Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 33 – n. 184
Abril a Junho de 2012





Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 33 - n. 184 - Abril-Junho de 2012

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 33, n. 184

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. 184 (2012)- . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2012 - .

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

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

CDD 340.68171

Elaboração

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

Capa

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. Hildebrando Coelho Neto

Vice-Presidente - Des. João Batista da Costa Marques

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. 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. Marco André Nogueira Hanson

Des. Manoel Mendes Carli

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Des. Francisco Gerardo de Sousa

Juiz Designado Marcos José de Brito Rodrigues

SUMÁRIO

Doutrina

GESTÃO E ESTATÍSTICA NO PODER JUDICIÁRIO: FERRAMENTAS PARA EXCELÊNCIA

Luiza Vieira Sá de Figueiredo..... 007

Jurisprudência Cível..... 033

Jurisprudência Criminal..... 409

Noticiário..... 530

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível..... 555

Jurisprudência Criminal 558

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível..... 561

Jurisprudência Criminal 566

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

DOUTRINA

GESTÃO E ESTATÍSTICA NO PODER JUDICIÁRIO: FERRAMENTAS PARA EXCELÊNCIA

Luiza Vieira Sá de Figueiredo[1]

Sumário: 1 Introdução. 2 Planejamento Estratégico no Setor Público. 3 Estatística do Poder Judiciário: o Justiça em Números, o Supremo em Números e o ICJ Brasil. 4 Além do Poder Judiciário: Gargalos do Sistema e Necessidade de Cooperação. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em artigos sucessivos,[2] trouxemos a lume relevantes informações fruto de pesquisas históricas acerca da implantação das vias de acesso ao interior do país e do desenvolvimento da infraestrutura nacional após a Proclamação da República, destacando a preocupação das autoridades constituídas com o desenvolvimento das vias de comunicação, em sentido amplo, e construção de mecanismos que viabilizassem a interiorização das ações governamentais.

Em recente trabalho,[3] abordamos novos paradigmas que se apresentam especificamente ao Poder Judiciário, para que ele consiga atender com eficiência e em tempo razoável as demandas que lhes são trazidas, em razão da necessidade de acompanhar o progresso social e a forma de administração da coisa pública, notadamente em decorrência das mudanças ocorridas no setor privado que repercutiram no setor público, reflexo por excelência da evolução da sociedade e das relações sociais.

No presente, pretendemos destacar a importância do planejamento estratégico e do tratamento adequado de dados estatísticos coletados para o aprimoramento das instituições, com destaque para projetos que já vêm sendo desenvolvidos, tais como: o *Justiça em Números*, o *Supremo em Números* e o *ICJ Brasil*, além de outras pesquisas que estão sendo realizadas pela área acadêmica do Poder Judiciário.

Mais do que dados relativos ao funcionamento da Justiça, os indicadores mostram o que se passa na sociedade contemporânea. Isso porque alguns dos indicadores trazidos no relatório *Justiça em Números*, por exemplo, evidenciam realidades experimentadas pela sociedade que deságuam no Poder Judiciário, concebido pelo constituinte de 1988 como o grande agente da solução de conflitos.

Abordaremos também questões relacionadas ao poder público *lato sensu*, ou seja, a atuação dos outros poderes, conforme tripartição concebida na Constituição Federal e consolidada na maioria dos estados modernos, afinal, o Estado é uno e a repartição de competências e atribuições, na consagrada proposta de Montesquieu, existe como forma de melhor administrar a coisa pública, cujo aprimoramento e eficiência não dependem apenas do Poder Judiciário e dos seus membros, os quais vêm empreendendo esforços extraordinários e incansáveis nesse sentido nos últimos anos.

1 Juíza Substituta do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul; Pós-Doutoranda em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT; Doutora em Ciências Humanas pela Universidade de São Paulo; especialista em Gestão Pública; especialista em Teoria do Estado e das Relações Sociais; cursando MBA em Gestão de Pessoas no Setor Público pela Universidade Gama Filho.

2 História e Direito: um ensaio interdisciplinar sobre o surgimento da norma jurídica. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, ano 31, n. 176, abr./jun. 2010. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/SPGE/revista/20100913170124.PDF>. História e direito: a executoriedade da norma jurídica. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, ano 31, n. 176, abr./jun. 2010. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/SPGE/revista/20110325153042.PDF>. História e direito: da justiça sanitária à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, ano 32, n. 180, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/SPGE/revista/20110808115835.PDF>.

3 Gestão no Poder Judiciário e Novos Paradigmas, escrito em parceria com o Juiz de Direito do TJPR Carlos Eduardo Mattioli Kockanny. É o segundo artigo da série Cursos de Vitaliciamento e Promoção. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/SPGE/revista/20120208140307.pdf>.

Em resumo, pretendemos projetar as reflexões do leitor para o amanhã. O que se espera encontrar? O que se pretende oferecer em serviços? Qual a qualidade desse serviço? Tudo isto com base no que já foi realizado e pelos dados relativos às pesquisas atualmente encentradas em torno do Judiciário, dos seus anseios e dos da sociedade.

2. PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO NO SETOR PÚBLICO

Resgataremos historicamente no presente capítulo a essência das ideias de um dos principais articuladores da moderna reforma do Estado brasileiro, Luis Carlos Bresser Pereira, para quem a administração pública no Brasil contempla três fases e modelos distintos: *a administração patrimonialista*, *a burocrática e a gerencial*.

Nos primórdios, o modelo existente era o da administração patrimonialista, em que o público se confundia com o privado, característica das monarquias absolutas, nas quais o Estado era concebido como propriedade do rei. A célebre frase atribuída ao monarca francês, Luis XIV, conhecida como demonstração do auge do absolutismo na Europa – "*o Estado sou eu*" – ilustra bem esse período. Ora, se o Estado era concebido como propriedade do rei, é fácil compreender o nepotismo e a corrupção que grassavam, com naturalidade, uma vez que toda a estrutura existente atendia a interesse pessoal do monarca. Modelo esse, portanto, implantando no Brasil-Colônia e posteriormente no Brasil-Império.

Ocorre que o patrimonialismo mostrou-se incompatível com o capitalismo industrial que surgiu no século XIX, visto que se fazia necessária a separação entre o Estado e o mercado. De acordo com Pereira, "*tornou-se necessário desenvolver um tipo de administração que partisse não apenas da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o político e o administrador público*," surgindo assim a *administração burocrática*, baseada em critérios racionais e legais.[4]

A administração burocrática clássica, adotada para substituir a administração patrimonialista, foi implantada no Brasil em 1936, com a reforma administrativa promovida por Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes, baseada no princípio do mérito profissional. Firmou-se como modelo de gestão na maioria das organizações do século XX, pois aumentou a eficácia da hierarquia, reduziu os abusos de autoridade e tornou mais eficiente o gerenciamento das tarefas complexas.[5] Entretanto:

> [...] o pressuposto de eficiência em que se baseava não se revelou real. No momento em que o pequeno Estado liberal do século XIX deu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que não garantia nem rapidez, nem boa qualidade nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos.[6]

Ou seja, enquanto o Estado era pequeno e tinha como função precípua garantir a propriedade e os contratos, o modelo da administração burocrática funcionou bem. Mas com as alterações políticas ocorridas na estrutura e função estatal no século XX, em que este assumiu crescente número de serviços sociais, como educação, saúde, cultura, previdência e assistência social, e de papéis econômicos, como a regulação do sistema econômico interno e das relações econômicas internacionais e provisão de serviços públicos e de infraestrutura, o modelo da administração burocrática mostrou-se ineficiente. [7]

4 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado: Revista do Serviço Público, v. 1, n. 47, jan./abr. 1996.

5 **Modelagem das Organizações Públicas**. In: Curso de Extensão. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. (Série Estratégica Gestão Pública).

6 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado: **Revista do Serviço Público**, v. 1, n. 47, jan./abr. 1996.

7 Idem, ibidem.

Em suma, pode-se dizer que a administração pública burocrática tem como vantagens a segurança e a impessoalidade, mas há excesso de formalismo e de controle dos processos, em detrimento dos resultados, o que gerou a incapacidade do Estado de atender a necessidade do cidadão a contento, especialmente em uma sociedade populosa e com necessidades cada vez mais prementes. Dentre as disfunções do modelo burocrático, destaca-se a inflexibilidade, a excessiva concentração das decisões, o formalismo exacerbado, a supervalorização dos meios e o corporativismo, esse último apontado pelo próprio Max Weber, por quem o modelo foi interpretado e popularizado.[8]

Para Bresser Pereira, a crise da burocracia emergiu depois de 1988, antes mesmo que pudesse ser plenamente instalada no país. Com efeito, a reforma de 1936 pretendia a construção de uma burocracia civil forte, mas para isso era preciso "*consolidar uma burocracia profissional, através da redefinição das carreiras e de um processo sistemático de abertura de concursos públicos para a alta administração*"[9], o que não ocorreu. Altos cargos continuaram a ser providos sem concurso, acobertados pelo próprio permissivo constitucional dos "cargos comissionados". E a estrutura estatal ainda está repleta deles.

Deve-se destacar ainda que o avanço da tecnologia encurtou distâncias e alterou a concepção de tempo na sociedade: tudo acontece muito rápido e a população quer respostas rápidas para as suas demandas. Passou-se, então, à discussão de um novo modelo de administração, que pretendia privilegiar o resultado em detrimento da forma: *a administração pública gerencial*.

Normalmente associada à palavra "gestão", a administração pública gerencial caracteriza-se pelo foco na eficiência dos serviços prestados aos cidadãos. O seu diferencial reside na flexibilidade de administrar, em uma tentativa de aproximar a administração pública da administração privada, ou seja, flexibilizar o formalismo e o controle excessivo dos processos de modo a privilegiar o conteúdo em detrimento da forma. Esse novo modelo surge na década de 1980 como uma resposta à crise do Estado e à globalização da economia, fenômenos que impõem a redefinição das funções estatais.

No Brasil, especificamente, o que se observa desde a primeira reforma burocrática em 1936, seguida pela reforma de 1967, com a edição do Decreto-Lei n. 200, que foi um primeiro passo de descentralização e desburocratização com a criação dos institutos que compõem a administração pública indireta, é a paulatina transferência das ações do Estado para o setor privado, passando aquele a ser agente regulador em detrimento de agente executor de serviços prestados à população.

