: Quem bateu em você? DEPOENTE: O policial Santana. Ele bateu só no pé, só. A única parte que ele me batia era no pé, você entendeu? Ele bateu muito no pé, eu fiquei muito tempo ainda com o pé inchado, eu saí de dentro da delegacia, você entendeu, com o pé inchado. Eu fiquei uma noite lá naquela delegacia [...] na verdade o policial só me batia, porque ele queria saber o que eu tinha roubado [...].

Aliás, importante consignar que, em sede judicial, apesar de passados cerca de 11 (onze) anos, a vítima confirma de forma harmônica as agressões sofridas e a pressão psicológica sofrida, a fim de obter uma confissão de suposto furto, mostrando-se traumatizada, ao chorar por diversas vezes em seu depoimento.

Importante frisar que as lesões observadas no laudo de exame de corpo de delito correspondem perfeitamente à conduta atribuída ao apelante pela vítima, qual seja, agressões nas plantas dos pés, que deixam vestígios. Os demais atos de tortura foram confirmados pela vítima em ambas as fases.

O genitor da vítima, apesar de dizer não ter visto lesões em seu filho quando foi buscá-lo, somente no dia posterior, às 9 horas da manhã, confirmou que realmente levou seu filho para delegacia no dia dos fatos às 19 horas, deixando-a aos cuidados do apelante, pedindo-lhe que lhe desse uma orientada (f. 332-3), pois suspeitava que ele e seu outro filho tinham-lhe subtraído bens eletroportáteis. Asseverou que:

> Não, sabe o que acontece, eu falei pro André: "Quem que pegou as coisas minhas?" A Senhora tá entendendo bem? Eu primeiro fui lá, conversei com ele, ele falou: "Ó pai, foi uns guri que pegou, largou lá na mata". Ele falava assim pra mim sabe? Aí depois ele mudava de conversa. Falei: "Certamente eu levando ele num negócio da infância lá, ele vai contar onde largou, eu vou recuperar minhas coisas". Você entende?. Relata ainda que o apelante falou que vamos ver se ele conta alguma coisa, se a gente vai perguntar pra ele, vamos fazer uma investigação com ele, vamos ver se ele fala alguma coisa.

Ademais, as lesões sofridas e relatadas pela vítima, além de estarem presentes no laudo pericial, foram confirmadas por sua genitora (f. 363-4).

As testemunhas de defesa não presenciaram os fatos apenas relataram que o apelante era bom policial. A testemunha Orozimba (f. 387), apesar de dizer não ter a vítima apresentado lesões corporais, obteve tal informação do genitor desta, como consta *in verbis:*

1 GOMES, Luis Flávio. CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial**, São Paulo:RT, 2009. p. 957.

> DEFESA: Quando o menor foi entregue pelo pai foi feito uma declaração na qual constava que o menor não tinha sofrido nenhuma lesão, que ele estava bem de saúde, certo? Era costume, era procedimento na delegacia esse procedimento?
>
> DEPOENTE: Sim, quando pela manhã, ou quando o responsável vinha buscar a criança na delegacia, a fazer um termo nele constando que ele tava perfeito, né? Que a criança realmente, aparentemente estava bem (grifo nosso).

Observa-se que tal depoimento não tem o condão de desqualificar o laudo pericial realizado na vítima e palavra desta, havendo prova suficiente para embasar uma decisão condenatória, pois a descrição contida na denúncia restou suficientemente esclarecida e ratificada ao longo da fase instrutória, havendo consonância entre o seu teor e os elementos coligidos na fase inquisitiva.

Assim, verifica-se que a conduta do apelante se amolda perfeitamente ao crime de tortura, pois o sofrimento físico e mental impingindo à vítima, a fim de obter confissão, foi extremo, tendo ficado nas mãos de seu algoz por mais de 24 horas seguidas, sentindo-se mal ao falar do assunto passados onze anos, de tão elevado o trauma sofrido.

Como bem sustenta Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha[2]: "*O crime em comento se consuma com o constrangimento da vítima, desde que ocorra o sofrimento físico ou mental, conhecida a vontade do agente, sem que seja necessário que o torturado pratique ação ou omissão criminosa.*"

Ademais, em crimes de tortura, a palavra da vítima aliada a outros elementos de provas, assume especial valor, senão vejamos:

> EMENTA: CRIME DE TORTURA. PALAVRA DA VÍTIMA. CONSONÂNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL. IMPROCEDÊNCIA. DOLO CONFIGURADO. PENA NO MÍNIMO. REDUÇÃO. INVIABILIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. POSSIBILIDADE. A palavra da vítima aliada às provas pericial e testemunhal é suficiente para alicerçar o **Decreto condenatório pela prática do crime de tortura. É inviável a desclassificação do crime de tortura para o delito de lesão corporal quando evidenciado o dolo do agente em praticar intenso sofrimento físico e mental à vítima com o fim de obter uma informação ou confissão.** Incabível, na primeira etapa da aplicação da pena, a sua redução aquém do mínimo legal. Não havendo vedação legal para a concessão da suspensão condicional da pena para o crime de tortura e tendo o agente preenchidos os requisitos necessários para a concessão do benefício, sua aplicação é medida que se impõe. (TJRO, ACr n. 1001974-47.2006.8.22.0005, Relª. Desª. Ivanira Feitosa Borges, julgado em 9.6.2011, DJ de 14.6.2011, p. 69).
>
> EMENTA: CRIMINAL. TORTURA QUALIFICADA. MATERIALIDADE E AUTORIAS INDUVIDOSAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS. INOCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DE AMEAÇA. CONDENAÇÕES MANTIDAS. DECOTE DAS QUALIFICADORAS. SEQUESTRO. *BIS IN IDEM* POR CRIME COMETIDO POR AGENTE PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. DIMINUIÇÃO DE PENAS. REPRIMENDAS CONCRETIZADAS ADEQUADAMENTE. PERDA DO CARGO. INCONSTITUICIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. **No crime de tortura, normalmente ocorrido na clandestinidade, a palavra da vítima que reconhece o seu algoz, forma alicerce suficiente para sustentar um Decreto condenatório, quando firme, coerente e segura, corroborada pelos demais elementos de convicção existentes nos autos do processo.** Caracterizado o sofrimento físico e mental imposto à vítima, não há falar-se em atipicidade da conduta, menos ainda

2 GOMES, Luiz Flávio. CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação Criminal Especial**: coleção ciências criminais. São Paulo: RT: 2009. p.957-8. v. 6.

> em desclassificação para ameaça ou lesão corporal. Verificada a privação da liberdade para a execução da tortura, impossível o decote da majorante. No mesmo sentido, reconhecido o art. 1º, inciso I da Lei n. 9.455/97 como crime comum, aplicável a majorante relativa ao agente público, não configura *bis in idem*. Observado a melhor técnica ao fixar as penas, não devem ser modificadas. A perda do cargo constitui efeito da condenação do crime de tortura, decidida pelo Tribunal Militar apenas em caso de cometimento de crime militar, o que não se verifica na espécie. Desprovimento aos recursos que se impõe. (TJMG, ACr n. 0982118-42.2008.8.13.0114, Ibirité, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, julgado em 30.11.2010, DJ de 24.2.2011).

Nesse diapasão, não há falar em absolvição ou desclassificação para "lesão corporal leve", mantendo-se a condenação pelo crime de tortura (art. 1º, II e § 4º, II, da Lei n. 9.455/97), pois o simples fato de as lesões sofridas terem sido leves não desqualifica ou ameniza a violência física e psicológica sofrida pela vítima.

Quanto à dosimetria da pena, passo a sua análise.

Verifica-se que, ao dosar a pena, a magistrada *a quo* consignou que:

> A **culpabilidade** é elevada na medida em que o réu agiu deliberadamente. Os **antecedentes** são ruins (f. 410-6). Nada se apontou que desabone a conduta social do réu. Não há nos autos elementos para avaliar a personalidade do réu Os motivos do crime são inerentes ao tipo penal. Quanto às **circunstâncias**, o crime merece maior reprovação, pois o réu praticou o delito abusando da condição de agente da polícia civil e no ambiente da delegacia. Do crime restaram **conseqüências,** pois o ofendido até a presente data, onze anos depois do delito, ainda não se recuperou do trauma psicológico oriundo do crime. O **comportamento da vítima** em nada favorece o réu. Diante da presença de 5 (cinco) circunstâncias judiciais desfavoráveis, a qual acresço para cada uma três meses de reclusão, f**ixo a pena-base em 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão.** Incidem duas causas de aumento da pena. **A primeira, ser o réu agente público, foi considerada na análise das circunstâncias judiciais. A segunda, ser a vítima um adolescente, impõe a elevação da pena em um terço, totalizando 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.** Obedecidos aos parâmetros estabelecidos pelo art. 68, no tocante ao cálculo da pena, fica o réu ANTONIO SANTANA DIAS DA SILVA, **condenado definitivamente à pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.** Como o crime de tortura é equiparado a crime hediondo, estabeleço como inicial para o **cumprimento de pena o regime fechado** (Lei n. 9455/97, art. 1º, § 6º). Por força do § 5º, do art. 1º da Lei n. 455/97 e tratando-se de réu aposentado, interdito-o para o exercício de qualquer outra função pública pelo dobro do prazo da condenação. **Com fundamento no art. 387, inc, IV, do CPP, condeno o réu no pagamento do valor mínimo de indenização de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), valor que deverá ser atualizado a partir da data desta sentença.** Condeno o réu, ainda, ao pagamento das custas processuais (grifo nosso).

Pois bem. Na primeira fase, quanto às circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade, antecedentes, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima), devem permanecer as adequadamente fundamentadas relativas à culpabilidade, às circunstâncias e às consequências do crime, salientando-se que, com relação a esta última, o trauma gerado restou evidenciado no próprio depoimento da vítima, que, após 11 anos, chorou por diversas vezes e relatou que até hoje a relação com seu pai foi abalada, não tendo mais confiança nele. Também deve ser mantida a circustância judicial desfavorável quanto ao comportamento da vítima, que foi levada de forma arbitrária por seu pai àquela delegacia, a fim de que fosse obtida uma confissão pelo suposto crime de furto praticado.

A circunstância negativa relativa aos antecedentes, em face da Súmula n. 444 do STJ[3], deve ser desconsiderada, pois, conforme se verifica às f. 410-6, o réu não possui condenação apenas processos em trâmite e três absolvições.

Diante disso, passo a nova dosimetria da pena do apelante.

Na primeira fase, havendo quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP), quais sejam, culpabilidade, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima, utilizando os mesmos parâmetros adotados pela magistrada *a quo,* fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão.

Na segunda fase, mantém-se a pena-base, em face da inexistência de atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, mantém-se o aumento da pena em 1/3 (um terço), em face da incidência da majorante prevista no § 4º, II (crime cometido contra adolescente), da Lei n. 9.455/97, **restando a pena definitivamente fixada em 4 (quatro) anos de reclusão.**

Mantenho o regime inicial para cumprimento da pena no fechado, nos termos do art. 1º, § 7º, da Lei n. 9455/97.

Entende a defesa técnica do apelante que a indenização por dano moral deve ser excluída, visto que fixado sem nenhum embasamento legal e sem indicações dos critérios utilizados para sua fixação.

O apelante foi condenado a pagar à vítima a quantia R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Tal artigo prevê que:

> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
>
> IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada ao inciso pela Lei n. 11.719, de 20.6.2008, DOU de 23.6.2008, com efeitos a partir de 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação)

De acordo com a mudança do Código de Processo Penal, de modo a prestigiar a celeridade e o processo sincrético, a regra geral é que o juiz, ao prolatar a sentença, fixe o valor para a reparação dos danos sofridos pelo(s) ofendido(s).

Assim, o inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal traz uma norma processual com efeito material civil, pois, após o trânsito em julgado, a vítima ou seus herdeiros terão um título executivo líquido.

Sobre tal artigo, que trouxe polêmica acerca da necessidade de haver pedido específico da vítima acerca da reparação de danos, Guilherme de Souza Nucci ensina que:[4]

> Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação) dou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá- los. A partir daí deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver pedido formal e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por nítida infrigência ao princípio da ampla defesa.

3 É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base,

4 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.691.

No caso em tela, a denúncia foi ofertada em 30 de outubro de 2000. Assim, como o fato delituoso ocorreu antes da vigência do inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal, com a redação dada ao inciso pela Lei n. 11.719, de 20.6.2008, DOU de 23.6.2008, bem como não houve pedido do Ministério Público Estadual acerca de tal condenação nem da vítima ou seus familiares, a referida condenação não pode subsistir.

Com efeito. É que o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal não pode retroagir para atingir fatos pretéritos, bem como não há impor condenação por danos morais ao apelante sem que houvesse pedido específico a este respeito e instrução do feito de modo a aferir a capacidade ecônomica do agente e a extensão do dano, havendo violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido, firme a jurisprudência:

> [...] V. A indenização da Lei n. 11.719/08 é norma de direito material que não pode retroagir. Aplica-se apenas aos ilícitos cometidos após a vigência. VI. Deu-se parcial provimento ao apelo do primeiro réu e total provimento ao do segundo recorrente. (TJDF, Rec n. 2008.01.1.007542-2, ACr n. 490.169, Primeira Turma Criminal, Relª. Desª. Sandra de Santis, DJ de 28.3.2011, p. 206).
>
> LATROCÍNIO. CONFISSÃO EM HARMONIA COM O RESTANTE DA PROVA. ALEGAÇÃO DO RÉU DE QUE PRETENDIA SOMENTE MATAR A VÍTIMA, EM RAZÃO DE DESAVENÇAS, E NÃO SUBTRAIR-LHE A MOTOCICLETA. CIRCUNSTÂNCIAS DE COMETIMENTO DO DELITO INFIRMANDO TAL VERSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO FATO PARA O DELITO DE HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENAS FIXADAS PARTINDO DO PISO LEGAL, COM AUMENTO BEM JUSTIFICADO PELA AGRAVANTE DO ART. 61, II, C, DO CÓDIGO PENAL. Indenização mínima, nos termos do art. 387, IV, do CPP, fixada para reparação de danos morais, sem qualquer produção de prova ou contraditório a respeito. Inadmissibilidade. Apelo parcialmente provido para o cancelamento da indenização fixada em primeiro grau. (TJSP, ACr n. 0014042-12.2009.8.26.0302, ACr n. 5004061, Jaú, Quinta Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Tristão Ribeiro, julgado em 17.3.2011, DJ de 25.3.2011).
>
> [...] 3) Inexistindo requerimento da vítima ou de seus familiares para os termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11719/2008 e, por conseqüência, não instaurado o contraditório nesse aspecto, há que ser decotada da sentença a condenação à verba fixada a título de reparação mínima dos danos sofridos. 4) Recurso conhecido apenas com fundamento na alínea d, do inciso III, do art. 593, CP, e provido em parte. (TJSP, ACr n. 0004159-47.2008.8.03.0001, Câmara Única, Rel. Des. Edinardo Souza, julgado em 18.1.2011, DJn de 24.3.2011) .
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO À FAMÍLIA DA VÍTIMA. CONDENAÇÃO BASEADA EM LEI QUE ENTROU EM VIGOR APÓS A PRÁTICA DO CRIME. AFASTADA. Deve ser afastada a condenação de reparação de danos imposta ao réu, porque o crime em apreço foi praticado antes da edição da Lei n. 11.719/2008, a qual introduziu no artigo 387 do Código de Processo Penal o inciso IV, criando a obrigação de indenizar o dano que a infração penal causou à vítima, de forma que, por se tratar de Lei mais gravosa, não pode retroagir para alcançar fato pretérito, pois, embora seja Lei Processual, também tem conteúdo de direito material. Apelo conhecido e provido. Decisão unânime. (TJPI, ACr n. 2010.0001.002468-0, Rel. Des. Joaquim Dias de Santana Filho, DJ de 23.3.2011, p. 5).
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO PRIVILEGIADO, EM SUA FORMA TENTADA. [...] Pleiteado o afastamento da condenação à reparação mínima prevista

> no art. 387, IV, do CPP. Ausência de contraditório na estipulação do quantum de indenização. Fixação indevida. Decote da quantia estipulada que se impõe.[...] (TJSC, ACr n. 2010.076770-9, São José, Rel. Des. Torres Marques, julgado em 28.2.2011, DJ de 21.3.2011, p. 177).