Para Bresser Pereira, o Decreto-Lei n. 200 foi a primeira reforma gerencial da administração pública brasileira, uma "tentativa de superação da rigidez burocrática", porquanto se deu "*ênfase à descentralização mediante a autonomia da administração indireta, a partir do pressuposto da rigidez da administração direta e da maior eficiência da administração descentralizada*."[10] Instituíram-se como princípios de racionalidade administrativa o *planejamento* e o *orçamento*, a *descentralização* e o *controle dos resultados*. Com efeito, através da flexibilização de sua administração, buscava-se uma maior eficiência nas atividades econômicas do Estado.

São características do modelo gerencial de administração pública, de acordo com Medauar[11]: modelos organizacionais com menos graus hierárquicos, menos chefias, mas com poder de decisão; desconcentração e descentralização para conferir poder de decisão a escalões hierárquicos inferiores ou setores locais; eliminação de superposição de órgãos com atribuições semelhantes; redução drástica dos

8 **Modelagem das Organizações Públicas**. In: Curso de Extensão. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. (Série Estratégica Gestão Pública).

9 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado: **Revista do Serviço Público**, v. 1, n. 47, jan./abr. 1996.

10 Idem, ibidem.

11 MEDAUAR, Odete, apud SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. Gestão pública no poder judiciário. Disponível em: <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1247598053.PDF>. Acesso em: 15 nov. 2011.

cargos em comissão; aplicação rigorosa da exigência de concurso público para investidura em cargo, função e emprego público; treinamento e reciclagem constante dos servidores públicos; instituição de carreiras, em todas as funções, com avaliação verdadeira de mérito; redução drástica de exigências de papéis e documentos inúteis; implantação de controle de resultados e de gestão.

São contornos da nova administração pública, de acordo com Bresser Pereira: a descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; a descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; organizações com poucos níveis hierárquicos em vez de piramidal; confiança limitada em contraposição à desconfiança total existente no modelo burocrático; controle *a posteriori* por resultados em vez do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e administração voltada para o atendimento do cidadão, em vez de autorreferida.[12]

Destacam-se, ainda, o foco em resultados (concebido como o efeito do produto e não o produto em si considerado), a orientação para clientes, a transparência, e *accountability*,[13] conceitos também abordados no último artigo.[14]

Em suma, a reforma atual pretende, ao mesmo tempo, "*fortalecer a competência administrativa do centro e a autonomia das agências e das organizações sociais*", ou seja, a consolidação da "*concepção de que o Estado moderno, que prevalecerá no século XXI, deverá ser um Estado regulador e transferidor de recursos, e não um Estado executor*".[15]

Disso se extrai que o espaço público não se confunde com o estatal; é mais amplo e ocupado por organizações do chamado terceiro setor, e aí está o grande desafio para os gestores públicos: "*colocar em prática as novas ideias gerenciais e oferecer à sociedade um serviço público efetivamente mais barato, melhor controlado e com melhor qualidade*", o que deve ser feito através da criação das agências autônomas para as atividades exclusivas de Estado e, para as não exclusivas, através da cooperação de organizações sociais no setor público.[16]

A reforma da administração pública pode ser concebida em três dimensões: uma dimensão institucional-legal, pela qual se modificam as leis e se criam ou modificam instituições; uma dimensão cultural, baseada na mudança dos valores burocráticos para os gerenciais; e finalmente uma dimensão-gestão. A reforma também contempla quatro setores distintos: o núcleo estratégico do Estado; as atividades exclusivas de Estado; os serviços não exclusivos ou competitivos; e a produção de bens e serviços para o mercado.[17]

Os valores burocráticos, entretanto, devem ser mantidos naquilo que possuem de bom, ou seja, o foco em profissionalismo e impessoalidade, razão pela qual essa mudança proposta deve ser compreendida como a sobreposição de valores gerenciais sobre valores burocráticos, aproveitando-se as conquistas de um modelo para o outro.

12 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado: Revista do Serviço Público, v. 1, n. 47, jan./abr. 1996.

13 REIS, Wanderlei José dos. Juiz-gestor: um novo paradigma. Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=215>. Acesso em: 15 nov. 2011.

14 Gestão no Poder Judiciário e Novos Paradigmas, escrito em parceria com o Juiz de Direito do TJPR Carlos Eduardo Mattioli Kockanny. É o segundo artigo da série *Cursos de Vitaliciamento e Promoção.* Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/SPGE/revista/20120208140307.pdf.>

15 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado: **Revista do Serviço Público**, v. 1, n. 47, jan./abr. 1996.

16 Idem, ibidem.

17 Idem, ibidem.

Em linhas gerais, a reforma proposta por Bresser Pereira e externada no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995) distinguiu quatro setores, alhures referidos, cada qual com a forma mais apropriada de gestão. O *núcleo estratégico* é formado pelos poderes políticos constituídos, responsáveis pela elaboração das metas e objetivos em cada ramo de atuação; é o setor em que as decisões estratégicas são tomadas. Nesse campo, propõe-se um misto de administração pública burocrática e gerencial.

As entidades executoras das ações propostas pelo núcleo estratégico serão as "agências autônomas", no setor das *atividades exclusivas de Estado*, e as "organizações sociais", no setor dos *serviços não exclusivos de Estado*. Por fim, o *setor de produção de bens e serviços para o mercado*, caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que permanecem no aparelho estatal. Nesses setores, a forma de administração mais adequada é a gerencial.[18]

Para estudiosos do tema, entretanto, a arquitetura organizacional no setor público, apesar de ter passado por reformas, mantém-se fragmentada em processos críticos, pois subsiste altamente centralizada e burocratizada. Ademais, as limitações de coordenação e comunicação impedem que a informação seja disseminada e as ações são localizadas e padronizadas.[19]

A consolidação e o sucesso da reforma, contudo, pressupõem a compreensão e assimilação no campo prático do que se convencionou chamar de *princípios de racionalidade administrativa*, já referidos alhures, quais sejam, o planejamento e o orçamento, a descentralização e o controle dos resultados.

Destaque deve ser dado ao planejamento, qualificado por alguns como *estratégico*. O que se deve ter em mente é que não se pode administrar sem se saber *o que* se administra, tampouco *para que* se administra. É necessário estabelecer metas, projetando-se a atuação estatal, bem como ter controle efetivo sobre o cumprimento dessas metas, para que se possa avaliar a eficácia e eficiência das políticas adotadas.

Essa questão sobreleva-se no modelo existente no Brasil, em que o exercício do poder administrativo está comumente subordinado ao exercício do poder político – por isso se tenta conceder autonomia aos setores estatais exclusivos –, e o poder político se altera periodicamente. Para que a alternância do poder político não prejudique as ações administrativas de Estado, especialmente em se tratando de infraestrutura e políticas públicas, é que o planejamento deve ser realizado a curto, médio e longo prazo.

Essa previsão já existe no orçamento público, que contempla o *plano plurianual*, a estabelecer de forma regionalizada as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, intercalando os mandatos do poder executivo; a *lei de diretrizes orçamentárias*, a compreender as metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orienta a elaboração da lei orçamentária anual e estabelece a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento; e por fim as *leis orçamentárias anuais*, a compreender o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Sem querer entrar no mérito da discussão acerca da correta aplicação do dinheiro público, o que se pretende destacar – e foi também objeto do artigo anterior em capítulo próprio[20] – é que a ferramenta

18 **Estratégias de Flexibilização da Ação do Estado**. In: Curso de Extensão. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas – FGV. (Série Estratégica Gestão Pública).

19 **Modelagem das Organizações Públicas**. In: Curso de Extensão. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. (Série Estratégica Gestão Pública).

20 Gestão no Poder Judiciário e Novos Paradigmas, escrito em parceria com o Juiz de Direito do TJPR Carlos Eduardo Mattioli Kockanny. É o segundo artigo da série Cursos de *Vitaliciamento e Promoção*. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/SPGE/revista/20120208140307.pdf>.

existe. Aprofundando o tema, Cardoso Junior tece críticas a esse planejamento estabelecido pelas diretrizes constitucionais de 1988. Apesar do mérito de transformar a atividade de planejamento governamental em processo contínuo na ação estatal, existe a limitação consistente na redução do horizonte de ação possível do planejamento para curto e médio prazo, condicionando-o ao orçamento prévio disponível, o que, na opinião do autor, acabou "*transformando essa atividade em mais uma ação operacional cotidiana do Estado, como são todas aquelas próprias da gestão ou da administração pública corrente*."[21]

Em outras palavras, o que se tem observado ao longo de mais de vinte anos desde a promulgação da Constituição Cidadã é o esvaziamento do conteúdo político estratégico do planejamento que se compõe, segundo Cardoso Junior, de "*ingredientes técnico-operacionais e de controle de comando físico-financeiros em torno de ações difusas, diluídas pelos diversos níveis e instâncias de governo, cujo sentido e movimento não é fácil nem rápido de identificar*."[22] Esclarece que a subsunção das funções de planejamento e orçamento a categorias cotidianas da gestão pública ensejou o esvaziamento do planejamento como função mais estratégica e política de Estado e distingue planejamento e gestão:

> Planejamento é atividade altamente intensiva em gestão, daí que planejamento sem gestão adequada é processo especialmente sujeito a fracassos e descontinuidades de várias ordens [...] ou seja, planejamento descolado da gestão corre o risco de tornar-se um conjunto de estudos, diagnósticos e proposições de objetivos sem eficácia instrumental, atividade incapaz de mobilizar os recursos necessários de forma racional, na direção pretendida do plano. De outro lado, a gestão, embora seja atividade de gerenciamento cotidiano da máquina pública, é algo que apenas pode fazer sentido estratégico – vale dizer, ser portadora de conteúdos e de orientações que de fato impactem positivamente tanto os processos cotidianos de trabalho como os produtos e os resultados finais da ação estatal – se acoplada ou referenciada adequadamente a diretrizes gerais e atividades concretas emanadas do planejamento governamental. [23]

Com efeito, o planejamento vem sendo cada vez mais utilizado na gestão organizacional. Tratando especificamente do Poder Judiciário, em linhas gerais, até a edição da Resolução n. 70-2009 do Conselho Nacional de Justiça, o planejamento, quando existente, ficava circunscrito ao biênio da administração eleita.[24] Essa prática administrativa – se é que assim podemos chamá-la –, entretanto, vem sendo substituída pelo planejamento quinquenal, especialmente em razão da referida Resolução n. 70-2009 do CNJ, cuja edição foi precedida de reuniões setoriais com os tribunais.

De acordo com Chaer *et al.*, do Conselho Nacional de Justiça, o início do que se vislumbra como gestão integrada do Poder Judiciário, com tomada de decisões calcadas em atitude proativa de gestores, teve início com a publicação da Resolução CNJ n. 49, de 18-12-2007, a impor aos órgãos do Judiciário a criação de *Núcleo de Estatística e Gestão Estratégica*, "*com o propósito de organizar as estruturas administrativas para elaboração de estatística e do plano de gestão estratégica do Tribunal*."[25]

A iniciativa teve prosseguimento com um *Encontro Nacional do Judiciário,* ocorrido na data de 25-8-2008, em Brasília, ao final do qual foi publicada a *Carta do Judiciário,* com o compromisso dos Presidentes dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais

21 CARDOSO JUNIOR, José Celso. **Planejamento governamental e gestão pública no Brasil**: elementos para ressignificar o debate e capacitar o Estado. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/TD_1584_WEB_(2).pdf>. Acesso em: 1º maio 2012.

22 Idem, ibidem.

23 Idem, ibidem.

24 O que se pretende é traçar um panorama generalizado desse poder, sem prejuízo de algumas posições de vanguarda eventualmente existentes em alguns tribunais do país.

25 CHAER, Ana Carolina Lemos; AZEVEDO, Joel Sólon Farias de; BONIFÁCIO, Ivan Gomes. Projeto de gestão estratégica do poder judiciário do Brasil. II CONGRESSO CONSAD (CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO) DE GESTÃO PÚBLICA. Brasília, maio 2009. Disponível em: <http://www.consad.org.br >. Acesso em: 15 nov. 2011.

do Trabalho, dos Tribunais Regionais Eleitorais, dos Tribunais Estaduais, dos Tribunais Militares e Associações Nacionais de Magistrados de "*desenvolver mecanismos eficazes para o aprimoramento dos serviços judiciários para a realização efetiva dos direitos individuais e sociais, de forma a impulsionar a realização do Estado de Direito*."[26]

Discutiu-se também a necessidade da criação de mecanismos para facilitar e simplificar a prestação jurisdicional e do aprimoramento da comunicação interna e externa, aproveitando-se de forma racional e criativa os recursos humanos e materiais, valorizando-se e qualificando o corpo funcional.[27]

Quanto à gestão de recursos orçamentários e financeiros, o compromisso assumido pelos Tribunais foi o de direcioná-los prioritariamente a iniciativas estratégicas, de forma a evitar a pulverização em ações de baixo impacto. [28]

Acerca dos recursos humanos, ressaltou-se a necessidade de valorização e qualificação dos quadros dos servidores da Justiça. Com efeito, a chamada gestão de pessoas "*constitui ferramenta administrativa imprescindível na nova administração*, *uma vez que a atenção dispensada nas políticas voltadas ao recurso humano reflete na qualidade dos serviços prestados e por consequência à satisfação do cidadão.*"[29] Nesse sentido, sábias as considerações de Weil:

> Você pode comprar o tempo de um homem; Você pode comprar a presença física de um homem em determinado lugar; Você pode igualmente comprar certa atividade muscular, pagando-a por hora ou por dia; mas Você não pode comprar entusiasmo; Você não pode comprar iniciativa; Você não pode comprar lealdade; Você não pode comprar devoção de corações, de espíritos, de almas; essas virtudes Você deve conquistá-las.[30]

O investimento, pois, em recursos humanos é de suma importância, para que os servidores – muitos insatisfeitos e mal-remunerados – sintam-se como parceiros da organização e não meramente como custo e fator de produção.[31] Para tanto, é necessária a quebra de paradigmas do modelo burocrático de administração, como visto alhures, com enfoque no trabalho em grupo, menos hierarquizado e mais voltado a parcerias, possibilitando convergência de interesses, espírito de equipe e comprometimento com a finalidade estratégica da organização pública, com espaço para iniciativas individuais, incentivo à criatividade e busca por resultados.

Estudiosos da atualidade apontam para o capital intelectual como o recurso mais importante de uma organização na *Era do Conhecimento* ou *Sociedade da Informação*. De acordo com Chiavenato, o *capital intelectual* é constituído pelo capital interno, formado pela estrutura interna e pelas pessoas com a sua cultura, conceitos e modelos; pelo capital externo, formado pelas relações da organização com clientes e fornecedores; e pelo capital humano, formado pelos talentos e competências da organização.[32]

A noção de competência, por sua vez, é dada pelo "*repertório de comportamentos que certas pessoas ou empresas dominam melhor que outras e que as torna eficazes e competitivas em face de determinada situação*" ou ainda pelo "*conjunto de conhecimentos, práticas, comportamentos e tipos de raciocínio*

26 Participaram dos encontros 86 Tribunais, que se reuniram em 12 Estados da Federação. CHAER, Ana Carolina Lemos; AZEVEDO, Joel Sólon Farias de; BONIFÁCIO, Ivan Gomes. Op. Cit.

27 Idem, ibidem.

28 Idem, ibidem.

29 ALMEIDA, Alessandra Terezinha Carvalho de; SANTOS, Nelson José dos. **Gestão estratégica de pessoas no poder judiciário catarinense.** Disponível em: <http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/Alessandra_Terezinha_Carvalho_de_Almeida_-_Nelson_Jose_dos_Santos.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

30 WEIL, Pierre. **Relações Humanas na Família e no Trabalho**. 48. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 31-2.

31 ALMEIDA, Alessandra Terezinha Carvalho de; SANTOS, Nelson José dos. Op. Cit.

32 CHIAVENATO, Idalberto. **Os novos paradigmas:** como as mudanças estão mexendo com as empresas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

adquirido em função de aprendizado e vivência; um conjunto de conhecimentos, habilidades, atitudes e interesses que diferenciam pessoas ou organizações."[33]

Nesse contexto, o grande desafio do gestor público é conseguir os melhores resultados para a organização, com estratégia inteligente, coerente com sua missão e seus valores, coordenando e direcionando positivamente todos os potenciais de contribuição das pessoas, dos recursos e dos processos de trabalho. O gestor público tem o desafio de trabalhar o seu capital intelectual e orçamentário de forma coordenada para conseguir o melhor resultado para os clientes externos e internos. [34]

E, diferentemente de uma empresa em que os cargos são facilmente realocados e reocupados conforme a necessidade da organização e a aptidão pessoal do candidato, no setor público as ações devem desenvolver-se dentro do espaço constitucional demarcado pelos princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, por isso balizadas por regras específicas que podem se tornar complicadores em situações concretas, por exemplo, a necessidade de lei para criação e extinção de cargos públicos; a limitação das atribuições previstas em lei para determinado cargo público e a existência ou não de um plano de cargos e carreira que permita maleabilidade para a aferição de competências pessoais em conjunto com as atribuições de cargo específico.

Com efeito, visando a dar cumprimento aos comandos da referida Resolução n. 70-2009 do CNJ, vários tribunais editaram resoluções próprias com o seu planejamento estratégico quinquenal. Mas, por ser algo extremamente recente, ainda não podemos qualificar e quantificar a efetividade desse planejamento. O que não se discute é que a construção do planejamento estratégico para o Poder Judiciário permite a continuidade de ações nas mudanças de gestão, otimizando a gestão nos tribunais e alinhando o Judiciário em torno de uma estratégia comum, visando à efetividade dos processos operacionais para a superação dos desafios existentes, que são muitos.[35]

O termo *estratégia*, segundo Alexandre *et al.*, norteia todo o processo de evolução da humanidade, aplicando-se em cada tipo e organização desenvolvida pelo homem, de modo a obterem-se vantagens em disputas por posicionamento, seja na guerra, seja entre nações, seja entre empresas, seja entre mercados. Conforme mencionado alhures, estudiosos do tema apontam que, ao longo do tempo, deixou-se de lado a visão de estratégia como plano, passando a concebê-la como um processo de atividade contínua. Para Hamel e Prahalad, o conceito de estratégia está diretamente relacionado com medidas concebidas em uma situação presente, visando a interceptar o futuro, ou seja, "*construir oportunidades futuras por meio de um desenho estratégico bem definido*."[36]

Contudo, apesar da separação dos poderes prevista na Carta de 1988, cada qual independente, não se pode olvidar que eles são – ou ao menos deveriam ser – harmônicos entre si (artigo 2º da CF). Ao levarmos tal questão para o âmbito do planejamento estratégico no setor público, tem-se que o planejamento do Estado não pode repousar tão somente no Poder Executivo, no Legislativo e no Judiciário, mas ele deve ser feito de forma integrada entre esses poderes. Especialmente quando se vislumbra, em relação ao Poder Judiciário, que o seu orçamento é um percentual do orçamento do Executivo.

A gestão eficiente do Estado *lato sensu*, portanto, possui uma dimensão interna a cada poder (o planejamento do Poder Executivo, o do Legislativo e o do Judiciário) e outra dimensão externa e

33 Idem, ibidem.

34 ENGEL, Veralúcia; VISMARA, Salete Zannin. **Gestão estratégica de pessoas no poder judiciário de Santa Catarina:** rodízio de funções. Trabalho de conclusão de curso (Especialização)– Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL –, Santa Catarina.

35 CHAER, Ana Carolina Lemos; AZEVEDO, Joel Sólon Farias de; BONIFÁCIO, Ivan Gomes. Projeto de gestão estratégica do poder judiciário do Brasil. II CONGRESSO CONSAD (CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO) DE GESTÃO PÚBLICA. Brasília, maio 2009. Disponível em: <http://www.consad.org.br>. Acesso em: 15 nov. 2011.

36 ALEXANDRE, Mauro Lemuel et al. Considerações sobre planejamento estratégico na gestão pública: parâmetros e mudanças. In: III SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA. 2006. Disponível em: <http://www.aedb.br/seget/artigos2008.php>. Acesso em: 1º maio 2012.

compartilhada entre os poderes. Como exemplo, podemos citar as questões judiciais que envolvem a execução penal, a infância e juventude e a violência doméstica contra a mulher. A aplicação efetiva da legislação afeta a tais competências jurisdicionais depende da estrutura disponibilizada pelo Poder Executivo em redes de atendimento.

Faz-se necessário, destarte, estabelecer métodos racionais para a administração pública compartilhada, conscientizando-se os partícipes deste processo da importância de sua adoção como vantajosa para todos os envolvidos e, em última instância, para a toda a sociedade, destinatária por excelência das prestações estatais. [37]

Essa necessidade parece já ter sido observada pelo Poder Judiciário, pois, nos encontros realizados pelos tribunais que antecederam a edição da Resolução n. 70/2009 do CNJ, foi também proposta maior integração entre os órgãos desse Poder, com a posterior criação da figura do *juiz de cooperação*[38], bem como maior integração entre os demais poderes da União.