Portanto, merece provimento o apelo, nesse tanto, para excluir a indenização por danos morais fixada nos termos do artigo 387, incido IV, do Código de Processo Penal.

Outrossim, vale a pena lembrar que, de acordo com o artigo 475-N, inciso II, do Código de Processo Civil, a sentença penal condenatória transitada em julgado é título executivo judicial.

Diante do exposto, dou **parcial provimento** ao recurso de apelação interposto por Antônio Santana Dias, a fim de reduzir a pena-base, nos termos da fundamentação, bem como excluir a indenização por danos morais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 11 de julho de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2011.020485-3 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO – REGIME SEMIABERTO – SAÍDA PARA TRATAMENTO MÉDICO – ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE PERNOITAR NO PATRONATO – PRETENSÃO IMPROCEDENTE – NÃO COMPROVAÇÃO PELO PACIENTE DE QUE SEU ESTADO DE SAÚDE ATUAL NÃO COMPORTA O CUMPRIMENTO DA PENA – LAUDO PERICIAL QUE ATESTA TÃO SOMENTE A INAPTIDÃO PARA REALIZAR TAREFAS QUE DEMANDAM INTENSO OU MODERADO ESFORÇO FÍSICO – ORDEM DENEGADA.

O atual estado de saúde do reeducando paciente não constitui óbice para que cumpra a pena no regime semiaberto, máxime quando restou consignado no Laudo Pericial que, embora possua a necessidade de tratamento médico, esteja impedido de se recolher no Estabelecimento Prisional para pernoitar. Sua incapacidade cinge-se ao fato de não poder exercer atividade laborativa que demande esforço físico intenso-moderado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 15 de agosto de 2011.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Advogada Cristina Rissi Pienegonda, em favor do paciente Evandro Alves Loureiro Motti, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande.

Sustenta a impetrante, em apertada síntese, que: 1) o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, pela infringência ao art. 157, § 2º, II, do CP (roubo circunstanciado); 2) está na iminência de ter cerceada sua liberdade, por força de expedição de mandado de prisão caso o paciente não se apresente ao patronato; 3) o reeducando possui cardiopatia congênita de natureza grave, necessitando de tratamento médico periódico, sendo que a unidade prisional onde cumpre a pena não dispõe de profissionais capacitados para acompanhá-lo, bem como não pode pernoitar juntamente com internos que fumam, sob pena de agravamento do seu estado de saúde. Requer a expedição de salvo-conduto para que permaneça em liberdade.

Liminar indeferida à f. 203 e verso.

Informações da autoridade coatora às f. 211.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer lançado às f. 216-20, opina pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Advogada Cristina Rissi Pienegonda, em favor do paciente Evandro Alves Loureiro Motti, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, pela infringência ao art. 157, § 2º, II, do CP (roubo circunstanciado), no entanto, requerida a prorrogação da permissão de saída para tratamento médico, o Juízo *a quo* indeferiu o pleito, uma vez que o médico especialista responsável pelo Exame Pericial atestou que, muito embora possuísse cardiopatia congênita, o reeducando não estaria impedido de cumprir a pena.

Sustenta a impetrante, em apertada síntese, que: 1) o paciente possui cardiopatia congênita de natureza grave, necessitando de tratamento médico periódico, sendo que a unidade prisional onde cumpre a reprimenda não dispõe de profissionais capacitados para acompanhá-lo, bem como não pode pernoitar juntamente com internos que fumam, sob pena de agravamento do seu estado de saúde.

Requer a concessão da ordem, a fim de que seja expedido um salvo-conduto para que o paciente permaneça em liberdade para tratar-se.

Liminar indeferida às f. 203 e v.

Informações da autoridade coatora às f. 211, *in verbis*:

> [...] o paciente encontra-se evadido desde 19.1.2011.
>
> [...] o paciente foi submetido a perícia especializada por Médico credenciado pelo E. Tribunal de Justiça, inclusive na área de cardiologia.
>
> Extrai-se do laudo pericial de f. 185-8, que o paciente, muito embora portador de cardiopatia congênita NÃO está impedido de cumprir sua pena em regime semiaberto.
>
> Informa ainda o Sr. Perito, que o paciente se apresenta atualmente com poucos sintomas da doença, além de não estar fazendo uso de nenhuma medicação.
>
> [...] considerando que o sentenciado não está impedido de cumprir sua pena; se apresenta pouco sistemático e não vem fazendo uso de nenhuma medicação, não vejo razão lógica em conceder-lhe a permissão de saída para tratamento médico.
>
> Aliás, importante frisar que a permissão de saída é concedida com a única e exclusiva finalidade de que seja o apenado submetido a tratamento médico não fornecido pelo sistema prisional ou quando não possui as mínimas condições físicas de cumprir sua pena em razão da doença/lesão a que está acometido. O que não ocorre no presente caso. (Grifo do original)

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer lançado às f. 216-20, opina pela denegação da ordem.

Compulsando detidamente os autos, verifica-se que o paciente foi condenado em 30.8.2006 à pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, tendo a sentença transitado em julgado em 14.8.2007.

Em 9.7.2010, ingressou na Unidade Prisional para que desse início ao cumprimento da pena no regime estabelecido na sentença, tomando ciência de todas as condições impostas para o regular cumprimento do semiaberto (f. 117).

No dia 8.9.2010, foi-lhe concedida saída temporária pelo prazo de sessenta dias para tratamento médico (f. 146); em 17.12.2010, foi concedida a prorrogação de prazo por mais trinta dias (f. 155).

Entretanto, em 19.1.2011, o reeducando-paciente não retornou da licença médica nem se justificou, ocasião em que foi considerado evadido (f. 160). Contudo, o magistrado *a quo* determinou que fosse realizada perícia médica especializada para uma minuciosa análise do real estado de saúde do reeducando, o que fora efetivamente cumprido em 7.5.2011.

No relatório do perito Dr. Sérgio Cação de Moraes, restou consignado que (f. 179-82):

> [...] O periciado tem cardiopatia congênita, defeito do septo atrioventricular forma parcial, iniciou avaliação com equipe de cirurgia cardíaca em agosto de 2010. Necessita realizar cateterismo cardíaco para avaliação da pressão pulmonar, isto determinará se o tratamento cirúrgico ainda é factível. No momento não está em uso de medicação e apresenta-se pouco sintomático.
>
> [...] Está incapacitado para atividades que demande esforço físico moderado e/ou intenso.
>
> 4. Houve progressão, agravamento ou desdobramento da doença ou lesão, ao longo do cumprimento da pena?
>
> Não.
>
> [...] 6. A incapacidade o impede de pernoitar junto ao regime semiaberto/aberto?
>
> Não.
>
> [...]. (Grifo nosso)

Frise-se, embora o paciente possua, *a priori*, a necessidade de tratamento médico, verifica-se, por outro lado, que ele vem se furtando a fazê-lo, fato que ficou constatado pelo laudo acima exposto, ou seja, não me afigura crível que, se ele próprio negligencia com sua saúde, esteja impedido de cumprir a reprimenda.

Ademais, reafirme-se, sua incapacidade cinge-se ao fato de não poder exercer atividade laborativa que demande esforço físico intenso/moderado, entrementes, não constitui óbice para pernoitar no Patronato.

Destarte, o reeducando-paciente não trouxe aos autos prova inequívoca de que seu atual estado de saúde não permite o encarceramento, ou que deva ser acompanhado/tratado mesmo durante o repouso noturno, o que não é o caso, conforme consignado no aludido Exame Pericial.

Assim, diante do acima delineado e de acordo com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 15 de agosto de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Declar. Perda do Posto e Patente dos Oficiais e Grad. Praças n. 2010.028689-0 - Eldorado
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA - DECLARAÇÃO DE PERDA DA GRADUAÇÃO DE PRAÇA – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – PRAZO PRESCRICIONAL COMPUTADO COM BASE NO ART. 125 DO CPM – AFASTADA – PEDIDO DE SUSPENSÃO DO FEITO EM DECORRÊNCIA DE DOENÇA MENTAL SUPERVENIENTE AO PROCESSO – APLICAÇÃO DO ART. 161 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há falar em prescrição se o prazo a ser computado é do art. 125 do Código Penal Militar e não havia transcorrido o tempo necessário para a prescrição.

Se o requerido foi declarado incapaz, através de processo próprio que tramitou pela Vara da Família, sendo-lhe, inclusive nomeado curador, deve o feito ficar suspenso pelo prazo da interdição, que é de 4 anos, nos termos do art. 621 do Código de Processo Penal Militar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, afastar a preliminar e suspender o feito pelo prazo de 4 anos.

Campo Grande, 19 de setembro de 2011.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

O Ministério Público Estadual de 2ª Instância representou pela Declaração de Perda da Graduação de Praça e exclusão dos quadros da PM/MS do SD/PM Cristyiano Mantoan, com fundamento no artigo 30, inciso IX, da Lei Complementar n. 72/94, artigo 119 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, artigo 55 do Código de Processo Penal Militar e artigo 834 do RITJ/MS, em razão de condenação penal transitada em julgado em crime de tráfico de drogas.

O requerido, às f. 271-81, apresentou defesa escrita nos termos do art. 834 do Regimento Interno, alegando, preliminarmente, a ocorrência da prescrição, considerando a data dos fatos e a data de propositura da presente ação; e pugnou ainda pela decretação da extinção da punibilidade em razão de ter sido beneficiado com indulto.

No mérito.

O requerente foi condenado por tráfico de drogas de 3.076,80 Kg (três mil, setenta e seis quilos e oitenta gramas) de "maconha" dentro do caminhão VW/13.130, placas ABQ-2273/PR.

O requerido foi condenado, nos Autos n. 033.05.000705-2, à pena de 7 anos, 6 meses e 6 dias de reclusão, pelo crime de tráfico previsto nos artigos 12, *caput*, e art. 14, ambos da Lei n. 6.368/76.

Recorreu a este sodalício através da Apelação Criminal n. 2008.008144-4, f. 203-13, que foi parcialmente concedida para que o cumprimento da pena ocorresse nos termos da LEP.

Houve recursos aos tribunais superiores e interposição de Agravo de Instrumento (Ag n. 1.141.860-MS) no STJ, ao qual foi negado conhecimento, sendo que o trânsito em julgado se deu em 2.9.2009, f. 216.

Em consulta ao STF, o Agravo de Instrumento n. 769.337, também, não foi conhecido e transitou em 8.6.2010.

O requerido alega, em sua defesa, que a perda da graduação de praça revela-se exagerada, sob o fundamento de que o tráfico praticado é fato desvinculado de sua vida funcional como Policial Militar.

Ademais disso, alegou que o fato imputado não causou prejuízo material à Administração Pública e que se trata de delito que não envolve violência à pessoa.

O Parecer Ministerial opina pela procedência da perda da graduação de praça e exclusão das fileiras da PMMS.

VOTO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

O Ministério Público Estadual de 2ª Instância representou pela Declaração de Perda da Graduação de Praça e exclusão dos quadros da PM/MS do SD/PM Cristyiano Mantoan com fundamento no artigo 30, inciso IX, da Lei Complementar n. 72/94, artigo 119 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, artigo 55 do Código de Processo Penal Militar e artigo 834 do RITJ/MS, em razão de condenação penal transitada em julgado em crime de tráfico de drogas.

O requerido, às f. 271-81, apresentou defesa escrita nos termos do art. 834 do Regimento Interno. Alegou, preliminarmente, a ocorrência da prescrição, considerando a data dos fatos e a data de propositura da presente ação; e pugnou ainda pela decretação da extinção da punibilidade em razão de ter sido beneficiado com indulto.

No mérito.

O requerente foi condenado, definitivamente, por tráfico de drogas de 3.076,80 Kg (três mil, setenta e seis quilos e oitenta gramas) de "maconha" dentro do caminhão VW/13.130, placas ABQ-2273/PR.

O requerido alega, em sua defesa, que a perda da graduação de praça revela-se exagerada, sob o fundamento de que o tráfico praticado é fato desvinculado de sua vida funcional como Policial Militar.

Ademais disso, alegou que o fato imputado não causou prejuízo material à Administração Pública e que se trata de delito que não envolve violência à pessoa.

Analiso primeiramente a alegada prescrição:

Alega a defesa que a presente Representação encontra-se prescrita, visto que, da data do trânsito em julgado até a data de interposição da representação, decorreram mais de 5 (cinco) anos, incidindo a regra do art. 1º do Decreto Federal n. 20910/32.

Não obstante os argumentos apresentados, em razão da natureza jurisdicional da Representação pela perda de graduação das praças da Polícia Militar, os prazos prescricionais são aqueles previstos no art. 125 do Código Penal Militar, e não nos dispositivos legais relacionados com a Fazenda Pública mencionados pelo patrono da causa.

Estabelece o art. 125, inciso II, do CPM:

> Art. 125. A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
>
> [...]
>
> IV - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro e não excede a oito;

Desta forma, seguindo a prescrição regulada pelo art. 125 do Código Penal Militar, ainda assim não teria ela ocorrido, já que entre a data do trânsito em julgado da condenação – 2.9.2009 (f. 23) – e a Representação ofertada – 2.9.2010 –, transcorreu 1 (um) ano.