3. ESTATÍSTICA DO PODER JUDICIÁRIO: O JUSTIÇA EM NÚMEROS, O SUPREMO EM NÚMEROS E O ICJ BRASIL

A estatística no Poder Judiciário não é recente. Ainda no período Imperial, foi editado o Decreto n. 3.572, de 30-12-1865, que trazia um regulamento para a estatística policial e judiciária. O referido ato normativo estabelecia que a Estatística Policial e Judiciária versaria sobre o penúltimo ano findo, de modo a haver sempre o espaço de um ano para coleta dos dados e formação da estatística de cada ano e que a cada dez anos elas seriam compiladas em uma única estatística relativa ao decênio.[39]

A estatística policial compreendia os crimes cometidos, processados ou não, independente da identificação da autoria; as detenções ou prisões preventivas; as fianças; os *habeas corpus*; as pronúncias ou impronúncias; o movimento de entrada e saída de estrangeiros no país; os termos de bem-viver. A criminal compreendia os julgamentos da competência dos então "Chefes de Polícia" e Juízes Municipais; os julgamentos dos crimes de responsabilidade; os julgamentos dos crimes; os julgamentos do Tribunal do Júri; as apelações e as execuções criminais.

A Estatística civil, por sua vez, compreendia as conciliações; as causas cíveis julgadas pelos juízes municipais; as apelações; as execuções cíveis; os inventários; as tutelas e curatelas; os divórcios; os testamentos. A estatística comercial contemplava as causas comerciais; as apelações; as execuções; as falências. A estatística penitenciária, por fim, compreendia o movimento dos galés; o movimento dos condenados à prisão com trabalho e à prisão simples.

Esses dados eram publicados em relatórios ministeriais produzidos pelo Poder Executivo. No relatório do Ministério da Justiça e Negócios Interiores de 1900-1901, por exemplo, consta que, no ano de referência, o Supremo Tribunal Federal realizara 83 sessões ordinárias e 1 extraordinária e que as sessões previstas para as datas de 6 de janeiro, 14 de abril, 5 de maio e 15 de agosto não se realizaram por falta de quórum. Tramitaram no tribunal 794 processos, sendo que 237 eram de anos anteriores. O relatório

37 MEDAUAR, Odete, apud SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. Gestão pública no poder judiciário. Disponível em: <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1247598053.PDF>. Acesso em: 15 nov. 2011.

38 Criado pela Recomendação n. 38, de 3-11-2011 do CNJ, a estabelecer aos tribunais a instituição de mecanismos de cooperação judiciária entre os órgãos do Poder Judiciário, e dá outras providências. De acordo com o texto, a cooperação judiciária constitui mecanismo contemporâneo, desburocratizado e ágil para o cumprimento de atos judiciais fora da esfera de competência do juízo requerente ou em intersecção com ele e tem como finalidade institucionalizar meios para dar maior fluidez e agilidade à comunicação entre os órgãos judiciários e outros operadores sujeitos do processo, não só para cumprimento de atos judiciais, mas também para harmonização e agilização de rotinas e procedimentos forenses, fomentando a participação dos magistrados de todas as instâncias na gestão judiciária.

39 Em trabalho próprio, vem sendo desenvolvido, pela autora, pesquisa histórica específica sobre dados estatísticos do Poder Judiciário.

discriminava o número de processo, por classe, distribuído e julgado na corte. Por exemplo, em relação a apelações criminais, no ano em questão, foram distribuídas 33 e julgadas 29.[40]

Esses dados, no entanto, não eram compilados pelo Poder Judiciário, o qual se limitava a encaminhar informações para o Executivo e, ao longo do século XX, especialmente após a prerrogativa de autogoverno conferida aos tribunais, associada ao crescimento populacional e ao aumento da própria demanda judicial, esses dados não eram unificados. Alguns tribunais tinham relatórios estatísticos, mas, dada a diversidade de justiças e de tribunais, não se tinha um panorama nacional até a criação do relatório *Justiça em Números*, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O *Justiça em Números* foi criado pela Resolução n. 4, de 16-8-2005, posteriormente modificada pelas Resoluções n. 15-2006 e n. 76, de 12-5-2009, essa última atualmente em vigor, visando à "*ampliação do processo de conhecimento do Poder Judiciário por meio da coleta e da sistematização de dados estatísticos e do cálculo de indicadores capazes de retratarem o desempenho dos tribunais*".[41]

Segundo o CNJ, as informações do *Justiça em Números* "*apresentam um panorama global da Justiça, por meio de dados disponibilizados pelos tribunais sobre processos distribuídos e processos julgados, número de cargos de juízes ocupados e ainda o número de habitantes atendidos por juiz*." Ainda de acordo com o CNJ, o objetivo desse sistema de estatística é que os dados coletados "*sejam referência para a criação de uma cultura de planejamento e gestão estratégica*", bem como forneça "*bases para construção de políticas de gestão*" de modo a "*possibilitar a avaliação da necessidade de criação de cargos e funções*".[42]

Embora a coleta e compilação de dados referentes ao Poder Judiciário não seja novidade, conforme mencionado alhures, é de se reconhecer que "*o uso de estatísticas voltadas à orientação de políticas públicas e ao planejamento estratégico no Judiciário brasileiro ganhou inegável impulso*" a partir da regulamentação feita pelo CNJ, porquanto os indicadores estatísticos contidos na regulamentação passaram a ser obrigatórios para praticamente todos os órgãos do sistema judiciário nacional, excetuados apenas os tribunais superiores e justiças especializadas como a militar e a eleitoral (que serão inclusos nos próximos indicadores).[43] Isso não significa dizer que esses ramos da justiça não tenham controle de estatística, mas tão somente que a reunião desses dados não é organizada pelo CNJ.

Apesar da infinidade de relatórios e informações que têm de ser prestadas regularmente pelos tribunais ao CNJ, pretende-se, a toda evidência, conhecer melhor a realidade do Poder Judiciário brasileiro, a fim de se buscar soluções para o enfrentamento de seus problemas. Tarefa que não é fácil tampouco simples, dada a quantidade e diversidade de tribunais e de justiças, associadas às peculiaridades locais nas cinco regiões geográficas do país. São duas justiças comuns (federal e estadual) e três justiças especiais (trabalhista, eleitoral e militar), além dos tribunais superiores, totalizando 91 tribunais.[44]

40 Relatório Ministerial. JUSTIÇA E NEGOCIOS INTERIORES. Ano 1900 e 1901. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, p. 44.

41 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 4 set. 2011.

42 Disponível em: <http:/www.cnj.jus.br>. Acesso em: 4 set. 2011.

43 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números**. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília, ago. 2011, p. 7.

44 O Supremo Tribunal Federal (STF); 4 tribunais superiores [Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Superior Tribunal Militar (STM) e Tribunal Superior Eleitoral (TSE)]; 5 tribunais regionais federais (TRF): da 1ª Região (que abrange os estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins); da 2ª Região (Espírito Santo e Rio de Janeiro); da 3ª Região (Mato Grosso do Sul e São Paulo); da 4ª Região (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul); e da 5ª Região (Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe); 24 tribunais regionais do trabalho (TRT): da 1ª Região (Rio de Janeiro), 2ª Região (São Paulo), 3ª Região (Minas Gerais), 4ª Região (Rio Grande do Sul), 5ª Região (Bahia), 6ª Região (Pernambuco), 7ª Região (Ceará), 8ª Região (Pará), 9ª Região (Paraná), 10ª Região (Distrito Federal), 11ª Região (Amazonas), 12ª Região (Santa Catarina), 13ª Região (Paraíba), 14ª Região (Rondônia), 15ª Região (Campinas-SP), 16ª Região (Maranhão), 17ª Região (Espírito Santo), 18ª Região (Goiás), 19ª Região (Alagoas), 20ª Região (Sergipe), 21ª Região (Rio Grande do Norte), 22ª Região (Piauí), 23ª Região (Mato Grosso) e 24ª Região (Mato Grosso do Sul); 27 tribunais regionais eleitorais (TRE), um em cada uma das capitais e no Distrito Federal; 27 tribunais de justiça, um em cada uma das capitais e no Distrito Federal; 3 tribunais estaduais militares situados, cada um, em São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

Em 2010, foram contabilizados 24,2 milhões de casos novos e as despesas totais da Justiça Estadual somaram o montante de aproximadamente R$ 23,9 bilhões, o que equivale a 0,65% do PIB nacional, 5% do gasto público dos Estados e a R$ 123,57 ao ano, por habitante. Ao analisar de forma global o produto interno bruto, verificou-se que, quanto menor o porte do tribunal, maior é seu gasto proporcionalmente ao PIB do seu Estado. [45]

No tocante ao número de processos em tramitação, a justiça comum é que agrega a maior parte deles, com cerca de 65,7 milhões de processos em 2010, 0,8% a mais que em 2009, e cerca de 543 mil processos a mais que no ano anterior. Em 2010, 15,8 milhões de sentenças foram proferidas e foram baixados 18,5 milhões de processos (tabela 2.7). O total de processos baixados foi 4% superior aos ingressados, cuja consequência será uma tendência de queda dos casos pendentes para o próximo ano.

No geral, 79% dos processos em tramitação no país estão na justiça estadual. A justiça estadual possui a maior carga de trabalho e tem liderado o aumento de produtividade média desde 2004. De acordo com o relatório, comparando-se os dados de 2009, houve sensível aumento no volume de processos em tramitação em 2010, passando de 61,5 milhões para 61,8 milhões, ou seja, tramitaram 284 mil processos a mais que no ano anterior.[46] Dos 61,8 milhões de processos em tramitação, 53,5 milhões estão no 1º Grau de jurisdição (86%) e 8,3 milhões nos Juizados Especiais (14%). Ainda de acordo com a pesquisa, nos tribunais brasileiros em 2010 tramitaram 83,4 milhões de processos, 0,6% a mais do que em 2009. O relatório também registra um aumento da taxa de congestionamento de 67%, em 2009, para 70%, em 2010.[47]

As execuções fiscais são um caso à parte. Representam um terço de todo o acervo processual existente no país. Na justiça estadual, especificamente, representam cerca de 40% dos processos pendentes. Na justiça federal, a taxa de congestionamento em relação às execuções fiscais é de 90%.

A carga média de trabalho dos magistrados brasileiros é de 1.679 processos por juiz. Na execução fiscal, a taxa sobe para 2.730. De acordo com Alexandre dos Santos Cunha, técnico do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e coordenador da área de estudos sobre segurança pública e justiça, os processos de execução duram em média 8 anos e 2 meses e são em grande número, a ponto de distorcerem as estatísticas. Segundo Cunha, a execução fiscal é um problema para a justiça estadual de primeiro grau, que concentra grande volume desses processos.

Na segunda instância, em relação a 2009, houve aumento de 6% do número de casos novos por magistrado, ocasionado pelo aumento de 4% do número de casos novos e pela redução de 2% do número de magistrados de 2º Grau. Verifica-se, entretanto, que houve redução do número de casos novos por Magistrado em seis tribunais de Justiça (TJ-MT, TJ-CE, TJ-AM, TJ-SP, TJ-TO e TJ-PB).[48]

Segundo o relatório, o indicador de processos baixados por caso novo pretende analisar se ao longo de um ano o tribunal consegue dar vazão, no mínimo, ao mesmo quantitativo de casos ingressados. Idealmente essa situação deve atingir o percentual de ao menos 100%, a fim de evitar o acúmulo de processos para o ano seguinte. Entre os tribunais de grande porte, nenhum conseguiu baixar mais do que o fluxo de entrada do ano. Já em relação aos tribunais de médio porte, houve desempenho satisfatório, pois, ao se tomar por base a média nacional (92%), sobressaem-se quatro tribunais pertencentes a esse grupo com maior vazão da Justiça Estadual: Ceará (146%), Pernambuco (121%), Maranhão (120%) e Goiás (120%). No entanto, há considerar que a segunda e a terceira pior taxa também pertence a esse grupo: Pará (49%) e

45 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números.** Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília, ago. 2011, p. 9 e 15.

46 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números**. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília, ago. 2011, p. 55.

47 Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/554948/?noticia=CNJ+JUSTICA+EM+NUMEROS+2011+TERA+DADOS+DE+TODOS+OS+TRIBUNAIS>. Acesso em: 15 nov. 2011.

48 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números**. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília, ago. 2011, p. 46.

Bahia (61%), respectivamente. Os tribunais de pequeno porte que superaram o percentual de 100% foram Tocantins (120%), Paraíba (118%), Rondônia (106%) e Amapá (101%). O Tribunal de Justiça do Piauí foi o que apresentou menor percentual de baixados por caso novo da Justiça Estadual, com apenas 36%. O desempenho médio dos tribunais superou o resultado atingido em 2009, ano em que os tribunais baixaram em média 88% em relação aos processos que ingressaram.[49]

Os dados representativos em relação ao número de juízes mostram que, no 1º Grau de jurisdição, ao final de 2010, atuavam 10.264 juízes e 127.915 servidores da área judiciária, gerando a média de doze servidores por magistrado em cada tribunal. Em relação a 2009, o número de magistrados da 1ª instância cresceu 4,3%, correspondente ao aumento do número de 423 juízes, passando de 9.841 para 10.264 em 2010. Houve também um aumento de 4.622 servidores (3,7%) nesse período.

Estudo realizado pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) com base no relatório *Justiça em Números* e em relatórios do Supremo Tribunal Federal e do Banco Mundial evidencia que "*a média de ações ajuizadas no Brasil é alta para a América Latina, e a carga de trabalho apreciada por alguns tribunais está acima das médias internacionais*" e também que "*os níveis de produtividade são significativamente altos, e uma possível explicação reside na aplicação criativa da automação e de técnicas inovadoras para o tratamento de milhares de reclamações semelhantes*."[50]

Ao tratar especificamente dos ramos da Justiça brasileira, conclui o referido estudo que "*os juízos estaduais de primeira instância experimentaram as mais altas taxas de crescimento e os maiores aumentos em produtividade. Atualmente, a produção demonstrada por juiz estadual é, em média, duas vezes maior que a das varas federais e do trabalho*". Quando comparados a dados internacionais, "*até mesmo as 700 e 800 soluções finais de processos por juiz nos tribunais trabalhistas e federais, respectivamente, correspondem a um número alto de acordo com os padrões latino-americanos e universais*" e "*as 1.400 soluções finais nos tribunais estaduais correspondem a um recorde regional*."[51]

Outro projeto que vem sendo desenvolvido no âmbito da cúpula do Poder Judiciário, pela Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas, é o *Supremo em Números* que, partindo do pressuposto de que "*os processos e decisões judiciais são um registro tangível da influência que o Judiciário tem exercido sobre questões políticas*" e expressam como, quando e sobre o que decidem, ou seja, o comportamento desses atores judiciais pretende realizar uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal de modo a "*fundamentar quantitativa e estatisticamente discussões sobre a natureza, a função e o impacto da atuação do STF na democracia brasileira*", bem como "*conhecer melhor o funcionamento interno desse poder*".[52]

O projeto pretende produzir dois grupos distintos de estudos, consistentes em relatório e artigos. No primeiro caso, tem-se a produção de conhecimento voltada para o fomento de debates públicos sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, ou seja, tem como foco estabelecer uma comunicação não apenas com o meio acadêmico, mas também com a sociedade (associações profissionais, organizações da sociedade civil, usuários do sistema de justiça e formuladores de políticas públicas). Os artigos, por sua vez, possuem caráter exclusivamente acadêmico.

Destaca-se a necessidade de descrever e conhecer o órgão de cúpula do Poder Judiciário para "*entender os efeitos de reformas e transformações passadas (sejam elas políticas, gerenciais, legislativas ou jurisprudenciais), formular diagnósticos, desenhar e propor novas políticas públicas de administração*

49 Idem, ibidem, p. 53.

50 **Judiciário Brasileiro em Perspectiva:** análise da associação de magistrados brasileiros baseada em relatórios do STF, do CNJ e do Banco Mundial.

51 Idem, ibidem.

52 FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números**: o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <http://www.supremoemnumeros.com.br>.

da justiça estatal a partir de uma base estatisticamente fundamentada."[53]

No primeiro relatório já publicado pelo projeto, da análise quantitativa e identificação de padrões nos processos que tramitam no STF, concluiu-se que "*o Supremo não se comporta como um só tribunal, mas sim como três cortes distintas fundidas na mesma instituição, um tribunal com três personas*" e que os 52 tipos de processos distintos para se chegar ao Supremo (representativos das classes processuais existentes no sistema) evidenciam a multiplicidade de caminhos para se chegar ao STF, cristalizando e viabilizando as três *personas* alhures referidas, bem como evidenciando que as várias portas de entrada, por si só, já apontam a ênfase no *processo* decisório judicial, aumentando a carga de trabalho e desviando o Supremo para questões processuais em detrimento da decisão judicial substantiva.[54]

Oportuno destacar também a constatação de que, quantitativamente, o Supremo "*não é uma corte constitucional, no sentido original em que esse tipo de instituição foi pensada. Em números absolutos, está muito mais próximo de uma corte recursal suprema. Não é uma corte que escolhe o que julga fundamental julgar. É antes uma corte escolhida pela parte. Não constrói seu destino. Seu destino é construído por cada recurso que lhe chega por deliberação alheia, de terceiros*." [55]

Em entrevista sobre a publicação do relatório *Justiça em Números* de 2011, o ministro César Peluso, então presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, lembrou que "*por trás dos números há pessoas que buscam a Justiça para solucionar seus conflitos*".[56] De fato, a demanda judicial reflete a sociedade, seus anseios, conflitos e dissabores.

Mas antes de analisar essas questões com enfoque nos problemas sociais, deve-se destacar que esses números têm sido utilizados, no âmbito do Poder Judiciário para diagnosticar pontos de estrangulamento e orientar políticas de reestruturação, de modo a avaliar se os pontos de entrave e os atrasos na prestação jurisdicional refletem problemas de gestão ou questões que extrapolam esse Poder e somente podem ser resolvidas mediante cooperação.

De acordo com pesquisa elaborada por José Marcelo Maia Nogueira, o Poder Judiciário não é objeto de estudo por parte de especialistas e pesquisadores da área da Ciência da Administração e a falta de literatura especializada faz com que seja utilizada para esse poder literatura voltada à mensuração de desempenho no serviço público como um todo. Nogueira questiona, porém, se seria essa literatura adequada para a análise do desempenho do Poder Judiciário, haja vista algumas particularidades em relação ao poder público de forma genérica.[57]

Isso porque, diz ele, "*embora o Poder Judiciário também seja prestador de serviço público, diferencia-se estruturalmente do Poder Executivo em quesitos fundamentais à questão da mensuração de desempenho*", especialmente porque significativa parte dos estudos relativos ao desempenho no serviço público levam em conta uma maior possibilidade de ação de *accountability* vertical sobre o Poder Executivo, pelo menos no tocante aos efeitos do controle social através das eleições populares, o que não ocorre no Judiciário.

53 Idem, ibidem.

54 Idem, ibidem.

55 Idem, ibidem.

56 Disponível em: <ttp://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/554948/?noticia=CNJ+JUSTICA+EM+NUMEROS+2011+TERA+DADOS+DE+TODOS+OS+TRIBUNAIS>. Acesso em: 15 nov. 2011.

57 NOGUEIRA, José Marcelo Maia. **A gestão do poder judiciário: uma análise do sistema de mensuração de desempenho do Judiciário brasileiro.** Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/5296>. Acesso em: 15 nov. 2011.

Do estudo realizado, concluiu-se que é reduzido o destaque dado à formação do Magistrado para o exercício da função de administrador e que "*a ênfase conferida à gestão externa, à interação com legislações e à função social do Judiciário, parece atrair mais a atenção de cientistas políticos e juristas do que de pesquisadores da área de Administração Pública.*"[58] Em razão dessa disfunção, adverte para a possibilidade de que "*uma possível interpretação acerca de indicadores pode os ter como desencadeadores da formação de rankings ou como incapazes de captar certas particularidades ou sutilezas do desempenho e das estratégias de certas áreas organizacionais*".[59] Destacou que o relatório *Justiça em Números*:

> [...] embora não se aprofunde numa mensuração relativa a temas críticos do Judiciário como, tramitação e custos processuais, acesso populacional, capacitação de corpo funcional e otimização de procedimentos organizacionais, ou ainda não traga indicadores que considerem as diferenciações estruturais existentes entre segmentos judiciais – tem trazido um primeiro e importante diagnóstico de uma área que, até então, era desprovida de qualquer prática semelhante, que fosse orientada e sustentada por uma política nacional. [60]

Outro projeto que merece destaque é o Relatório ICJ Brasil, organizado pela Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas. Partindo da premissa de que a capacidade do Judiciário de se apresentar como uma instância legítima na solução de conflitos que surgem no ambiente social, empresarial e econômico é questão que afeta profundamente o desenvolvimento econômico e social de um país e que uma das formas de se medir essa legitimidade é através das motivações que levam os cidadãos a utilizar (ou não) e a confiar (ou não) no Judiciário, em termos de eficiência (celeridade), capacidade de resposta (competência), imparcialidade, honestidade e acesso (facilidade de uso e custos), o relatório, produzido trimestralmente, traz indicadores que pretendem quantificar a confiança da população no Poder Judiciário.