Destarte, na data da prolação da condenação, sendo causa interruptiva do prazo prescricional (II do § 5º do art. 125 do CPM), verifica-se que se iniciou a contagem do prazo, de acordo com a pena aplicada, que foi de **7 anos, 6 meses e 6 dias** de reclusão, prescrevendo em **doze anos**, consoante acima disposto.

Assim, demonstrado está que, entre a data do trânsito em julgado da Sentença e a Representação, não decorreu o lapso de 12 anos, razão pela qual não há falar em prescrição, obviamente.

Nesse sentido já se posicionou esse Tribunal de Justiça no Acórdão n. 2009.022333-7:

> EMENTA–DECLARAÇÃO DE PERDA DO POSTO E PATENTE DOS OFICIAIS E GRADUAÇÃO PRAÇAS – ROUBO SEGUIDO DE MORTE – CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO – PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO E PRESCRIÇÃO REJEITADAS – OFENSA AO PUNDONOR MILITAR – IMPOSSIBILIDADE DE O OFICIAL PERMANECER EM ATIVIDADE – REFORMA COMPULSÓRIA DETERMINADA – PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. A nova Carta Constitucional, em seu art. 125, § 4º, determina que a perda de posto e patente de graduação e praça deve ser declarada em procedimento específico, não mais cabendo sua análise na própria sentença condenatória com pena superior a dois anos ou como efeito desta, independente de ser crime comum ou não. A prescrição da perda de posto e patente de oficiais e praças não é verificada com base na lei administrativa, mas pelos mesmos critérios da lei penal relativamente à condenação principal. [...] Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, DJ de 31.1.2011.

Quanto ao pedido para suspensão do feito pelo advento de doença mental do requerido, saliento que o art. 161 do Código de Processo Penal Militar, a ser aplicado ao caso em tela, determina que, *in verbis:*

> [...]art. 161 – Se a doença mental sobrevier ao crime, o inquérito, ou o processo ficará suspenso, se já iniciado, até que o indiciado ou acusado se restabeleça...
>
> [...]
>
> § 2º - O inquérito ou processo retomará seu curso, desde que o acusado se restabeleça[...].

Pois bem, com a alteração do art. 125, § 5º, da CF pela Emenda 45/2004, a perda de posto, patente, e graduação de praça, efeito penal da sentença condenatória militar que era, passou ao *status* de ação própria, com trâmite processual nos Tribunais de Justiça.

Ou seja, trata-se de um processo próprio para se analisar a capacidade de o militar permanecer nas fileiras castrenses.

No caso em tela, o requerido foi interditado, pela 1ª Vara de Família, nos Autos 001.10.019329-4 pelo prazo de 4 anos, sendo-lhe nomeada curadora sua esposa. Veja-se:

> [...] O requerido foi acometido de transtornos mentais e comportamentais devido ao uso de múltiplas drogas.
>
> Dispõe o art.1.767 do Código Civil o seguinte:
>
> Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:
>
> I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
>
> II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;
>
> III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
>
> IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;
>
> V - os pródigos.
>
> Segundo consta do laudo pericial, o requerido é [...] portador de CID-10: F19.2 – Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de múltiplas drogas - síndrome de dependência; totalmente incapaz para os atos da vida civil (sexo masculino, 33 anos) (f. 39).
>
> Consta, ainda, às f. 40, que "do ponto de vista psiquiátrico-forense, assevera-se que Cristyano não reúne as mínimas condições para gerir-se, para administrar os seus bens, de distinguir valores e bens, de ir e vir livremente, uma vez que só o faz se for custodiado por terceiros. É totalmente incapaz para os atos da vida civil".
>
> O próprio interditando, em seu interrogatório (f. 29), afirmou que:
>
> [...] teve problemas com drogas, mas graças ao tratamento está tentando se recuperar. Usava crack e pasta base. O dinheiro da família ia todo na droga. Chegou ao ponto de pegar coisas de casa, jóias da mulher e até mantimentos para trocar por droga. Teve outra internação além dessa, ficando por cerca de 7 anos longe da droga depois dela. O juiz explicou ao requerido quais são as consequencias práticas da interdição e ele disse que concorda com a nomeação da autora sua curadora, pois confia nela.
>
> Diante deste quadro, a interdição é permitida por se enquadrar no art. 1.767 do Código Civil.
>
> Por estes motivos, com o parecer ministerial, julgo procedente o pedido para, na forma do art. 1.767 do Código Civil, interditar Cristyano Mantoan, para todos os atos da vida civil, PELO PRAZO DE 4 ANOS, ocasião em que novo laudo deverá ser apresentado. Nomeio curadora ao interditado sua esposa, a Sra. Marinês Hammer Mantoan.

> Inscreva-se a sentença no cartório de registro civil, dando cumprimento aos demais atos previstos no art. 1.184, do Código de Processo Civil [...].

Dessa forma, nos termos do art. 161 do Código de Processo Penal Militar, suspendo o feito pelo prazo de 4 anos.

Decorrido tal prazo, solicitem informações à respectiva vara de família se houve reversão do quadro do requerido.

Ante o exposto, em parte com o Parecer, afasto a preliminar de prescrição e suspendo o feito pelo prazo de 4 anos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, AFASTARAM A PRELIMINAR E SUSPENDERAM O FEITO PELO PRAZO DE 4 ANOS.

Presidência da Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 19 de setembro de 2011.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes em Apelação Criminal n. 2010.033588-7/0001-00 - Glória de Dourados
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – SUBTRAÇÃO DE UM PADRÃO DE ENERGIA E TODA A FIAÇÃO ELÉTRICA DA RESIDÊNCIA DA VÍTIMA – CONSIDERÁVEL DANO SOFRIDO – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPROVIDO.

Deixa-se de reconhecer o princípio da insignificância se ficar demonstrado que a vítima (que exerce a profissão de lides do lar, portanto não aufere nenhuma renda) sofreu dano total considerável, já que recuperou apenas o padrão de energia, ficando ainda com o prejuízo de R$ 250,00, referente à fiação elétrica subtraída, além das despesas necessárias para a recolocação desta em toda a residência e conserto de eventuais danos causados pelo agente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora. Ausente, justificadamente, o 6º vogal.

Campo Grande, 5 de julho de 2011.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª Desª Marilza Lúcia Fortes

Leone Gonçalves Bom interpõe embargos infringentes em face de acórdão, não unânime, proferido pela 2ª Turma Criminal (ACr n. 2010.35588-7), que deu provimento ao recurso ministerial, por maioria, vencido o relator (f. 125-31).

Pugna pela manutenção do voto vencido proferido pelo Des. Romero Osme Dias Lopes, que mantinha sua absolvição por infração ao art. 155, CP, em razão da aplicação do princípio da insignificância (art. 397, III, CPP), já que o bem foi devolvido à vítima, havendo mínima ofensividade em sua conduta (f. 136-55).

Os embargos foram admitidos (f. 157).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento dos embargos (f. 161-3).

VOTO

A Srª Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Pugna o embargante pela manutenção do voto vencido proferido pelo Relator Des. Romero Osme Dias Lopes, que mantinha sua absolvição por infração ao art. 155, CP, em razão da aplicação do princípio da insignificância (art. 397, III, CPP), já que o bem foi devolvido à vítima, havendo mínima ofensividade em sua conduta.

O recurso deve ser improvido.

Verifica-se que o embargante Leone Gonçalves Bom foi denunciado por infração ao art. 155 do Código Penal, porque, entre os dias 12.6.2008 a 5.8.2009, na Comarca de Glória de Dourados, aproveitando-se do fato de a vítima Liete de França Belém ter permanecido na cidade de Dourados-MS, por mais de um ano, realizando tratamento médico, adentrou na residência dela e passou a ocupá-la sem o seu conhecimento ou autorização.

No mês de agosto de 2009, o denunciado desocupou o imóvel, do qual subtraiu um padrão de energia e toda a fiação elétrica, vendendo-os para terceiros.

O padrão de energia, avaliado em R$ 50,00 (cinquenta reais), foi localizado em poder de Reinaldo Amaral de Almeida, tendo sido apreendido e entregue à vítima (f. 15-6 e 18).

Já a fiação elétrica (aproximadamente 50 metros de fio de cobre), avaliada em R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), não foi localizada (f. 17).

Deixo de reconhecer o princípio da insignificância, pois **a vítima, na verdade, sofreu dano total considerável, já que recuperou apenas o padrão de energia, ficando, ainda, com o prejuízo de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), referente à fiação elétrica, além das despesas necessárias para a recolocação desta em toda a residência e conserto de eventuais danos causados pelo agente.**

Como bem asseverou o d. relator designado, Des. Carlos Eduardo Contar (f. 130):

> **Ademais é certo que a *res furtiva* é um tanto considerável para a vítima, a qual exerce a profissão de lides do lar e, portanto, não aufere qualquer renda** (f. 8). Tanto é assim que, tão logo tomou conhecimento do crime, a vítima empreendeu as medidas necessárias para que se procedesse a sua elucidação, circunstância demonstrativa de que o padrão de energia furtado não era indiferente ao seu patrimônio.
>
> De mais a mais, **um padrão de energia e fiação elétrica interna da residência tem valor não apenas econômico, mas é de importância fundamental no cotidiano da população, pois a partir dos mesmos é fornecida toda a energia elétrica necessária para o regular funcionamento de uma residência**.
>
> Indubitavelmente houve ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado e, conseqüentemente, à norma proibitiva da conduta típica do artigo 155, do Código Penal.
>
> De outro tanto, é certo que a vida pregressa do recorrido indica que o mesmo vem se dedicando à prática de atos que atentam contra o ordenamento jurídico penal (f. 72-4), sendo reincidente na prática de crimes contra o patrimônio (incidência 1 – f. 72), o que demonstra a insuficiência e inadequação do reconhecimento da bagatela.
>
> [...].

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento aos embargos infringentes.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Revisor)

Trata-se de embargos infringentes opostos por Leone Gonçalves Bom em face do acórdão proferido pela 2ª Turma Criminal que, ao apreciar recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público, por maioria, deu provimento ao recurso para reformar a decisão de 1° grau, determinando o recebimento da denúncia e o regular processamento.

Sustenta o embargante que deve prevalecer o voto vencido, o qual mantinha a decisão absolutória, reconhecendo a mínima ofensividade da conduta, a despeito da restituição do bem à vítima, aplicando de plano o princípio da insignificância.

O parecer é pelo improvimento dos embargos infringentes.

Após analisar novamente a matéria colocada em debate, não tenho dúvida em manter o voto vencido, de minha lavra, proferido naquela por ocasião do julgamento do recurso de apelação criminal, por seus próprios fundamentos, *in verbis*:

> Infere-se dos autos que o acusado Leone Gonçalves Bom, foi denunciado como incurso no art. 155, do Código Penal, porque, segundo consta da exordial acusatória:
>
> [...] entre os dias 12 de junho de 2008 e 5 de agosto de 2009, em horário incerto, na Rua Sete de Setembro, n. 36 Vila Industrial, em Glória de Dourados – MS, o denunciado Leone Gonçalves Bom, de forma livre e voluntária, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, subtraiu para si coisa alheia móvel pertencente à vítima Leite de França Belém.
>
> Segundo restou apurado, durante o tempo acima descrito, a vítima estava em tratamento médico na cidade de Dourados – MS, ocasião em que o denunciado adentrou a residência de propriedade da vítima e passou a ocupar o imóvel, sem o conhecimento ou autorização desta.
>
> Constatou-se que no mês de agosto do corrente ano o denunciado desocupou o imóvel, do qual subtraiu o padrão de energia e toda a fiação elétrica, e, em ato contínuo vendou os objetos a terceiros,
>
> O referido padrão de energia foi localizado em poder do comprador Reginaldo Amaral de Almeida, tendo sido apreendido (Auto de Apreensão – f. 11) e entrega à vítima (Auto de Entrega – f. 14).
>
> [...]

Após a resposta da defesa, a Juíza de Direito da Vara única da Comarca de Glória de Dourados, nos termos do art. 397, III, do Código de Processo Penal, absolveu sumariamente o apelado Leone Gonçalves Bom do crime previsto no art. 155 do Código Penal (furto), sob o seguinte fundamento:

> [...]
>
> O furto de bagatela se configura quando o objeto subtraído é de valor ínfimo; quando o prejuízo econômico praticamente inexiste.
>
> Conforme auto de avaliação indireta do objeto subtraído (f. 17), o aparelho foi avaliado em R$ 50,00.
>
> Para a incidência do Princípio em comento, conforme o entendimento do saudoso Ministro Celso de Mello (*HC* n. 84.412-0), *mister* se faz: "(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada".

> Outrossim, o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, em seu voto proferido no REsp n. 406.986 – MG (2002/0008905-0), manifestou que "a missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes".
>
> Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em caso de lesões de maior gravidade. Claus Roxin, a quem se atribui a formulação do princípio, afirma que sua aplicação permite excluir, logo de plano, lesões de bagatela da maioria dos tipos e que, juntamente com o princípio da adequação social (que para Hans Welzel traduz-se em condutas que, se não necessariamente exemplares, se mantém dentro dos limites da liberdade de atuação social), atuam no sentido de se proceder a uma correta e restritiva interpretação dos tipos penais, realizando a natureza fragmentária do direito penal e mantendo íntegro o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico (CLAUS ROXIN *in* **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 47).
>
> No caso em apreço, entendo que possível o reconhecimento do princípio da insignificância.
>
> Todavia, imperioso salientar que a insignificância, tanto aduzida pela defesa, não é de caráter absoluto, mas sim relativo. Sua aplicação está intimamente relacionada com o princípio da proporcionalidade.
>
> Em sede de inexpressividade de lesão jurídica, é de ser considerado que a vítima se trata de pecuarista e comerciante de média monta em nossa comarca. Diferente seria a situação se a vítima fosse um vendedor ambulante, pois a falta do objeto subtraído não poderia considerada irrisória. Em outras palavras, o bem jurídico patrimônio não foi exposto à lesão expressiva.
>
> Ademais, aplicar a insignificância no caso em comento não confrontará o princípio da proporcionalidade, pois de pequeno valor da coisa furtada, conforme se extraiu da avaliação da *res* - inferior a um salário mínimo.
>
> Pois bem, pequeno valor, nas palavras do ilustre professor Julio Fabbrini Mirabete é a importância que "não ultrapasse a importância de um salário mínimo na época do fato"1. Nesta mesma linha de raciocínio RT 800/652, RJTACRIM 47/162, RJTACRIM 47/165, RT 740/686, RT 462/460, RT 700/380).
>
> Ante o exposto, presentes os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, nos termos do art. 397, III, do Código de Processo Penal, ABSOLVO SUMARIAMENTE o denunciado Leone Gonçalves Bom, Silva, qualificado às f. 2.
>
> [...]

Ultrapassado esse breve relato do essencial, analiso o presente recurso trazido a exame nos presentes autos.

A meu sentir, agiu acertadamente a Juíza *a quo* em aplicar o princípio da insignificância e, consequentemente, absolver sumariamente o acusado Leone Gonçalves Bom, pois a conduta dele foi irrelevante e inexpressiva para o Direito Penal.

A muito venho externando entendimento no sentido de que:

> No Direito Penal de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, estruturado no respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), que ultrapassa as barreiras dogmáticas-formais subjetivas, e, se insere na concepção objetiva substancial do Direito

Penal. Dentro desta perspectiva, é de suma importância o bem jurídico protegido; não a norma em si, mas o que a norma visa tutelar.

A infração penal não é mera violação da norma. É mais que isto, é violação do bem jurídico, numa perspectiva de resultado e de relevância da ofensa ao bem jurídico protegido.

Um fato – furto de objetos –, embora reconhecido pelo legislador como delito – há tipificação e inexiste norma geral a respeito da ofensividade –, merece uma exegese valorativa do ponto de vista do bem jurídico tutelado, o qual integra a própria previsão abstrata, mais precisamente, se houve relevância ofensiva ao bem jurídico, examinando-se as conseqüências jurídicas.

A tutela ao bem jurídico deve ser averiguada do ponto de vista positivo, ou seja, de que somente há transgressão da norma quando efetivamente existe um ataque ofensivo ao valor tutelado. Afastada a efetiva ofensa ao bem jurídico, o tipo penal abstrato não se perfectibiliza no plano concreto da realidade da vida.

O princípio da ofensividade ao bem jurídico, como afirma Luiz Flávio Gomes (**Princípio da Ofensividade no Direito Penal**, p. 25), deve ser instrumentalizado e tornado efetivo, sob pena de se ter um discurso liberal e uma aplicação autoritária do Direito Penal.

Como bem ensina Carbonell Mateu (**Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales,** 1999, p. 215 a 218), o princípio da ofensividade ou lesividade exige que não haja crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, dentro de um critério valorativo que a norma comporta. Mais, num Estado social e democrático de Direito, a intervenção punitiva somente se justifica nas condutas transcendentes aos demais que atinjam as esferas de liberdade alheias, sendo contrário ao princípio de ofensividade o castigo de uma conduta imoral, antiética ou antiestética que não invadam a liberdade alheia. Ainda, este princípio descansa na consideração do crime como um ato desvalorado, isto é, contrário à norma de valoração.

No mesmo sentido, Palazzo (**Valores Constitucionais e Direito Penal**, 1989, p. 79 a 84) preconiza que o princípio da ofensividade informa que o fato não constitui um ilícito se não for lesivo ou perigoso ao bem jurídico tutelado.

Também Ferrajoli (**Derecho y Razón**, 1997, p. 464 a 467) ensina que somente os efeitos lesivos justificam a proibição e a pena. Este princípio surge já em Aristóteles e Epicerro e domina toda a cultura penal ilustrada: de Hobbes, Prefendorf e Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano e Romagnosi, os quais observam que os danos causados a terceiros são a razão, o critério e a medida das proibições e das penas. O bem jurídico implica uma valoração para sabermos se deve haver ou não tutela penal.

O tipo penal é como uma pedra bruta que necessita ser lapidada, burilada, integrada com elementos externos ao abstrativismo, tomados do plano objetivo. Só assim é que podemos conceber a formação de um suporte válido, suficiente e real à aplicação da sanção criminal.

A adoção deste princípio implica que se investigue o conteúdo material do tipo penal, isto é, se a conduta se revestiu de entidade suficiente a lesar o bem jurídico. A proteção do bem jurídico e a ofensividade se conectam e se constituem em pilares de sustentação de um Direito Penal voltado à satisfação dos interesses sociais atuais. O que deve ser protegido pela norma penal - bem da vida determinado, ou bem jurídico -, apenas informa o Direito Penal do bem jurídico, não sendo suficiente para determinar se há delito,

> mais precisamente, se a previsão abstrata se concretiza, isto é, se ocorreu uma lesão ou perigo concreto ao valor cultural protegido - ofensividade. Não há crime sem uma real ofensa ao bem jurídico, materializada no brocardo *nullum crimen sine iniuria*.
>
> Destarte, quando não há ofensa ao bem jurídico protegido, não há fato típico, já que a previsão abstrata não se concretiza.
>
> Além do fundamento constitucional, o princípio da ofensividade se extrai do artigo 13 do Código Penal: o resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. A nossa sistemática típica preconiza resultados naturalísticos e formais, mas as duas espécies de resultado são relevantes somente quando ofendem o bem jurídico, isto é, quando houver lesão ou perigo concreto de lesão.
>
> Compete ao magistrado, diante da situação concreta que lhe é submetida, avaliar se houve ou não ofensa ao bem jurídico. Portanto, há fazer um juízo valorativo.
>
> Quem subtrai coisa alheia móvel viola o preceito no plano abstrato normativo. Entretanto, esta violação somente será relevante se também ofender ao bem jurídico patrimônio, isto é, se lesionou ou causou um perigo concreto ao patrimônio. Isto se descobre por meio de um processo valorativo. (*In* ACr n. 2008.012558-8.)

In casu, impõe-se a aplicação do princípio da insignificância, visto que, além do valor do bem ser inferior a um salário-mínimo à época dos fatos (valor da *res furtiva* avaliada em R$ 50,00 ou como sustento o douto promotor de justiça em R$ 250,00; valor do salário-mínimo à época dos fatos R$ 415,00), foi restituído à vítima, não lhe causando prejuízo algum.

Por todo exposto, contra o parecer ministerial, dou provimento aos embargos infringentes, a fim de que prevaleça o voto minoritário, de minha lavra, no qual se mantém intacta a sentença que absolveu sumariamente Leone Gonçalves Bom, nos termos do artigo 397, III, do Código de Processo Penal.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Mantenho meu posicionamento, acompanhando a relatora.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (2º Vogal)

Acompanho a divergência.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (3º Vogal)

Mantenho meu posicionamento, estou de acordo com o voto da relatora.

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (4º Vogal)

De acordo com o voto da relatora.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (5º Vogal)

De acordo com o voto da relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O 6º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Relator, o Exmo. Sr. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos, Manoel Mendes Carli, Juiz Francisco Gerardo de Sousa e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 5 de julho de 2011.

***

Primeira Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.010974-2 - Dourados
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM – ACOLHIDA – COMANDANTE DA POLÍCIA MILITAR RODOVIÁRIA ESTADUAL QUE SE APROPRIA DE PNEUS DOADOS PELA RECEITA FEDERAL À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MILITAR – CRIME PRATICADO POR MILITAR CONTRA O PATRIMÔNIO CASTRENSE – COMPETÊNCIA DA VARA DA AUDITORIA MILITAR – RECURSO PROVIDO – COM O PARECER.

Se o apelante, na qualidade de comandante da Polícia Militar Rodoviária Estadual apropriou-se de pneus doados pela Receita Federal à 3ª Companhia de Polícia Militar Rodoviária, causando prejuízo ao patrimônio público militar, tal fato enquadra-se em crime militar previsto no art. 9º, inciso II, alínea *e*, do Código Penal Militar e art. 303 do mesmo código castrense, devendo o feito ser anulado e remetido para a Vara da Auditoria Militar.

Dessa forma, com o Parecer, acolho a preliminar de incompetência da Justiça comum para julgar o feito, anular a sentença lançada e determinar a remessa dos autos à Vara da Auditoria Militar para processamento do feito sob a ótica do art. 303 do Código Penal Militar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 15 de agosto de 2011.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

Mauro Maurício da Silva Alonso foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, no regime aberto, pela prática do crime de peculato previsto no art. 312 do Código Penal.

Inconformado, recorre, alegando:

Preliminarmente, a incompetência do juízo, pois é policial militar e o crime e os fatos descritos na denúncia configuram crime militar previsto no art. 303 do CPM; nulidade do feito por cerceamento de defesa, por não ter sido oportunizado prova pericial que comprovasse que os pneus encontrados em sua residência eram os mesmos doados à Polícia Militar pela Receita Federal; no mérito, pugna pela sua absolvição por ausência de dolo específico.

O *Parquet* manifesta-se pela mantença da decisão.

O Parecer Ministerial opina pelo acolhimento da preliminar de incompetência do juízo, por se tratar de crime militar.

VOTO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Mauro Maurício da Silva Alonso foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, no regime aberto, pela prática do crime de peculato previsto no art. 312 do Código Penal.

Inconformado, recorre, alegando:

Preliminarmente, a incompetência do juízo, pois é policial militar e o crime e os fatos descritos na denúncia configuram crime militar previsto no art. 303 do CPM; nulidade do feito por cerceamento de defesa, por não ter sido oportunizado prova pericial que comprovasse que os pneus encontrados em sua residência eram os mesmos doados à Polícia Militar pela Receita Federal; no mérito, pugna pela sua absolvição por ausência de dolo específico.

Analiso, primeiramente, a preliminar de incompetência da Justiça Comum para julgar o feito.

O apelante foi denunciado porque, na data de 22.9.2006, policiais federais lograram localizar, no interior de sua residência, onze pneus de veículo, doados pela Receita Federal de Mundo Novo-MS à 3ª Companhia de Polícia Militar Rodoviária, com sede em Dourados-MS, os quais referido acusado recebera na condição de Comandante daquela unidade militar, contudo os teria levado para sua residência e deles se apropriado, como se seus fossem.

Pois bem, o art. 9º do Código Penal Militar prescreve que:

> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
>
> [...]
>
> II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:
>
> b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
>
> [...]
>
> e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar [...].

Primeiramente, pontuo que o crime de peculato previsto no art. 312 do Código Penal encontra correspondente no art. 303 do Código Penal Militar.

Considerando que, no caso em tela, como descrito na denúncia, o recorrente era comandante da Polícia Militar Rodoviária de Dourados, e apropriou-se de pneus doados pela Receita Federal à 3ª Companhia de Polícia Militar Rodoviária.

Ou seja, tais pneus já faziam parte do patrimônio militar quando foram apropriados pelo recorrente.

Portanto, trata-se de crime praticado por militar contra ao patrimônio militar, deve, portanto, ser analisado e julgado pela Vara da Auditoria Militar.

Dessa forma, com o Parecer, acolho a preliminar de incompetência da Justiça comum para julgar o feito, anular a sentença lançada e determinar a remessa dos autos à Vara da Auditoria Militar para processamento do feito sob a ótica do art. 303 do Código Penal Militar.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência da Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 15 de agosto de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Apelação Criminal n. 2011.015740-6 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PEDIDO ABSOLUTÓRIO – FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – PERÍCIA IMPRECISA – PROVIDO.

Se não há, nos autos, provas cabais a respeito da culpa do acusado, uma vez que não houve testemunhas oculares do acidente e a perícia é muito imprecisa, a absolvição do réu, em obediência ao princípio *in dubio pro reo*, é imperiosa.

Para a configuração do delito em questão, não basta apenas considerar a falta de habilitação do recorrente. No âmbito penal, não há falar em culpa objetiva. Tal fato, isolado, caracteriza apenas infração administrativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

Campo Grande, 1º de agosto de 2011.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Ronald Martins Bueno foi condenado à pena 3 anos de reclusão, em regime inicial aberto (substituída por uma pena restritiva de direitos), bem como à proibição de dirigir veículo automotor pelo prazo de 5 meses e 10 dias, por suposta infração ao disposto no art. 302 da Lei n. 9.503/97 (homicídio culposo no trânsito).

Irresignado, recorre a este Sodalício, objetivando sua absolvição, sob o argumento de que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, que, segundo ele, estaria trafegando imprudentemente pela contramão, além de estar alcoolizada. Ressalta, outrossim, que o laudo pericial não aponta seguramente quem seria o culpado pelo abalroamento.

Em contrarrazões, o *Parquet* pugna pelo improvimento do apelo.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou de igual forma.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso deve ser provido.

Em primeiro lugar, cumpre-me destacar que o conjunto probatório é demasiado frágil e insuficiente a demonstrar, cabalmente, qual dos dois (vítima ou acusado) encontrava-se trafegando pela contramão.

Aliás, as únicas duas provas trazidas aos autos são: o laudo pericial (f. 9, ratificado pelo perito, f. 121) e o interrogatório do réu.

Em suas declarações, o recorrente afirma que quem trafegava na via contrária de direção era a vítima. Afirma, ainda, que a iluminação, a sinalização e a pavimentação da via eram precárias.

O laudo pericial confirma a precariedade da via. Entretanto, "*aponta que a causa determinante do evento fica atribuída à manobra inadequada da motocicleta ao invadir a mão de via prioritária da bicicleta*". De qualquer modo, não fornece qualquer elemento capaz de demonstrar a origem da conclusão nem sequer a fundamenta com elementos técnicos.

Ora, não há a certeza necessária para indicar de quem foi a culpa pelo sinistro. O perito não indicou as marcas no chão (que, certamente, havia em razão da batida e da queda da motocicleta) e tampouco apontou, no croqui, em que parte da rua foram encontrados os fragmentos da moto encontrados no local.

Não apontou sequer, no croqui, o lado para que a moto caiu.

Não bastasse, em razão da escuridão do local, não houve testemunhas oculares.

Com efeito, por se tratar de crime culposo, faz-se imprescindível demonstrar a ausência de cuidado objetivo do apelante.

A culpa, em qualquer de suas modalidades, não pode ser presumida apenas porque Ronald dirigia a motocicleta sem estar habilitado. Há de se expor qual o ato de imperícia, imprudência ou negligência deve ser imputado ao acusado.

Conforme bem preleciona Paulo Rangel:

> [...] entendemos que a visão correta que se deve dar à regra constitucional do art. 5o, LVII, refere-se ao ônus da prova. Pensamos que, à luz do sistema acusatório, bem como do princípio da ampla defesa, inseridos no texto constitucional, não é o réu que tem que provar sua inocência, mas sim o Estado administração (Ministério Público) que tem que provar a sua culpa. A regra inserta na Carta Política (art. 5o, LVII) inverte, totalmente, o ônus da prova para o Ministério Público. Hoje, não é mais o réu que tem que provar o álibi alegado; é o Ministério Público que tem que provar a inexistência desse álibi. (*in* **Direito Processual Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 26)

Volto a ressaltar: compulsando detidamente os autos, não se vislumbra a mínima comprovação de que tenha o recorrente faltado com os deveres de cuidado inerentes à condução de veículo. A única infração devidamente comprovada é a administrativa, constituída pela falta de habilitação.

Sobre o tema e pela precisão das palavras, extraio o seguinte precedente do Tribunal de Justiça mineiro:

Em verdade, ao imputar à situação de inabilitado do apelante como motivo determinante de sua conduta inadequada, olvidou-se a acusação de que esse fato, tão só, não constitui motivo suficiente a sustentar a condenação, se não demonstrados outros fatores que, estreitamente ligados àquele, tenham eventualmente contribuído de modo decisivo para o resultado final.