Acredita-se que a confiança da população representa a legitimidade do Judiciário e essa, por sua vez, afeta de forma definitiva o desenvolvimento do país, conforme mencionado alhures. O levantamento estatístico é feito trimestralmente e possui natureza qualitativa, sendo realizado nas regiões metropolitanas e no interior de seis Estados do país e no Distrito Federal com base em amostra representativa da população.

Em relação à *idade*, por exemplo, a pesquisa indica que quanto mais jovens são os entrevistados, melhor é a avaliação do Poder Judiciário e que os entrevistados mais jovens tendem a recorrer mais ao Judiciário para resolver os seus conflitos. Quanto à *renda*, os resultados mostram que os entrevistados de maior renda avaliaram melhor o Judiciário. A *escolaridade*, por sua vez, é diretamente proporcional à disposição de se levar um conflito ao Judiciário para resolvê-lo e influencia também a confiança, ou seja, quanto maior a escolaridade, maior é o índice de confiança na Justiça.[61]

O relatório vem sendo realizado desde o ano de 2010 e tem caracterizado a má-avaliação do Judiciário como prestador de serviços. No 1º trimestre de 2011, para 87% dos entrevistados, o Judiciário resolve os conflitos de forma lenta ou muito lentamente; para 80%, os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos; e 71% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar. No mesmo período, na declaração espontânea sobre o quanto os entrevistados confiam no Poder Judiciário, o percentual de confiança ficou em 34%, caracterizando a quantidade de entrevistados que responderam que o Judiciário é confiável ou muito confiável.[62]

58 Idem, ibidem.

59 Idem, ibidem.

60 Idem, ibidem.

61 **Relatório ICJBrasil 1º trimestre 2011**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8700>.

62 Idem.

Os dados do último trimestre de 2011 seguem a tendência, já identificada nos trimestres anteriores, de má-avaliação do Judiciário como prestador de serviços públicos. Para 89% dos entrevistados, o Judiciário é moroso, resolvendo os conflitos; 88% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos e 70% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar.[63]

Outros problemas apontados pelo relatório são: a falta de *honestidade*, visto que 67% dos entrevistados consideram o Judiciário nada ou pouco honesto; a *parcialidade*, considerando que 63% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é nada ou pouco independente; e a falta de *competência* para solucionar os casos, ficando em 57% o índice da população entrevistada que classifica o Judiciário como nada ou pouco competente.

Comparando-se a confiabilidade no Poder Judiciário com a confiabilidade nas outras instituições, de acordo com o relatório do último trimestre de 2011, o Judiciário foi considerado a sexta instituição mais confiável, depois das Forças Armadas, da Igreja Católica, do Ministério Público, das Grandes Empresas e da Imprensa Escrita. A posição caiu em relação ao trimestre anterior, em que o Judiciário havia angariado a quarta posição, atrás apenas das Forças Armadas, da Igreja Católica e do Ministério Público. As instituições menos confiáveis apontadas pelos entrevistados no quarto trimestre de 2011 foram o Congresso Nacional (21%) e os Partidos Políticos (8%).[64]

Questão interessante trazida pelo relatório é que a principal faceta da Justiça, mais lembrada pelos entrevistados, é a relacionada ao direito penal, isto é, à ocorrência de crimes que são diariamente veiculados no noticiário policial. O relatório do 1º trimestre de 2011 trouxe também a informação de que "*boa parte dos entrevistados entende que o aumento do salário dos parlamentares e os casos de corrupção política estão diretamente relacionados ao Judiciário, embora esses temas, muitas vezes, não sejam judicializados*", o que "*denota que a impressão dos entrevistados é a de que todos os principais problemas que têm ocorrido na sociedade brasileira devam ser resolvidos pela Justiça*".[65]

Outro ponto sobremaneira relevante trazido pelo relatório é a percepção de impunidade dos entrevistados. 83% dos entrevistados respondeu que há muita ou alguma impunidade na Justiça Criminal brasileira e apenas 14% avaliaram que não há impunidade no país. Quanto ao perfil dos entrevistados, apurou-se que, quanto maior a escolaridade e a renda, maior a percepção de impunidade. No entanto, a percepção de impunidade dos entrevistados inclui casos em que houve a regular persecução criminal e aplicação de pena. Para 64% dos entrevistados, a existência de penas alternativas e, para 56%, a possibilidade de conciliação entre réu e vítima faz com que aumente a impunidade no Brasil. De acordo com o relatório:

> Essas respostas indicam que a impunidade pode ser percebida mesmo em casos em que há condenação, aplicação e execução de pena. Nesse caso, a impunidade não é revelada na persecução criminal, mas sim nas leis que permitem, em determinados casos, a substituição da pena de prisão por penas alternativas, conforme previsto no art. 44 do Código Penal [...] a impunidade está relacionada à resposta expressamente prevista em lei (Lei Federal nº. 9.099/95) e não à falta de aplicação da pena ou de leniência do Judiciário na interpretação da lei. [66] [...] Na medida em que as principais causas da impunidade, segundo a percepção dos entrevistados, dizem respeito à inefetividade da legislação criminal; à corrupção e ineficiência da polícia, à morosidade e à leniência do Judiciário, constata-se que prevalece a percepção de que a impunidade é resultado tanto de falhas na legislação penal, quanto de problemas nas instituições policiais e judiciais. [67]

63 **Relatório ICJBrasil 4º trimestre 2011**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9282>.

64 Idem.

65 Idem.

66 **Relatório ICJBrasil 2º trimestre 2011**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8739>.

67 **Relatório ICJBrasil 3º trimestre 2011**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8773>.

Com efeito, a gestão judiciária é "*o grupo ou aparato de medidas postas à disposição dos magistrados para garantir a plena afetação de todos os recursos disponibilizados pelo Judiciário com a finalidade precípua de se alcançar um serviço judiciário de qualidade e, por corolário, uma entrega da prestação jurisdicional célere, eficaz e efetiva*" [68]

Para tanto, é necessário aperfeiçoar o funcionamento de todo o aparato judiciário, do menor (cada unidade jurisdicional em si considerada) para o maior (o poder como um todo), de forma coordenada, através da tomada de decisões focadas na sua missão precípua, que é a de realizar justiça. Mas os relatórios do ICJBrasil demonstram que isso não basta, visto que a percepção da sociedade acerca da eficiência do Poder Judiciário está também relacionada com questões sociais e legislativas, fazendo-se necessário o diálogo e a interação entre os três poderes constituídos para se alcançar de forma eficaz e definitiva a raiz dos problemas.

4. ALÉM DO PODER JUDICIÁRIO: GARGALOS DO SISTEMA E NECESSIDADE DE COOPERAÇÃO

Conforme mencionado alhures, por trás dos números que representam a estatística do Poder Judiciário há pessoas que buscam a Justiça para solucionar seus problemas. A demanda judicial reflete a sociedade, seus anseios, inquietações e dissabores. Nesse contexto, a perspectiva que se apresenta é que o número de processos judiciais seja diretamente proporcional aos conflitos sociais, os quais, por sua vez, vêm crescendo como consequência natural da complexidade da sociedade contemporânea.

Entretanto, essa não pode ser a lógica do sistema sob pena de se inviabilizar o seu funcionamento. Se por um lado o Judiciário necessita alterar rotinas para incluir conceitos da moderna gestão pública e aprimorar o seu funcionamento, por outro não se deve relegar a ele a solução de todas as mazelas da sociedade. É necessário dividir responsabilidades e cada qual deve assumir o seu papel no desiderato de se viver em uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I, da CF), tanto os poderes e autoridades constituídas quanto o próprio cidadão.

Com efeito, a coleta de dados estatísticos tem a finalidade precípua de permitir o conhecimento da realidade enfrentada nacionalmente, mas não é só. Pretende-se diagnosticar pontos de estrangulamento do sistema de justiça e orientar políticas de reestruturação, de modo a avaliar se os pontos de entrave e os atrasos na prestação jurisdicional refletem problemas de gestão ou questões que extrapolam esse Poder e somente podem ser resolvidas mediante cooperação.

Sustenta-se que um sistema de informações, seja automatizado, seja manual, deve atender a três objetivos: facilitar o tratamento de processos e de cargas de trabalho; monitorar o desempenho individual e fornecer um bom panorama da produção da organização. Esses três objetivos devem ser reconhecidos desde o início, sob pena de que um ou dois deles passem a render pouco, prejudicando o trabalho como um todo.[69]

Em outras palavras, o controle deve existir, mas deve também produzir resultados concretos que permitam alterar a realidade da organização, otimizando-a e aprimorando. O controle sem resultado prático nos remete às ideias da organização pública burocrática, em que se prioriza a forma em detrimento do produto final. A decisão de levantar e analisar dados e de usá-los para fundamentar as escolhas do Poder Judiciário é uma decisão política, que deve ter o apoio dos Tribunais.

68 REIS, Wanderlei José dos. Juiz-gestor: um novo paradigma. Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=215>. Acesso em: 15 nov. 2011.

69 Fazendo com que a justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil. Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica - América Latina e Caribe. Documento do Banco Mundial. Dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/bancomundial.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

De acordo com relatório realizado pelo Banco Mundial, o Brasil gasta, proporcionalmente, mais no seu Sistema de Justiça do que a maior parte dos países do mundo e, em termos quantitativos (custos de solucionar um caso), pode ser que esteja conseguindo um valor adequado pelo dinheiro investido, conforme o relatório.[70] Mas em termos qualitativos, as pesquisas realizadas pelo ICJBrasil evidenciam que a avaliação do Poder Judiciário não é boa, apesar dos esforços empreendidos por magistrados e milhares de servidores da justiça.