Torna-se aqui evidente que, embora o apelante se conduzisse em flagrante violação de um preceito até então meramente administrativo, assim compreendido o fato de pilotar motocicleta sem se encontrar devidamente habilitado, não restou demonstrado que tenha ele violado, também, algum dever de cuidado.

O magistério de Zaffaroni e Pierangeli alerta muito bem para a necessidade de se distinguirem os dois institutos infracionais em testilha, assim o fazendo de forma perfeitamente ajustada à situação em enfoque:

> Freqüentemente, os deveres de cuidado são estabelecidos na lei, como ocorre nas atividades regulamentadas, tais como a condução de veículos automotores. Nestes casos, a violação dos preceitos regulamentares será um indício de violação do dever de cuidado, mas será preciso ter sempre presente que uma infração administrativa não é um delito, dado que nem sempre a infração do regulamento é uma violação do dever de cuidado. (*in* **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 487).

In casu, o que se apresenta é uma situação em que um sujeito, laborando à margem dos rigores da legislação pertinente, uma vez que, conduzindo veículo automotor sem estar devidamente habilitado, envolveu-se em um acidente, que acabou por vitimar fatalmente uma pessoa.

Ocorre que, embora comprovado que ele laborou irregularmente, não se produziram quaisquer provas no sentido de demonstrar que tenha também laborado com culpa.

Então, à míngua de qualquer prova, é de se aplicar o que esta Corte já firmou, através de inúmeros julgados, a saber:

> APELAÇÃO CRIMINAL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - HOMICÍDIO CULPOSO - ART. 302 DO CTB - ARCABOUÇO PROBATÓRIO FRÁGIL - DÚVIDA QUANTO À VERDADEIRA CAUSA DO ATROPELAMENTO - ABSOLVIÇÃO. Se o conjunto probatório revela-se frágil, suscitando dúvidas a respeito da causa do atropelamento que resultou na morte da vítima, não estando evidenciada de forma segura a culpa do condutor do veículo automotor, a sua absolvição é medida que se impõe, diante do consagrado princípio do *in dubio pro reo*. (TJMG, ACr n. 1.0408.03.002450-4/001, Rel. Des. Vieira de Brito, julgado em 1º.8.2006).

> APELAÇÃO CRIMINAL - TRÂNSITO - HOMICÍDIO CULPOSO - PROVAS FRÁGEIS - PERÍCIA IMPRECISA - DÚVIDA QUANTO À CULPA - ABSOLVIÇÃO LANÇADA. Havendo sérias dúvidas quanto à culpa do acusado, uma vez que não houve testemunhas do acidente e a perícia é muito imprecisa, sem delimitar qual seria o comportamento que violou a norma legal, impende absolver o réu, forte no princípio que faz presumir a sua inocência (*in dubio pro reo*). Apelo provido. (TJMG, ACr n. 1.0408.02.001024-0/001).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para, afastando a culpabilidade do réu, decretar a absolvição da imputação que a ele aqui se faz, na forma do art. 386, IV, do CPP.

Colhe-se, ainda, da jurisprudência:

> **CRIME DE TRÂNSITO.** Homicídio culposo Insuficiência de prova de que o apelante, condutor de veículo para o qual não estava habilitado, tenha concorrido para a morte da vítima Falecido a trafegar embriagada em bicicleta desprovida de freios Dúvida acerca de que o motorista tenha agido com culpa Absolvição extensiva ao coautor, quem

> ao condutor o veiculo para o qual não estava habilitado. Apelações providas. (TJSP, ACr n. 993.06.094237-9, ACr n. 4219001, Birigui, Quinta Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Benedito Roberto Garcia Pozzer, julgado em 13.11.2009, DJ de 11.1.2010)
>
> **PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. RÉU INABILITADO. PROVA DA CULPA. AUSÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.** Em sede de crime de homicídio culposo no trânsito, não se presume a culpa do agente não habilitado, que deve ser evidenciada, tanto quanto a do habilitado, sem o que a absolvição é medida que se impõe. Recurso provido. (TJMG, ACr n. 1.0002.05.004522-4/0011, Abaeté, Quinta Câmara Criminal, Rel. Des. Hélcio Valentim, julgado em 4.9.2007, DJ de 22.9.2007)
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO, HAJA VISTA A EXCLUSIVA CULPA DA VÍTIMA, OU PELA DÚVIDA QUANTO À RESPONSABILIDADE PENAL DO CONDUTOR DO VEÍCULO, PESSOA SEM HABILITAÇÃO LEGAL. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA. PROVA TESTEMUNHAL QUE NÃO EVIDENCIA A CULPABILIDADE, A QUAL EXIGE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA PARA ENSEJAR UM DECRETO CONDENATÓRIO. DÚVIDA MANIFESTA. Homicídio culposo. Acidente de trânsito. Concurso de pessoas. Pai que entrega veículo a filho sem habilitação, embora maior de idade. Condenação. Impossibilidade. Inexistência de vínculo subjetivo entre a conduta e o evento. Concurso de agentes desconfigurado. Inexistência, na área penal, de culpa presumida ou objetiva. Recurso provido. Absolvição decretada em favor dos réus. Impossível a condenação se não se provou tenha o réu, de alguma forma, contribuído de maneira culposa para o sinistro, embora não fosse habilitado para conduzir o veículo. No âmbito penal não há que se falar em culpa objetiva. O fato, isolado, de o réu não possuir habilitação para conduzir veículo não o conduz, *ipso facto*, a uma condenação penal se não deu causa ao evento. Para que se possa vincular alguém como co-autor de crime culposo, é necessária a prova cabal do nexo psicológico do mesmo com o autor da prática da conduta criminosa. Logo, não há que se responsabilizar o genitor como culpado pelo evento praticado pelo filho, porque completamente ausente, para caracterizar o concurso de agentes, o necessário nexo de causalidade entre sua conduta e a ação do motorista, com o resultado do fato, pois ninguém pode imaginar que um pai entregue o carro ao filho com a consciência de que está cooperando para uma ação imprudente deste. (TJPB, ACr n. 2001.010330-6, Pilar; Câmara Criminal, Rel. Des. José Martinho Lisboa, julgado em 16.5.2002, DJ de 18.5.2002)

Por todo o exposto, valendo-me de iguais argumentos e contra o parecer ministerial, dou provimento ao recurso para absolver Ronald Martins Bueno da acusação que lhe pesa, com fulcro no art. 386, VII, do CPP.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Revisor)

Devo divergir do e. relator, para negar provimento ao recurso defensivo, porquanto o conjunto probatório não está apto a excluir sua responsabilidade pelo delito que lhe é imputado.

É certo que inexistem testemunhas presenciais dos fatos e que as condições de tráfego na via eram precárias.

Ocorre, porém, que o "Laudo Pericial n. 64.381" (f. 9-15), fornece elementos suficientes a respeito da dinâmica da colisão, sendo expresso no seguinte sentido (f. 14-5):

> Tendo em vista os elementos encontrados no local e ora interpretados, sistematicamente de acordo com metodologia aplicadas aos casos de acidentes de tráfego, baseadas em cálculos físicos e analisados a luz da criminalística, o Perito fornece como hipótese mais provável para a dinâmica do acidente, não ficando descartadas outras possibilidades que se ajustem aos vestígios levantados no local do sinistro, a que segue:

> O motorista do veículo motocicleta trafegava na Rua Ilha de Marajó sentido oeste-leste no período noturno e atingiu o veículo bicicleta que trafegava em sentido contrário em sua via de mão.
>
> VIII – CONCLUSÃO
>
> Ante o exposto, infere o Perito relator que, a **causa determinante** do evento fica atribuída **à manobra inadequada do veículo motocicleta ao invadir a mão de via prioritária do veículo bicicleta.** (Destaques originais)

Não se ignora o fato de que em todas as oportunidades em que foi ouvido, o acusado negou a autoria delitiva, imputando exclusivamente à vítima a culpa pelo evento, a ponto de aventar a hipótese de que ela estaria embriagada no momento da colisão (f. 20-1, 54, 84 e 85).

Ocorre que a aludida versão não restou confirmada pela perícia técnica. Ademais, vale frisar que contra o próprio apelante foi suscitada a dúvida de que também estaria embriagado, conforme se depreende do depoimento de Rodrigo Chaves da Silva (f. 53 – filho da vítima).

Finalmente, bem ponderou a d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 179):

> Ademais, o apelante afirma que vinha pela rua Ilha Marajó e a vítima vinha pela rua Dimas. Pela dinâmica do acidente, a vítima e a sua bicicleta foram encontradas na rua Ilha Marajó a exatos 15 metros do cruzamento com a rua Dimas, o que permite concluir que o apelante de fato viu a vítima com um mínimo de antecedência mas não conseguiu frear sua motocicleta a tempo de evitar a colisão.
>
> Dessa forma, o fato do apelante ter visto a vítima e mesmo assim não ter conseguido reduzir sua velocidade – que afirma ter sido de apenas 30 km/h (cerca de 8 metros por segundo) – somente pode ser explicado pela sua imperícia em conduzir a motocicleta, situação essa comprovada pela ausência de habilitação para tanto como o próprio afirmou.
>
> Insta salientar, nesse ponto, que não há se falar em culpa exclusiva da vítima – como pretende o apelante – quando este na verdade nem mesmo poderia estar conduzindo motocicleta.
>
> Como bem apontou o representante ministerial de singela instância, a jurisprudência tem admitido que para a concretização do delito previsto no art. 302 do CTB basta ter o agente agido com imprudência, negligência ou imperícia, sendo esta última presumida legalmente pela ausência de habilitação.

Assim, impossível cogitar-se a absolvição do acusado, seja por insuficiência de provas, seja por culpa exclusiva da vítima.

Com efeito, *"demonstrado que o motorista, ao fazer uma conversão para ingressar na rodovia, descumpriu norma do código de trânsito, haja vista a preferência de passagem, que era da vítima, e não sua, e não tendo havido culpa exclusiva dela, inviável se torna a absolvição do apelante."* [1]

Ante o exposto, nego provimento ao recurso defensivo.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Vogal)

De acordo com o voto do relator.

1 TJRO, ACr n. 1010813-68.2005.8.22.0014, Câmara Criminal,Rel.ª Des.ª Ivanira Feitosa Borges, julgado em 1º.10.2009, DJ de 12.11.2009.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O REVISOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 1º de agosto de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 2011.023001-6 - Nova Alvorada do Sul
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – SUSPENSÃO CAUTELAR DA CNH – PRETENDIDO EFEITO SUSPENSIVO DA DECISÃO – INVIABILIDADE – ART. 294 DA LEI N. 9.503/97 – CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – NÃO DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PERIGO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR PELO AGENTE – DESNECESSIDADE DA MEDIDA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – MOTORISTA PROFISSIONAL – DECISÃO CASSADA – DOCUMENTO DEVOLVIDO – PROVIDO.

Por expressa disposição legal (art. 294 da Lei n. 9.503/97), "*da decisão que decretar a suspensão ou a medida cautelar, ou da que indeferir o requerimento do Ministério Público, caberá recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo*".

Carecendo de fundamentação a decisão da juíza que determinou como medida cautelar a suspensão da habilitação para dirigir veículo, na forma do art. 294 da Lei n. 9.503/97, porquanto não houve demonstração concreta do efetivo perigo que a condução de veículo automotor por parte do agente vem causando à regularidade do trânsito naquela cidade, é de rigor a sua cassação, com a imediata devolução do documento, seja em razão da desnecessidade da medida para a garantia da ordem pública, seja por tratar-se de motorista profissional, dependendo da CNH para trabalhar e sustentar-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 29 de agosto de 2011.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por André Rodrigues Santana em face da decisão de f. 41, que recebeu a denúncia, bem como determinou como medida cautelar a suspensão da habilitação para dirigir veículo, na forma do art. 294 da Lei n. 9.503/97.

Em suas razões, clama pela reforma do *decisum* que suspendeu sua carteira de habilitação (CNH), requerendo, ainda, seja dado efeito suspensivo ao recurso interposto.

O representante do *Parquet* apresentou contrarrazões ao recurso ofertado por André Rodrigues Santana (f. 96-102), pugnando pelo seu improvimento.

A juíza manteve a decisão por seus próprios fundamentos (f. 103).

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso em sentido estrito, e, em caso de provimento, prequestiona a violação ao art. 294, caput, e parágrafo único do CTB.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O Ministério Público Estadual ofertou denúncia em desfavor de André Rodrigues Santana pela suposta prática do crime previsto no art. 306 da Lei n. 9.503/97, porque, segundo consta, no dia 1º de outubro de 2010, por volta das 16h30min., na Rua Jofre de Araújo, na altura do número 814, na cidade de Nova Alvorada do Sul, ciente de ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, conduziu veículo automotor, sob a influência de álcool (0,99 mg/l), expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

A denúncia foi recebida (f. 41), oportunidade em que a juíza determinou, como medida cautelar, a suspensão da habilitação do réu para dirigir veículo automotor.

É justamente nesse ponto que se insurge o recorrente.

Assiste-lhe razão.

Antes, porém, devo registrar que não há como emprestar efeito suspensivo ao recurso, na medida em que o art. 294 da Lei n. 9.503/97, em seu parágrafo único, assim dispõe: ***"Da decisão que decretar a suspensão ou a medida cautelar, ou da que indeferir o requerimento do Ministério Público, caberá recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo"***.

Sobre o tema, leciona Guilherme de Souza Nucci:

> [...] Porém, a decisão que suspender cautelarmente o direito, pode ser impugnada pelo indiciado ou réu, através do mesmo recurso, embora sem o efeito suspensivo. [...] (**Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1020)

Superada a questão do efeito suspensivo, tenho que a decisão que determinou, como medida cautelar, a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, deve ser reformada.

A juíza fundamentou sua decisão nos seguintes termos (f. 41), *in verbis*:

> Quanto ao pedido cautelar de suspensão da habilitação, tenho que deve ser deferido o pedido.
>
> A medida requerida se justifica, para que se tenha um trânsito seguro e consciente, sobretudo para que o acusado possa refletir e tomar consciência do que representa dirigir.
>
> Assim, na forma do artigo 294 da Lei n. 9.503/97, determino, como medida cautelar, a suspensão da habilitação para dirigir veículo do réu, de forma a preservar o direito da sociedade a um trânsito seguro.

A meu ver, padece de fundamentação idônea a decisão da juíza, porquanto não houve demonstração concreta do efetivo perigo que a condução de veículo automotor por parte do recorrente vem causando à regularidade do trânsito naquela urbe.