Em notícia publicada pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) logo após a divulgação dos dados do *Justiça em Números* pelo Conselho Nacional de Justiça, Alexandre Carlos dos Santos Cunha, coordenador da pesquisa na área de estudos sobre Segurança Pública e Justiça, confirmou a constatação empírica que os magistrados já conhecem: "*o sistema está sobrecarregado como um todo*" e "*os servidores da justiça estão adoecendo por causa da carga de trabalho excessiva*".[71] Para preservar a saúde dos magistrados e servidores, de acordo com Cunha, seria preciso reduzir em 40% essa carga de trabalho.

Estudiosos no assunto apontam possíveis causas para o aumento da litigiosidade. Dentre elas, destacam-se: a revolução da era virtual, ou seja, o desenvolvimento das comunicações e da tecnologia que "*mudou por completo o mundo e a vida em sociedade, seja na produção de riquezas, nos relacionamentos comerciais e até mesmo nos hábitos de convivência humana*";[72] a ampliação de direitos e a facilitação do acesso à Justiça, especialmente após a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor, em 1990; a abertura da economia brasileira, com a privatização de diversas empresas e o consequente "*ingresso de milhares de pessoas no mercado que passaram a ter acesso a serviços antes exclusivos de poucos, quase todos marcados pela contratação por adesão, conjugado à absoluta ineficiência das agências de controle e regulação*".[73]

Isso gerou, segundo Richinitti, uma profunda alteração do perfil das demandas contemporâneas de modo que a razão histórica de ser do Judiciário, concebida como "*a solução de conflitos interpessoais de forma a viabilizar o convívio social*", viu-se diante de uma "demanda de massa" em que o "*processo judicial, em especial nos Estados com maior número de processos, passou a ser um produto de mercado – propagandeado, fomentado, procurado, oferecido, tendo como principal causa a necessidade de adequação ao mercado da advocacia que está absolutamente esgotado*".[74]

Dentre as soluções apontadas como "alternativas" para a Justiça brasileira estão: 1) o resgate da ideia da pretensão resistida de modo que o Judiciário não seja a única ou a primeira mais acessível e rentável porta do cidadão para exercer seus direitos; 2) a exigência de tentativa de solução administrativa ou até mesmo de conciliação antes da prestação jurisdicional, em condições normais, preservadas as urgências.[75]

A magistratura, através de seu órgão associativo representativo, abordou também possíveis soluções para o enfrentamento da chamada "Crise do Judiciário", a saber: 1) aumentar a eficiência do Judiciário; 2) reduzir a ineficiência de determinados órgãos extrajudiciários que condicionam as respostas dos juízes, como os órgãos de representação judicial do Estado, *lato sensu*, por exemplo; 3) esforço para reestruturar a demanda. Como o próprio documento conclui, somente a primeira alternativa se presta à implementação pelo Judiciário apenas. As outras duas exigirão cooperação de outras organizações setoriais e extrassetoriais, além de outros ramos do governo.[76]

70 Idem, ibidem.

71 Disponível em: <http://www.amb.com.br>.

72 RICHINITTI, Carlos Eduardo. Apresentação do IV Seminário Justiça em Números. Brasília, 29 ago. 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 15 nov. 2011.

73 Idem, ibidem.

74 Idem, ibidem.

75 Idem, ibidem.

76 **Judiciário Brasileiro em Perspectiva:** análise da associação de magistrados brasileiros baseada em relatórios do STF, do CNJ e do Banco Mundial.

Para Figueira, dentre as medidas que devem ser adotadas para o enfrentamento do problema estão: 1) a implantação da cultura de gestão; 2) a geração e tratamento de dados estatísticos; 3) a identificação de oportunidades e tomada de decisão a partir dos dados produzidos; 4) monitoramento constante; 5) parceria institucional.[77]

Com efeito, o aumento da eficiência do Judiciário; a implantação da cultura de gestão; a geração e tratamento de dados estatísticos; a identificação de oportunidades e tomada de decisão a partir dos dados estatísticos produzidos; e o monitoramento constante são medidas que já vêm sendo realizadas pelo Poder Judiciário, em maior ou menor grau, dependendo do Tribunal respectivo. Já a redução da ineficiência de determinados órgãos extrajudiciários que condicionam as respostas dos juízes, o esforço para reestruturar a própria demanda e a concretização de parcerias institucionais são medidas que transcendem esse poder e demandam cooperação dos demais.

No relatório produzido pelo Banco Mundial acerca do sistema de justiça brasileiro, mencionado alhures, recomendou-se ao Brasil "*encontrar uma forma de abandonar o hábito do governo de usar o Judiciário para controlar o seu fluxo de caixa*", visto que, de acordo com a instituição "*o peso da atividade judicial do governo é um dos importantes fatores que contribuem para a crise do Judiciário, tanto pelo espaço que ocupa quanto pela atenção que desvia da missão mais natural dos tribunais*."[78] Das conclusões anotadas no documento em questão, extrai-se que:

> O problema é reconhecido e não será resolvido de um dia para o outro. Para começar, o governo em todos os níveis precisa achar um meio para pagar as suas contas; em segundo lugar, precisa garantir que os respectivos órgãos administrativos possam assumir o trabalho que passaram adiante para os tribunais. O primeiro problema pode ser o mais crítico deles - e claramente se relaciona à questão anterior de controlar melhor o que o governo está encaminhando para a Justiça.[79]

Do relatório constou também uma antiga e constante reivindicação dos Tribunais brasileiros, consistente no acréscimo do orçamento para cobrir as necessidades, especialmente em razão do aumento da demanda, apontada como uma solução para a famigerada crise, ao lado das formas alternativas de se solucionar a carga de processos.

As ações de consumidores, por exemplo, que constituem grande parte do acervo processual em muitas jurisdições, tiveram em outros países soluções de natureza administrativa, o que poderia ser uma solução viável no Brasil. O relatório ICJBrasil constatou que, apesar de bastante conhecido, o Procon (órgão público extrajudicial de defesa do consumidor) não é muito utilizado. No 1º trimestre de 2011, apenas 16% dos entrevistados declararam já ter utilizado seus serviços. Quanto mais alta a escolaridade e maior a renda, maior a utilização. Os moradores das capitais e regiões metropolitanas utilizam mais o serviço do que os moradores do interior.[80]

De acordo com o relatório, a maioria dos que utilizaram o Procon (69%) declarou ter conseguido solucionar o seu problema por meio desta instituição. A avaliação do serviço recebido é extremamente positiva – cerca de 92% dos usuários entrevistados declararam estar satisfeitos com o serviço prestado pelo Procon. Apurou-se também, no mesmo período de 2011, que a principal motivação do uso do Judiciário

77 FIGUEIRA, João Batista Linck. **O Impacto da Execução Fiscal nas Estatísticas:** Experiência de Porto Alegre. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 15 nov. 2011.

78 Fazendo com que a justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil. Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica - América Latina e Caribe. Documento do Banco Mundial. Dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/bancomundial.pdf>.

79 Idem, ibidem.

80 **Relatório ICJBrasil 1º trimestre 2011**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8700>.

pelos entrevistados está relacionada às questões envolvendo direito do consumidor, tais como cobrança indevida, cartão de crédito e produtos com defeito.[81]

O índice de utilização cresceu ao longo de 2011, passando para 17% no último trimestre, mas ainda é muito baixo para representar alternativas à demanda processual que chega ao Judiciário. O índice de satisfação dos usuários também aumentou, chegando a 94% ao final do ano em questão.[82]

Com efeito, a alternativa apontada pelo relatório do Banco Mundial é justamente a maior utilização dos serviços de conciliação, ficando reservado o tratamento judicial apenas para determinados tipos de casos, visto que a redução da demanda judicial consequentemente diminuiria custos e demoras.[83] Tendência essa que vem sendo seguida, embora ainda sejam necessários a ampliação e o aprimoramento.

Kazuo Watanabe, professor titular da cadeira de processo civil da Universidade de São Paulo, destacou a necessidade de "*uma política nacional abrangente, de observância obrigatória por todo o Judiciário Nacional, de tratamento adequado dos conflitos de interesses*", com o objetivo de se dar "*a solução mais adequada dos conflitos de interesses, pela participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses, o que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial*." [84]

Nesse contexto, para Watanabe, a redução do volume de serviços do Judiciário seria uma consequência importante do resultado social almejado, mas não seu escopo fundamental, que teria como foco, isso sim, assegurar aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) criou, em 2004, um projeto piloto para encaminhar processos em andamento no Fórum central da capital a um setor de conciliação prévia, formado à época por cerca de 80 conciliadores, todos voluntários, nomeados pelo Presidente do Tribunal. O projeto começou com índice de acordo em torno de 20% e, em 4 anos, subiu para 70%.

Em 2005, o Conselho Superior da Magistratura do TJSP autorizou e regulamentou a instalação do *Setor de Conciliação ou de Mediação* nas comarcas e foros de todo o Estado, em razão dos bons resultados dos setores de conciliação já instalados, inicialmente em caráter experimental, em primeiro e segundo graus de jurisdição do Tribunal de Justiça.

No âmbito nacional, após vários anos e resultados positivos alcançados com a *Semana Nacional da Conciliação* e diante da necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, o Conselho Nacional de Justiça editou a *Resolução n. 125, de 29-11-2010*, que instituiu a *Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário*.

A resolução estabelece que aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem como prestar atendimento e orientação ao cidadão. Estabelece ainda que, na implementação da Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: 1) a centralização das estruturas judiciárias; 2) a adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores; 3) o acompanhamento estatístico específico.

81 Idem.

82 **Relatório ICJBrasil 4º trimestre 2011**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9282>.

83 Fazendo com que a justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil. Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica - América Latina e Caribe. Documento do Banco Mundial, dez. 2004. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/bancomundial.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

84 WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

Em Mato Grosso do Sul, o Provimento n. 219, de 1º-12-2010, autorizou a criação e instalação do *Setor de Conciliação ou Mediação nas Comarcas e Foros do Estado*, com a finalidade de pacificar as questões cíveis que tratem de direitos patrimoniais disponíveis, de família, e da Infância e Juventude. De acordo com o provimento, poderão atuar como conciliadores magistrados, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e procuradores do Estado, todos aposentados, advogados e demais profissionais com experiência, reputação ilibada e vocação para a atividade conciliatória ou mediadora de conflitos, que passarão a exercer a atividade sem vínculo com qualquer atividade judicante, em serviço voluntário, após participarem de cursos preparatórios ou de reciclagem.