Ademais, a penalidade de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor tem a duração de 2 (dois) meses a 5 (cinco) anos, nos termos do disposto no art. 293, caput, da Lei n. 9.503/97, desde que transitada em julgado a sentença condenatória (§ 1º). Excepcionalmente, ***"em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção"***. É o que dispõe o art. 294, *caput*, do CTB.

E, salvo melhor juízo, a suspensão da habilitação do réu para dirigir, como medida cautelar, não me parece necessária para a garantia da ordem pública, pelo menos não há nada nos autos apontando que a população de Nova Alvorada do Sul estivesse abalada com o fato, a ponto de se tornar necessária e justificada uma medida dessa natureza.

Sob outro enfoque, a apreensão da CNH poderá causar um dano irreparável ao recorrente, isto é, se já não causou, já que é motorista profissional (CTPS – f. 83) e depende do trabalho para sustentar-se.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso em sentido estrito interposto por André Rodrigues Santana para, reformando parcialmente a decisão de f. 41, cassá-la na parte em que determina, como medida cautelar, a suspensão da habilitação do réu para dirigir veículo automotor, devendo ser imediatamente devolvida ao condutor. Decisão contra o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 29 de agosto de 2011.

***

Segunda Turma Criminal
Habeas Corpus n. 2011.026400-0 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO – DENÚNCIA RECEBIDA – PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AAÇÃO PENAL – ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – DENÚNCIA QUE FOI EMBASADA UNICAMENTE EM INQUÉRITO EXTRAJUDICIAL PRODUZIDO PELA POLÍCIA NACIONAL *DEL PARAGUAY* EM LÍNGUA ESTRANGEIRA – NECESSIDADE DE TRADUÇÃO – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA DEMONSTRADA – CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO – ORDEM CONCEDIDA.

Se o inquérito policial confeccionado pela Polícia Nacional *del Paraguay* em língua estrangeira, e não traduzido, é o único elemento que embasa a denúncia ofertada, caracterizada, pois, a ausência de justa causa, uma vez que a linguagem utilizada no documento que serve de sustentáculo para o oferecimento da denúncia não dá a segurança necessária para recebê-la, além do que, o fato de os documentos estarem em idioma estrangeiro, sem tradução, poderá acarretar ao paciente prejuízo em seu direito de ampla defesa. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, 26 de setembro de 2011.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

A Defensoria Pública Estadual impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Marcos Correia Kitagava, preso preventivamente, pela suposta prática do crime descrito no artigo 121 (homicídio), § 2º (qualificado), I (motivo torpe), do Código Penal, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande, que decretou a sua prisão preventiva.

Alega a impetrante que *"a denúncia jamais poderia ser recebida, eis que ausente a justa causa. Consequência disso, não se poderia decertar a prisão preventiva do paciente". (sic)*

Sustenta ainda a impetrante que *"não há nos autos qualquer indício de prova para se exercer a ação penal, faltando, pois justa causa. O Laudo Pericial sobre a morte da vítima, bem como, os termos de declaração das testemunhas arroladas na denúncia encontram-se em língua estrangeira, sendo imprescindível a devida tradução".*

Assim, em caráter liminar, requer a expedição de alvará de soltura. Ao final, busca a concessão da ordem, a fim de determinar o trancamento da ação penal em trâmite na 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande, sob o n. 0059999-56.2009.8.12.0001.

A liminar foi indeferida, f. 65-6.

As informações solicitadas à autoridade apontada como coatora foram juntadas às f. 70-3.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem de *habeas corpus*, f. 86-92.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

A ordem deve ser concedida.

Alega a impetrante que *"a denúncia jamais poderia ser recebida, eis que ausente a justa causa. Consequência disso, não se poderia decertar a prisão preventiva do paciente" (sic)*. Sustenta ainda que *"não há nos autos qualquer indício de prova para se exercer a ação penal, faltando, pois justa causa. O Laudo Pericial sobre a morte da vítima, bem como, os termos de declaração das testemunhas arroladas na denúncia encontram-se em língua estrangeira, sendo imprescindível a devida tradução."*

O magistrado de instância singela recebeu a denúncia ofertada em desfavor do paciente, reconsiderando a anterior decisão do magistrado em substituição legal que não antes de analisar o recebimento da denúncia determinou a abertura de vista dos autos ao *Parquet* para diligenciar no sentido de traduzir a peça inquisitorial adunada aos autos.

Por oportuno, transcrevo as decisões (a primitiva e a ora combatida), *in verbis*:

Decisão que, antes de analisar o recebimento da denúncia, determinou a abertura de vista dos autos para o *Parquet* providenciar a tradução do inquérito que serviu de fundamento para o oferecimento da denúncia:

> [...]
>
> Compulsando os autos, verifico que a ação penal proposta pelo Ministério Público Estadual está consubstanciada em documentos redigidos em língua estrangeira, o que não se afigura lícito, inclusive para a demonstração da justa causa.
>
> Com efeito, o art. 224 do Código Civil preceitua que "os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no país". A despeito de tratar-se de dispositivo encartado no Código Civil, o enunciado coloca-se como norma geral do ordenamento jurídico Ademais, o vetusto Decreto n. 13.609, de 21-10-1943, em seu art. 17, alínea "a", disciplina a questão.
>
> Assim, para que a peça vestibular da ação penal seja analisada é imprescindível que, primeiramente, sejam vertidos ao vernáculo a "acta de levantamento de cadáver", a demonstrar a materialidade, e os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pelo Parquet (f. 4), a apontar os indícios de autoria, e outros que eventualmente sejam reputados importantes.
>
> Abra-se vista ao MPE, pois, para tais diligências antecedentes.

Apenas para que fique consignado, nesta data determinei que fosse contatado o cartório da 1ª Vara Criminal de Dourados, nos Autos n. 002.08.012300-9, sendo que foram obtidos os seguintes endereços do denunciado: 1) Rua Hayel bom Faker, esquina com Rua Rio Brilhante, nos fundos da Ferrovit Metalúrgica; 2) Rua Desidério de Oliveira, n. 180, Panambi Vera. Assim, posteriormente, poder-se-á tentar a localização do denunciado nesses endereços.

[...]

Decisão que recebeu a denúncia ofertada em desfavor do paciente:

[...]

Melhor analisando o processo e a decisão de f. 245-7, verifico que é possível receber a denúncia na forma posta. Senão vejamos.

Embora conste nos autos documentos redigidos em outra língua, os quais instruíram o inquérito policial, é cediço na doutrina e jurisprudência que o inquérito policial é peça informativa direcionada ao *dominus litis*, a fim de que este forme sua opinião sobre o delito e tenha elementos mínimos para a propositura da ação apenal, sem falar é claro, que o referido inquérito é também dispensável, desde que o Parquet detenha outras peças informativas suficientes para formar seu convencimento e evidenciar a justa causa, o que, por ora, ocorre.

Ademais, também assente na doutrina e na jurisprudência, que o inquérito, mesmo que eivado de irregularidades e nulidades não atingem a ação penal, que é independente, mormente se na fase judicial a prova será refeita, diante do contraditório e ampla defesa.

Se não bastasse, as peças em língua estrangeira, caso as partes, durante a instrução, entendam necessário verter para nosso idioma, tal medida poderá ser implementada.

Assim posto, recebo a denúncia (f 2-4.) em face de MARCO CORRÊIA KITAGAVA, deferindo as diligências de f. 240, letras "a" e "b."

Em tempo, verifico que a Autoridade Policial, Fabiano Góes Nagata, representou pela Prisão Preventiva do acusado, afirmando ser necessária para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, f. 233-7.

O Promotor de Justiça, Renzo Siufi, concordou, pontuando que a materialidade e o indícios de autoria estão presentes, bem como os requisitos do art. 312 do CPP, notadamente o da aplicação da lei penal, pois o acusado está em lugar incerto e não sabido, f. 240-1.

Antes de mais nada, friso que para a adoção das medidas deste jaez — restritivas da liberdade — são necessários os seguintes requisitos, "*fumus delicti*" ou "aparência do delito" (materialidade e indícios de autoria) e o "*periculum libertatis*" (perigo em permanecer solto).

Então, vejamos.

Segundo a denúncia, no dia 18 de março de 2008, por volta das 9h., na rua Hernandarias, n. 710, bairro San Antonio, na cidade Pedro Juan Caballero, Paraguai, o denunciado MARCOS CORREIA KITAGAVA desferiu golpes de faca em Pedro Nery Bogado, causando-lhe a morte.

Descreve, ainda, que o acusado vingou-se da vítima, pois essa teria informado à polícia do Paraguai que o primeiro estava portando drogas, as quais inclusive teriam sido compradas pela referida vítima, evidenciando-se assim, o motivo torpe.

Expôs também que, MARCOS apoderou-se do veículo GM Vectra Elegance, ano/modelo 2007/2008, prata, com placas e chassi adulterados, o qual estava na posse da vítima para empreender fuga para o Brasil.

Narra que no dia 19-3-2008, por volta das 12h34m., na rua Araguaia, jardim Água Boa, em Dourados-MS, a Polícia Militar prendeu em flagrante o acusado pela prática do delito de receptação, uma vez que o referido veículo era produto de furto na cidade de Curitiba-PR, sendo processado junto à 1ª Vara Criminal da referida comarca.

Por isso, pediu o regular processamento e, ao final, a condenação (f. 2-4).

É o resumo fático.

A materialidade infere-se, mesmo que de forma incipiente, através da "*Acta de Levantamiento de Cadáver,*" f. 12, informando que a possível causa da morte da vítima Pedro Nery Bogado foi "Hemorragia Aguda," notícias e fotos, f. 53, 97-8 e 102 e depoimento, f. 48.

Na senda dos indícios de autoria, reputo-os, por ora, suficientes, na medida em que há elementos de que o acusado é o sujeito ativo do homicídio da vítima, ateste f. 48.

Assim, configurado a aparência do delito ("*fumus delicti*").

Igualmente, presente o "*periculum libertatis.*"

Isso porque, após o delito evadiu-se do distrito da culpa, inclusive mudou de cidade, vindo para Dourados-MS, onde foi preso em flagrante por receptação do carro que era roubado, que estava na posse da vítima, sendo essa postura indicativa de uma conduta furtiva, sendo causa suficiente para a segregação cautelar, consoante ensinamento do jurista Guilherme de Souza Nucci:

23-A. Não localização do acusado e ausência do distrito da culpa: se não é localizado pelo juízo o réu e não reside no lugar onde praticou a infração penal, torna-se motivo mais que suficiente para a decretação da prisão preventiva, tendo em vista a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal.[1]

Acresce-se ainda que, procurado pela autoridade policial para prestar depoimento, não fora encontrado, f. 220.

Além disso, no processo que responde pelo crime de receptação em Dourados-MS também não foi encontrado, consoante extratos e documentos que ora junto.

Diante desse contexto, bem demonstrado sua intenção em não colaborar com a Justiça.

Registro, por fim, que responde a outros crimes, receptação e delito relativo a drogas, consoante extratos anexos, indicando, portanto, conduta destoante dos interesses da sociedade, sendo vezeiro na prática delitiva, maculando a ordem pública e a paz social, causa bastante em si para apartá-lo do convívio em sociedade.

A esse respeito a doutrina se coloca:

16. Reiteração na prática criminosa: é motivo suficiente para constituir gravame à ordem pública, justificador da decretação da prisão preventiva.[2]

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 625.

2 NUCCI, op. cit., nota n. 16, p. 622.

> Posto isso, defiro a representação com o parecer e, escudado no art. 312 do CPP, DECRETO a PRISÃO PREVENTIVA de MARCOS CORRÊIA KITAGAVA [brasileiro, nascido em 26.1.1986, natural de Medianeira-PR, filho de Dagoberto Rogério Machado Kitagava e Roseli Aparecida Correia] para garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal.
>
> [...]
>
> A douta Procuradoria de Justiça em parecer da lavra do Procurador Edgar Roberto Lemos de Miranda manifestou pela concessão da ordem de habeas corpus aduzindo:
>
> [...]
>
> Como bem asseverou a defesa, às f. 5, "[...] os documentos que acompanham a denúncia estão redigidos em língua estrangeira, não há que se falar em língua estrangeira de "fácil" ou "difícil" compreensão [...]"
>
> Ademais, não é porque a peça inquisitorial está redigida em língua parecida com a brasileira que será descartada a sua tradução, pois basta passarmos os olhos nas provas colacionadas no writ, que certamente encontraremos dificuldades para compreender as expressões idiomáticas utilizadas no país vizinho.
>
> De mais a mais, se assim o fosse, poder-se-ia afirmar que os documentos elaborados na língua inglesa também não precisariam de tradução, uma vez que, por ser ensinada nas escolas brasileiras, teríamos "certa intimidade" com o referido idioma, caindo por terra o trabalho dos tradutores juramentados.
>
> A nosso ver, bastava que o Ministério Público requisitasse ao Juízo a nomeação de tradutor juramentado para a realização da tradução para a língua portuguesa do inquérito policial, evitando, desta forma, todo esse caos processual.
>
> Por isso, é claro que o procedimento administrativo elaborado em idioma estrangeiro, sem tradução, traz prejuízo ao paciente, pois impossibilita o amplo exercício do direito de defesa.
>
> [...].

Pois bem. Em que pese a fundamentação da decisão combatida, entendo que o *decisum* deve ser reformado.

Conforme se constata dos autos, o paciente foi denunciado pela prática, em tese, do delito incurso no artigo 121 (homicídio), § 2º (qualificado), I (motivo torpe), do Código Penal, tendo como respaldo, única e exclusivamente, em um inquérito extrajudicial produzido pela Polícia Nacional *del Paraguay* redigido inteiramente em língua estrangeira, o que a meu ver inviabiliza o recebimento da denúncia ante a ausência de demonstração de justa causa.

Comungando do entendimento do colega singular que proferiu a primitiva decisão *"para que a peça vestibular da ação penal seja analisada é imprescindível que, primeiramente, sejam vertidos ao vernáculo a "acta de levantamento de cadáver", a demonstrar a materialidade, e os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pelo Parquet (f. 4), a apontar os indícios de autoria, e outros que eventualmente sejam reputados importantes"*.

O documento redigido em língua estrangeira e acostado aos autos é essencial para o recebimento da denúncia, pois só existem os referidos documentos para demonstrar a existência de justa causa para o recebimento da denúncia.

Como é cediço o inquérito policial, por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário para a propositura da ação penal. Porém, devem existir outros elementos suficientes, que não seja o inquérito, para justificar a propositura da ação, não bastando a simples alegação ministerial.

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que *"o inquérito policial, por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário para a propositura da ação penal, podendo essa ser embasada em outros elementos hábeis a formar a opinio delicti de seu titular"*[3].

No presente caso, o inquérito policial é o único elemento existente nos autos para o magistrado formar a *opinio delicti*, ou seja, não existem, pelo menos no presente momento, outros elementos que venham suprir o inquérito estrangeiro e justificar o recebimento da denúncia, uma vez que junto com a denúncia só foram acostados aos autos originais a investigação estrangeira.

Cumpre ainda ressaltar que o inquérito em comento encontra-se redigido em castelhano, o que aparentemente é uma língua familiar aos nossos ouvidos, porém não é nossa língua pátria e pode ocasionar uma série de dúvidas na interpretação dos depoimentos lá acostados.

Nesse sentido, a Procuradoria-Geral de Justiça:

> [...] não é porque a peça inquisitorial está redigida em língua parecida com a brasileira que será descartada a sua tradução, pois basta passarmos os olhos nas provas colacionadas no writ, que certamente encontraremos dificuldades para compreender as expressões idiomáticas utilizadas no país vizinho.

Com efeito, o que se pode concluir é que a linguagem utilizada nos documentos que servem como justa causa para o oferecimento da denúncia não dão a segurança necessária para recebê-la.

Nem se diga que os documentos em idioma estrangeiro, sem tradução, poderão acarretar ao paciente prejuízo em seu direito de ampla defesa.

Nesse sentido o TRF da 2ª Região:

> [...] II - É evidente o prejuízo para a defesa, decorrente da juntada de documentos em língua estrangeira, sem a devida tradução, na medida em que sem a ciência do conteúdo exato dos documentos juntados pela acusação não é possível o amplo exercício do direito de defesa; [...] (TRF Segunda Região, *HC* n. 201002010098897/RJ, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, DJ de 13.10.2010)

Outrossim, vale salientar que comungo da indignação ministerial de segundo grau quanto à falta de justa causa para o recebimento da denúncia, pois *"bastava que o Ministério Público requisitasse ao Juízo a nomeação de tradutor juramentado para a realização da tradução para a língua portuguesa do inquérito policial, evitando, desta forma, todo esse caos processual"*, o que não ocorreu por parte do *Parquet*.

Por fim, friso que o presente remédio heróico comporta concessão tão somente em razão da omissão/negligência processual do *Parquet* de primeiro grau e do magistrado que reconsiderou a decisão anterior que determinava a abertura de vista dos autos para o *Parquet* requerer a diligência para traduzir os documentos adunados em língua estrangeira. Ou seja, o paciente, que provavelmente teria a sua prisão preventiva referendada por esta Egrégia Corte de Justiça, está sendo colocado em liberdade por erro do *Parquet*, em não querer ao juízo tal diligência, e por ausência de zelo do Judiciário, em albergar um denúncia sem justa causa e, ainda, não suprir tal omissão, determinando de ofício a tradução dos documentos.

3 Recurso desprovido, *HC* n. 22442/PA, (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 2007/0273324-9), Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 21.2.2008.

Posto isto, com o parecer ministerial, concedo a presente ordem de *habeas corpus*, a fim de trancar a ação penal em trâmite na 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande, sob o n. 0059999-56.2009.8.12.0001.

Expeça-se, imediato, alvará de soltura, se por al não estiver preso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Manoel Mendes Carli e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 26 de setembro de 2011.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO

Des. Ruy Celso Barbosa Florence assume direção da Escola Judicial de MS



O Órgão Especial da última quarta-feira (15) aprovou o mais novo desembargador do Tribunal de Justiça de MS, Ruy Celso Barbosa Florence, como diretor da Escola Judicial do Estado de Mato Grosso do Sul (Ejud) para este biênio.

Magistrado sempre ligado à vida acadêmica. Em 1989, Florence tornou-se professor de Filosofia do Direito e Direito Penal da Esmagis (Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul), onde também atuou como Diretor Administrativo, Diretor de Pesquisa e por duas vezes, Diretor de Ensino.

Com esta experiência, Ruy Celso Barbosa Florence assume a recém-criada Ejud, vinculada à Presidência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e que se tornou a Escola Judicial oficial do Estado. Implantada pela Lei n. 3.932, de 13 de julho de 2010, a Ejud foi constituída como órgão auxiliar do Poder Judiciário.

Segundo Ruy Celso, a maioria dos Estados não possuía uma escola oficial, com orçamento próprio, como era o caso de Mato Grosso do Sul que, ao longo dos anos teve esse papel desempenhado pela Esmagis, mesmo em meio às dificuldades de ser uma escola sem recursos próprios, explica o Des. Ruy. Hoje a Esmagis está vinculada exclusivamente à Amamsul.

O magistrado explica que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou a criação de escolas oficiais em todos os Estados e as diretrizes de cada escola judicial foram traçadas pela Enfam (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados). A Ejud é o órgão responsável pelos cursos de formação e capacitação dos juízes com efeitos de vitaliciamento e promoção.

Ruy Celso destaca que neste primeiro momento sua atuação perante a Escola está concentrada na organização do 1º curso de formação da Ejud, que terá início no próximo dia 27 de junho e terá duração de 4 meses. Serão capacitados os 12 novos juízes substitutos do Estado que tomam posse nesta quarta-feira, dia 22 de junho.

De acordo com o desembargador, os novos juízes receberão treinamento teórico pela parte da manhã, e à tarde, passarão pelas aulas práticas. Eles serão avaliados tecnicamente e também como pessoas. Toda a capacitação ocorrerá nas dependências do Tribunal, até mesmo a prática, para a qual os processos serão deslocados para o TJ. Ruy Celso destaca que o curso já foi aprovado pela Enfam. Basicamente, afirma ele, os novos juízes receberão capacitação sobre relações interpessoais, interinstitucionais, de psicologia e de lógica.

O Diretor acredita que esta concentração dos novos juízes num mesmo espaço ao longo do curso irá intensificar esta fase de aprendizagem, pois muitas vezes os juízes se dispersavam já na fase de treinamento, visto que atuavam como juízes auxiliares em varas da Capital.

Em um segundo momento, Florence afirma que sua administração da Ejud será focada em fortalecer a imagem da Escola, pois se trata de uma instituição nova, que ainda está se estruturando, ressalta. Outro ponto que está sendo desenvolvido é uma resolução para implantar o regimento interno, o qual precisa ser aprovado pelo Órgão Especial.

Barbosa Florence destaca que hoje a prioridade da Escola Nacional é a capacitação dos juízes. E, segundo ele, "*o juiz tem que ser capacitado para o enfrentamento de uma nova sociedade, de modo que ele precisa criar e desenvolver métodos e modelos de soluções de conflitos que melhor atendam a sociedade atual*".

Uma tendência dos cursos da Ejud, completa o desembargador, "*é que o juiz abandone as posições positivistas e dogmáticas do século passado e entenda a sua importância no desenvolvimento da sociedade*".

O magistrado frisa que o juiz precisa estar ciente do impacto social e econômico de suas decisões, e que elas precisam ter um resultado prático. Conforme sustenta, "*O juiz não pode estar atrelado apenas ao processo e a lei, é necessário que ele deixe de resolver o processo e passe a resolver o problema*".

Nesses dois anos de administração, além de continuar com os cursos oficiais, Ruy Celso afirma que buscará estabelecer o maior número possível de convênios com escolas judiciais de outros estados, com a AMB e com escolas estrangeiras.

Autoria do Texto: Assessoria de Imprensa TJMS

Pioneirismo: realizado em Campo Grande o 1º Júri Digital do País



Mais uma vez, o juiz Aluizio Pereira dos Santos, titular da 2ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande, mostrou-se inovador e, com apoio do Tribunal de Justiça, implantou, nesta sexta-feira (2), o primeiro júri digital do Brasil. A novidade foi amplamente divulgada na imprensa local e na nacional.

Na verdade, o Tribunal de Justiça de MS deu mais um passo à frente dos demais estados brasileiros, digitalizando também as sessões do júri. Importante ressaltar que a substituição gradativa de processos físicos pelos digitais nas comarcas sul-mato-grossenses é uma realidade por estar presente em 23 das 54 comarcas do Estado.

Ressalte-se ainda que o processo digital é vantajoso para todos, pois contribuiu para o impulsionamento dos processos em tempo reduzido, na medida em que as movimentações são todas virtuais, além de resultar em economia de papel, arquivo de processo extinto e respeitar a natureza.

Assim, na sessão do tribunal do júri, os jurados puderam acessar diretamente de um notebook as páginas do processo em julgamento, sem a necessidade de buscá-la no processo que, muitas vezes, contém vários volumes. A sentença é lançada imediatamente no Sistema de Automação da Justiça (SAJ), tornando-se pública a partir da leitura de seu teor em plenário. O juiz assina o processo digitalmente.

Aluízio lembrou que o Tribunal do Júri tem rito próprio, no entanto, ainda assim, ele acredita que sempre é possível evoluir e reduzir o tempo das sessões de julgamento. Ele apontou a facilidade no manuseio das peças processuais e garantiu que, em caso de falha tecnológica, uma equipe de profissionais estaria a postos para resolver a questão de imediato. Na primeira sessão utilizando-se a nova tecnologia não houve problemas ou imprevistos.

Na sessão-piloto do Júri Digital o plenário ficou lotado de autoridades e imprensa. Estavam presentes o juiz diretor do Foro, Luiz Antônio Cavassa de Almeida; o presidente da OAB/MS, Leonardo Avelino Duarte, além de outros juízes da Capital, representantes do MP e advogados.

O promotor Douglas Oldegardo abriu sua fala, na sessão de julgamento, agradecendo mais esta iniciativa do juiz Aluízio, que se tornou referência nacional em consequência de sua postura inovadora e pioneira.

"*A magistratura brasileira tira proveito de suas iniciativas, tornando-o referência. O júri digital certamente será um caminho sem volta, pois a tecnologia imprimirá mais celeridade. (...). Registro o apoio incondicional do Ministério Público a esta iniciativa, pioneira na justiça nacional. V. Exª, mais uma vez, trata o povo de Campo Grande com o respeito merece*", disse ele.

Julgamento - Na primeira sessão do júri digital do Brasil, o conselho de sentença julgou o caso do réu D.S.R., pronunciado no art. 121, §2º, incisos II e IV, do Código Penal (homicídio).

De acordo com os autos, no dia 9 de janeiro de 2011, por volta das 5 horas, na Av. Coronel Antonino, em frente do n. 2579, "Clube da Saudade," no bairro Coronel Antonino, em Campo Grande, D.S.R. atirou contra Rafael Silva de Almeida, matando-o. O réu foi condenado a 13 anos de reclusão, em regime fechado.

Autoria do Texto: Assessoria de Imprensa TJMS

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Claudionor Miguel Abss Duarte

Mandado de segurança n. 2011.014366-5 019

Divoncir Schreiner Maran

Apelação Cível n. 2011.014342-1 024

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2011.016550-6/0001-00 033

Apelação Cível n. 2011.022278-9 038

Dorival Renato Pavan

Apelação Cível n. 2011.014373-7 045

Apelação Cível n. 2011.018174-4 050

Apelação Cível n. 2011.019812-7 065

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível n. 2010.018734-1 070

Apelação Cível n. 2011.016969-0 091

Apelação Cível n. 2011.024357-0 095

Hildebrando Coelho Neto

Ag.Reg. em Prec. Req.de Pagamento n. 2006.010205-8/0002-00 099

Ag.Reg. em Emb.Decl.em Prec.Req. de Pagamento n. 2008.014504-7/0001-01 103

Ag.Reg. em Prec. Req.de Pagamento n. 2010.000791-9/0001-00 111

João Batista da Costa Marques

Apelação Cível n. 2007.032733-0 117

Apelação Cível n. 2008.005350-0 121

Apelação Cível n. 2011.019309-3 124

João Maria Lós

Apelação Cível n. 2009.030465-1 127

Apelação Cível n. 2010.031539-7 134

Apelação Cível n. 2011.024872-1 139

Joenildo de Sousa Chaves

Mandado de Segurança n. 2010.006391-7 144
Apelação Cível n. 2011.006845-3 151
Apelação Cível n. 2011.014700-3 154

Josué de Oliveira

Apelação Cível n. 2010.031296-8 157
Apelação Cível n. 2011.001033-5 168
Apelação Cível n. 2011.002956-1 177

Julio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação Cível n. 2011.018587-6 182
Apelação Cível n. 2011.023161-6 187
Apelação Cível n. 2011.025895-9 191

Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível n. 2011.015098-3 194
Mandado de Segurança n. 2011.019080-8 198
Apelação Cível n. 2011.019453-8 206

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação Cível n. 2011.015248-2 210
Apelação Cível n. 2011.018621-8 216
Apelação Cível n. 2011.020739-2 225

Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível n. 2011.016564-7 230
Apelação Cível n. 2011.018039-5 233
Apelação Cível n. 2011.020356-9 237

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação Cível n. 2011.018300-9 243
Apelação Cível n. 2011.021989-2 252
Apelação Cível n. 2011.024457-2 257

Paschoal Carmello Leandro

Apelação Cível n. 2009.017859-9 266
Mandado de Segurança n. 2009.031137-1 270
Apelação Cível n. 2010.021163-5 274

Paulo Alfeu Puccinelli

Apelação Cível n. 2011.000992-3 281
Apelação Cível n. 2011.016207-4 290
Apelação Cível n. 2011.017715-4 297

Rubens Bergonzi Bossay

Apelação Cível n. 2011.019259-6 300
Apelação Cível n. 2011.023774-2 308
Agravo Regimental em Agravo n. 2011.025238-0/0001-00 312

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação Cível n. 2011.002797-6 316
Apelação Cível n. 2011.014328-7 322
Apelação Cível n. 2011.018735-1 326

Sérgio Fernandes Martins

Apelação Cível n. 2010.028393-5 332
Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2011.013479-0/0001-00 336
Apelação Cível n. 2011.025213-9 339

Sideni Soncini Pimentel

Apelação Cível n. 2011.026792-7 344
Apelação Cível n. 2011.026886-4 350
Apelação Cível n. 2011.028061-9 353

Tânia Garcia de Freitas Borges

Apelação Cível n. 2008.003746-5 355
Apelação Cível n. 2009.018130-7 358
Apelação Cível n. 2009.029070-9 371

Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível n. 2011.016914-0 378
Apelação Cível n. 2011.016931-5 385
Apelação Cível n. 2011.020618-7 389

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação Criminal n. 2011.013569-9 398
Apelação Criminal n. 2011.018372-4 403
Habeas Corpus n. 2011.023847-6 407

Claudionor Miguel Abss Duarte

Ação Penal n. 2010.001393-6 411
Habeas Corpus n. 2011.019021-7 418

Dorival Moreira dos Santos

Apelação Criminal n. 2011.015898-9 446
Apelaçao Criminal n. 2011.016818-6 452
Habeas Corpus n. 2011.026536-3 457

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação Criminal n. 2010.035388-5 460
Apelação Criminal n. 2010.036772-9 470
Apelação Criminal n. 2011.017428-2 472

João Carlos Brandes Garcia

Apelação Criminal n. 2010.009281-5 482
Apelação Criminal n. 2010.028776-8 488
Habeas Corpus n. 2011.021248-9 500

Manoel Mendes Carli

Habeas Corpus n. 2011.008158-5 504
Apelação Criminal n. 2011.014915-5 507
Habeas Corpus n. 2011.020485-3 515

Marilza Lúcia Fortes

Decl.Perda do Posto e Patente dos Of. e Grad.Praças n. 2010.028689-0 519
Embargos Infringentes em Apelação Criminal n. 2010.033588-7/0001-00 524
Apelação Criminal n. 2011.010974-2 531

Romero Osme Dias Lopes

Apelação Criminal n. 2011.015740-6 534
Recurso em Sentido Estrito n. 2011.023001-6..... 540
Habeas Corpus n. 2011.026400-0..... 543

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE
DE ASSUNTO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Abertura de inventário

Herdeiros necessários e concordes. Via extrajudicial. Faculdade dos interessados. (2011.019812-7).....065

Abono de permanência

Recurso especial. Incidência de imposto de renda. (2009.031137-1) 270

Ação anulatória

Divórcio. Partilha. Nulidade. Doação inoficiosa. Litigância de má-fé. Condenação. (2011.018735-1) ...326

Separação judicial. Partilha de bens. Nulidade. Simulação. (2011.000992-3) 281

Ação civil pública

Inadequação da via eleita. Afastamento. Prefeito. Ministério Público. Ação de interdição. Possibilidade. (2011.002797-6) 316

Ação de cobrança

Hospedagem. Serviços prestados por intermédio de mandatário. Hotel. Nota fiscal identificadora. Terceiro de boa-fé. Prova de pagamento. (2011.022278-9) 038

Seguro de veículo. Roubo. Recusa de cobertura pela seguradora. Informações constantes na apólice. Aplicabilidade do CDC. Boa-fé da seguradora. (2011.018300-9) 243

Ação de despejo

Doação. Área rural. Instrumento particular. Nulidade. Contrato de arrendamento rural. Validade. Simulação. Não configurada. Preço em produto Possibilidade. Descumprimento da avença. Benfeitorias. Indenização. Prova. (2011.020618-7) 389

Ação de indenização

Transporte terrestre. Venda de passagem em duplicidade. Falha no serviço. Danos moral e material. Ocorrência. (2011.016207-4) 290

Ação monitória

Contrato de abertura de crédito. Dívida de natureza pessoal. Prazo prescricional. (2011.018174-4) 050

Ação de reintegração de posse

Cessão de área. Construção de estrada vicinal. Servidão de passagem. Esbulho. (2007.032733-0) 117

Ação reivindicatória

Defesa. Usucapião. Aquisição do domínio. Requisitos presentes. Prescrição aquisitiva caracterizada. (2011.014342-1).....024

Acidente de trânsito

Transação relativa à franquia entre segurado e causador do dano. Ação regressiva. Indenização. Seguradora. (2010.028393-5).....332

Concurso público

Posse. Negativa. Condenação criminal transitada em julgado. Edital. (2011.014700-3).....154

Condomínio

Alienação judicial. Bem imóvel indivisível. Prescrição aquisitiva. Possibilidade. Exceção de usucapião. (2010.021163-5).....274

Usufruto em favor do ex-marido. Meação. Divórcio. Maioridade dos filhos. Cessação do usufruto. Alienação do imóvel. (2009.017859-9) 266

Conta-corrente

Descontos. Débitos do correntista. Não autorização. Inversão do ônus da prova. Repetição de indébito. Dano moral. Indenização devida. (2010.018734-1).....070

Contrato

Compra e venda. Imóvel. Revisão contratual. Taxa de fruição. Incidência. Inadimplemento do contrato. (2008.003746-5) 355

Dano moral

Aquisição de veículo automotor. Transferência. Detran. Cobrança de impostos em nome do antigo proprietário. Dano moral configurado. *Quantum* indenizatório mantido. (2011.020739-2) 225

Detran. Adulteração de chassis. Falha na vistoria. Indenização. Inexistência. (2011.018039-5) 233

Erro de diagnóstico. Laboratório. Exame de vírus de HIV positivo. Divulgação errônea do resultado. Indenização. Critério de fixação. (2011.024872-1) 139

Lesão corporal. Indenização devida. Dano estético. Condenação. Cumulação. Possibilidade. (2011.002956-1) 177

Multa de trânsito. Placa clonada. Meros dissabores. Indenização. Descabimento. (2011.024357-0) 095

Telefone celular. Interrupção do serviço. Cancelamento da linha. Indenização devida. *Astreintes* mantida. (2011.026792-7).....344

Transporte aéreo. *Overbooking*. Má prestação de serviço. Indenização. Descumprimento contratual. (2011.024457-2).....257

Transporte de mudança. Atraso. Avarias. Extravio. Indenização devida. (2011.028061-9) 353

Doação

Prazo para cumprimento. Lei omissa. Constituição em mora. Descumprimento. Notificação judicial. Inexistência. Revogação. Incabível. (2008.005350-0).....121

Embargos de terceiro

Aval. Meação da esposa. Dívida contraída pelo marido. Benefício da família. Ônus da prova. (2011.016969-0).....91

Fraude à execução. Penhora sem registro. Má-fé. Não comprovação. (2011.018587-6) 182

Nulidade. Execução. STJ. Exame de eventual nulidade do título executivo. Impossibilidade. Supressão de instância. (2011.025895-9) 191

Penhora. Alienação. Fraude à execução configurada. Terceiro de boa-fé. Irrelevância. (2011.016550-6/0001-00) 033

Penhora *on line*. Conta bancária conjunta. Ônus sucumbências. Princípio da causalidade. (2011.020356-9) 237

Erro médico

Cirurgia plástica de restauração e enxerto. Dano moral. Indenização devida. (2009.030465-1) 127

Responsabilidade civil. Hospital. Erro de diagnóstico. Acidente vascular cerebral (AVC). Sequelas neurológicas e físicas. Negligência no atendimento. Indenização. Cabimento. (2010.031296-8) 157

Honorários advocatícios

Embargos de terceiro. Sucumbência. Princípio da causalidade. (2011.014328-7).....322

Imposto

ICMS. Venda pela internet. Apreensão de mercadorias. Liminar. Liberação das mercadorias apreendidas. (2011.013479-0/0001-00) 336

ISSQN. Contrato de franquia de correios. Hipótese de incidência. (2010.031539-7).....134

ITCD. Doação em dinheiro. Incidência. Bem móvel. Código Tributário Estadual. (2011.021989-2) 252

Inventário

Arrolamento. Certidões negativas de débito. Partilha. Impossibilidade. (2011.006845-3).....151

Mandado de Segurança

Certificado de conclusão. Ensino médio. Candidato menor de 18 anos. Aprovação. ENEM. Vestibular. Direito líquido e certo. Ordem concedida. (2011.019080-8).....198

Servidor público. Vantagem pessoal. Plano de cargos e salários. Preservação dos vencimentos percebidos à época. Redução salarial. Inocorrência. (2011.014366-5) 019

Parceria Pecuária

Simulação. Vaca-papel. Prescrição. Iliquidez do título. Nulidade da execução. (2011.016914-0) 378

Penhora

Embargos de terceiro. Quota social. Cooperativa. Dívida pessoal. Possibilidade. (2011.018621-8).....216

Execução. Título judicial. Bloqueio judicial. Pensão. Impossibilidade. (2011.025238-0/0001-00) 312

Plano de saúde

Área de abrangência. Gestação de nove meses. Exceção não configurada. Danos morais inexistentes. Inversão do ônus da prova. Descabimento. (2011.019453-8).....206

Limitação de cobertura**.** Tratamento médico. Cláusula ineficaz. Restrição de direitos. Nulidade. Restituição de valores. (2011.026886-4) 350

Período de carência. Tratamento de urgência. Inversão do ônus da prova. Impossibilidade. Dano moral. Não caracterizado. Dano material. Indevido. (2011.023161-6) 187

Prescrição decenal. Direito pessoal. Afastada. Reajuste de mensalidade. Faixa etária. Estatuto do idoso. Existência de abusividade. (2011.015248-2) 210

Precatório

Questão incidente. Requisição de pagamento. Competência. Juiz da execução. (2010.000791-9/0001-00).... 111

Requisição. Pagamento preferencial. Credor. Falecimento. Extensão ao cônjuge supérstite. Impossibilidade. Princípio da irretroatividade. (2006.010205-8/0002-00) 099

Resolução. CNJ. Inconstitucionalidade. Impossibilidade. Requisição. Pagamento preferencial. (2008.014504-7/0001-01) 103

Prescrição

Termo inicial. Sociedade de economia mista. Concessionária de serviço público. Indenização. Dano material e moral. Indenização *devida.* (2011.016931-5).....385

Previdenciário

Auxílio previdenciário. Ação distribuída e decidida pela justiça estadual. Delegação constitucional. Competência recursal. Tribunal Regional Federal. (2011.017715-4) 297

Registro civil

Retificação. Inclusão de patronímico materno. Possibilidade. Menor impúbere. (2011.016564-7).....230

Rescisão contratual

Contrato de gaveta. Imóvel financiado pela Caixa. Inadimplemento. Inscrição em cadastro de restrição ao crédito. Devolução das parcelas pagas. Taxa de fruição. Compensação. (2009.029070-9) 371

Responsabilidade civil

Concessionária de energia elétrica. Morte por eletrocussão. Indenização devida. Pensionamento aos filhos. Danos morais. Valor razoável. (2009.018130-7) 358

Energia elétrica. Queima de aparelho. Oscilação de energia. Indenização devida. Danos emergentes. Lucros cessantes. Comprovação. (2011.019259-6) 300

Erro Judiciário. Prisão ilegal. Mandado de prisão anteriormente revogado e recolhido. Indenização. Dano moral e material. Lucros cessantes. Redução. (2011.001033-5) 168

Seguro

Veículo automotor. Embriaguez do condutor. Hipótese comprovada. Risco não coberto. Indenização indevida. (2011.025213-9) 339

Seguro obrigatório - DPVAT

Ação de cobrança. Veículo estrangeiro. Irrelevância. (2011.019309-3) 124

Cobrança. União estável. Comprovação. Legitimidade ativa da companheira. (2011.023774-2).....308

Tributário

Certidão de regularidade fiscal. Débito. IPVA. Alienação de veículo. Comunicação ao Detran. Responsabilidade solidária. Pagamento do tributo. Possibilidade. (2011.014373-7) 045

Compensação. Débito. IPVA. Crédito oriundo de precatório. Possibilidade. (2010.006391-7)**.....**144

União estável

Partilha de bens. Não reconhecimento. Requisitos não comprovados. Bens adquiridos em sub-rogação. Exclusão da comunhão. (2011.015098-3).....194

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Ação penal

Prefeito. Retardamento. Omissão. Fornecimento de informações e documentos. Insuficiência de provas. Denúncia improcedente. (2010.001393-6) 411

Apelação criminal

Militar. Exercício de comércio por oficial. Condição de sócio-gerente. Provas suficientes. Falsidade ideológica. Absolvição. (2010.028776-8).....488

Apropriação indébita

Pena pecuniária. Redução. Situação econômica compatível. Possibilidade de parcelamento. (2010.036772-9) 470

Crime contra a economia popular

Entidade sem fins lucrativos. Sentença condenatória. Absolvição. Improcedente. Gestão fraudulenta. Pena mantida. (2010.035388-5) 460

Crime contra a ordem tributária

Supressão de tributo. Nota fiscal. Uso de documento falso. Fragilidade do conjunto probatório. Princípio do *in dúbio pro reo*. (2011.018372-4) 403

Crime de tortura

Crime praticado contra adolescente. Absolvição. Impossibilidade. Desclassificação. Lesão corporal leve. Improcedência. Exclusão da indenização. (2011.014915-5) 507

Embriaguez ao volante

Suspensão da CNH. Efetivo perigo na condução do veículo. Não demonstração. Motorista profissional. Decisão cassada. Documento devolvido. (2011.023001-6).....540

Crime de estupro

Vítima com déficit cognitivo. Estupro vulnerável. Violência presumida. Provas seguras. Dosimetria da pena. (2011.015898-9).....446

Fiança

Devolução. Hipótese. Perda do valor em caso de condenação. (2011.021248-9) 500

Habeas corpus

Autorização para freqüentar ensino médio. Indeferimento. Informação prestada pelo reeducando de que possuía ensino superior. Ausência de motivo para indeferir o pleito. Ordem concedida. (2011.008158-5) 504

Homicídio. Denúncia. Trancamento da ação penal. Inquérito extrajudicial. Polícia Nacional del Paraguay. Necessidade de tradução. Cerceamento de defesa. Ordem concedida. (2011.026400-0).....543

Medida de segurança. Tratamento ambulatorial convertido em internação. Cessão da periculosidade. Não ocorrência. Ilegalidade não constatada. (2011.023847-6) 407

Regime semiaberto. Saída para tratamento médico. Impossibilidade de pernoitar no estabelecimento prisional. Laudo pericial. Incapacidade para exercer atividade física. Ordem denegada. (2011.020485-3) 515

Tráfico de drogas. Liberdade provisória. Paciente gestante. Possibilidade de aguardar a instrução criminal em liberdade. Ordem concedida. (2011.026536-3).....457

Homicídio culposo

Trânsito. Sentença condenatória. Fragilidade do conjunto probatório. Perícia imprecisa. (2011.015740-6) 534

Intercepção telefônica

Interceptação telefônica. Denúncia anônima. Inadmissibilidade. Ciência do Ministério Público. Nulidade absoluta. (2011.019021-7) 418

Habeas corpus. Denúncia anônima. Validade da prova. Não concessão. (2011.013569-9).....398

Peculato

Apropriação de bens doados à administração militar. Competência. Vara da Auditoria Militar. (2011.010974-2) ..531

Diretor de escola estadual. Manipulação de repasse. Recursos financeiros. Absolvição. Impossibilidade. Provas suficientes. (2010.009281-5).....482

Perda da graduação de praça

Suspensão do processo. Doença mental superveniente ao processo. Interdição. (2010.028689-0) 519

Prescrição

Processo penal. Pretensão punitiva. Prescrição. Ocorrência. Extinção da punibilidade. Fornecimento de bebida alcoólica a menor. Desclassificação. Contravenção penal. (2011.017428-2).....472

Princípio da insignificância

Inadmissibilidade. Furto. Residência. Subtração de um padrão de energia e de toda a fiação elétrica. Considerável dano sofrido. (2010.033588-7/0001-00).....524

Violência doméstica

Descumprimento de medida protetiva. Reconciliação familiar. Aplicação do princípio da bagatela imprópria. Desnecessidade de aplicação da pena. (2011.016818-6) 452