Essas iniciativas têm tudo para dar certo, embora estejam se utilizando da estrutura do Judiciário para tanto. É necessário, pois, mais uma vez, driblar a falta de recursos e de servidores para implementar essa política de forma inteligente. A utilização de voluntários é experiência já consolidada e bem sucedida. A própria Resolução n. 219/2010 prevê a possibilidade de parcerias com entidades públicas e privadas e isso seria uma forma de não aumentar a estrutura judiciária para atender a esse comando.

O relatório ICJBrasil evidenciou que, apesar da má-avaliação do Poder Judiciário, 66% dos entrevistados no 2º trimestre de 2011 aceitariam tentar um acordo reconhecido pelo Judiciário, mas decidido por outra pessoa que não um juiz. Tendência mantida ao longo do ano, embora a disposição de solucionar o seu conflito por meios alternativos seja diretamente proporcional à renda e ao grau de escolaridade.[85]

Outras iniciativas vêm sendo tomadas no âmbito do Poder Judiciário, especialmente encabeçadas pelo Conselho Nacional de Justiça. De acordo com notícia publicada no site do CNJ, através da Corregedoria Nacional de Justiça, pretende-se reduzir a entrada de execuções fiscais em juízo. Conforme relatado no *Justiça em Números* e mencionado em capítulo anterior, o volume de execuções fiscais é tão grande (correspondem a cerca de um terço dos processos em tramitação na Justiça brasileira), que interfere no tratamento dos dados estatísticos, devendo o controle das execuções fiscais ser feito separadamente.

A Corregedoria Nacional pretende criar um grupo de trabalho, composto por representantes do Judiciário de todo o país, para definir uma estratégia de ação que previna a entrada de novos processos de execução fiscal na Justiça, com o objetivo de estimular a solução administrativa de conflitos relacionados à cobrança de impostos.[86]

Em relação às execuções fiscais, o município de Porto Alegre, em parceria com o Poder Judiciário local, alcançou resultados efetivos na redução e efetividade da demanda através de cooperação entre os Poderes Executivo e Judiciário. De acordo com João Batista Linck Figueira, nos últimos 20 anos, a população gaúcha cresceu cerca de 20%; a demanda judicial cresceu 1.120%; o número de juízes de primeiro grau aumentou em 35%; e o número de advogados inscritos na OAB em 200%, totalizando 4 milhões de processos para uma população de 10,5 milhões.

Na parceria realizada, o Município fornece ao foro judicial da capital com competência privativa para execuções municipais, 22 estagiários, 3 veículos com motorista para cumprimento de mandados de citação e penhora e todo o envelopamento e postagem das correspondências expedidas nos autos das execuções fiscais.[87]

85 **Relatório ICJBrasil 2º trimestre 2011**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8773>.

86 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 2 maio 2012.

87 FIGUEIRA, João Batista Linck. **O Impacto da Execução Fiscal nas Estatísticas:** Experiência de Porto Alegre. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 15 nov. 2011.

A Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre também instalou um posto de atendimento ao público no foro central da capital, ao lado da vara especializada.[88] Foi ainda realizado um trabalho específico pelo Município para selecionar os créditos passíveis de execução bem sucedida. De acordo com Figueira, "*o Município praticamente limpou todos os seus créditos ditos como "podres", e só tem ajuizado e prosseguido com demandas de créditos "bons", o que reduziu substancialmente a sucumbência do Município nas execuções fiscais*." [89]

Em Mato Grosso do Sul, por exemplo, se tomarmos os últimos 10 anos como referência temporal e considerarmos a capital e as três maiores comarcas do Estado, em polos estratégicos (Três Lagoas na região leste; Corumbá na região oeste; e Dourados na região centro sul), veremos que a demanda processual cresceu expressivamente e em todas essas comarcas a maior demanda processual é de execuções fiscais. De acordo com dados da Secretaria de Planejamento do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, as execuções fiscais representam 1/3 do acervo processual do Estado, em dados de abril de 2012.[90]

O aumento da demanda processual, nesses 10 anos, não foi acompanhado, proporcionalmente, pelo número de magistrados e de servidores. Em Campo Grande, o acervo de processos em tramitação aumentou em 650%, enquanto o número de magistrados subiu 133% e de servidores 66%. Em Dourados, a elevação do número de processos representa percentual de 177%, contra 44% de magistrados e 7,6% de servidores. Já na comarca de Três Lagoas, o acervo cresceu em 304%, o número de magistrados em 60% e o de servidores em 27%. Corumbá, por fim, possui hoje 224% processos a mais em andamento, 50% de magistrados e 20% de servidores. Há dez anos havia cerca de 1.908 processos por magistrados na capital. Atualmente, esse número se elevou para 6.187 processos por magistrados.[91]

Observa-se, pois, que a elevação dos recursos humanos não tem acompanhado proporcionalmente a elevação da demanda de trabalho, isso faz com que os magistrados e servidores trabalhem com sobrecarga, não apenas em comarcas grandes como as mencionadas, mas também nas comarcas de primeira entrância, muitas com o próprio quadro de servidores defasado.

Não há dúvida de que parte desse problema se dá em razão dos percentuais limitadores da Lei de Responsabilidade Fiscal, fazendo-se necessária a adequação do duodécimo a essa realidade moderna no Judiciário estadual. Além disso, a solução extrajudicial, pelo menos, das execuções fiscais já aliviaria o acúmulo de serviço e o congestionamento da máquina judiciária no Estado.

Outra iniciativa que merece destaque é o *I Fórum de Imuno-Biológicos* realizado pela Sociedade de Reumatologia de Mato Grosso do Sul (Sorems) em Campo Grande, em que foi abordado o tema *Como Fazer para Otimizar os Problemas*, com o objetivo de tentar achar formas administrativas para evitar as ações judiciais relacionadas à distribuição de remédios para doenças reumatológicas, com respostas imediatas que facilitem a vida do paciente. O evento reuniu membros da Secretaria Estadual de Saúde e do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

Na ocasião, ponderou-se que mutirões realizados pela Justiça não são suficientes, especialmente porque representam respostas pontuais. De acordo com o presidente da Sorems, "*é necessário agir direto na sociedade, prevenindo demandas ou impedindo que elas cheguem no Judiciário, que terá fôlego para cuidar das demandas complexas e graves que afligem a população*."[92]

Observa-se, pois, um movimento em torno da necessidade de se encontrar soluções para evitar a judicialização de demandas corriqueiras e repetitivas, de modo que o Judiciário possa se ocupar com aquelas que efetivamente não podem ser resolvidas de outra forma, senão judicialmente.

88 Idem, ibidem.

89 Idem, ibidem.

90 Dados fornecidos pela Secretaria de Planejamento do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

91 Dados fornecidos pela Secretaria de Planejamento do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo como referência os anos de 1996 e 2011.

92 Disponível em: <http://www.tjms.jus.br>. Acesso em: 27 fev. 2012.

Na contramão, vai a iniciativa do ex-deputado federal e atual presidente da Embratur, Flávio Dino, que entrou com Pedido de Providências no Conselho Nacional de Justiça, solicitando a edição de uma resolução que determine aos Tribunais a especialização de varas para processar e julgar ações cíveis e criminais relacionadas ao direito à saúde.

De acordo com o ex-deputado, "*resta clara a atual dificuldade de o Poder Judiciário oferecer respostas adequadas às demandas que emanam do exercício do direito à saúde, haja vista a profundidade e a urgência do problema*".[93] Segundo o deputado, o número de ações relativas ao acesso a medicamentos e a procedimentos médicos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), bem como vagas em hospitais públicos e ações diversas movidas por usuários de seguros de saúde, aliado às "cenas de horror" a que a sociedade brasileira assiste em hospitais públicos e privados em todo o país – de filas intermináveis, pacientes pelo chão, erros de diagnóstico e tratamento – demonstram a necessidade de o Judiciário adequar sua organização para atender os litígios em que se discute o direito à saúde. [94]

Com efeito, o foco não deve ser o de especializar o Judiciário, mas sim o de reduzir essa demanda que reflete problemas estruturais da sociedade e, especialmente, do Poder Executivo em oferecer serviços e fiscalizar prestações na área de saúde. Caberia, então, ao Judiciário, que não arrecada e sobrevive de duodécimo, a implementação de política de saúde? Não se pode querer tratar os efeitos, mas deve-se buscar a causa das demandas que afogam o Judiciário.[95]

É certo que os chamados Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), além do exercício de suas funções típicas, exercem também atividades instrumentais, como é o caso da gestão dos recursos financeiros, materiais e humanos essenciais para o seu funcionamento.

Nesse contexto, Adilson Abreu Dallari destaca que a "*Administração Pública é atividade típica do Poder Executivo, mas é, também, atividade atípica do Legislativo e do Judiciário*."[96] Para ele, não se pode perder de vista que o objetivo fundamental da chamada teoria da separação de Poderes é exatamente impedir o absolutismo, criando mecanismos para a contenção do poder pelo próprio poder, evitando o exercício do Poder Público em termos absolutos, sem limitação alguma, o que levaria à tirania. Dallari destaca ainda que entender a tripartição do Poder com o propósito criar três Poderes absolutamente autônomos e independentes seria triplicar a tirania, que justamente se pretende evitar.[97] José Afonso da Silva descreve com sapiência que:

> [...] o princípio da separação dos poderes significa entrosamento, coordenação, colaboração, desempenho harmônico e independente das respectivas funções, e ainda que cada órgão (poder), ao lado de suas funções principais, correspondentes à sua natureza, em caráter secundário colabora com os demais órgãos de diferente natureza, ou pratica certos atos que, teoricamente, não pertenceriam à sua esfera de competência. [...] os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.[98]

Na prática, entretanto, falta entrosamento, coordenação e colaboração. Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva defende que:

93 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/19207-dino-pede-ao-cnj-especializacao-de-varas-em-saude>. Acesso em: 4 maio 2012.

94 Idem, ibidem.

95 A repartição dos poderes também foi discutida na minha tese de doutoramento **Rondon**: O agente público e político. Universidade de São Paulo: 2009.

96 DALLARI, Adilson Abreu. Controle Compartilhado da Administração da Justiça. **Revista Eletrônica de Direito do Estado.** Salvador, BA, n. 2, abr./jun. 2005.

97 Idem, ibidem.

98 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 112.

> [...] a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário, mas para ele, se há independência no que respeita ao desempenho de suas funções, não se pode dizer o mesmo no tocante à organização do Poder Judiciário, que depende do Poder Executivo ou do Legislativo, quando não de ambos. [99]

O autor destaca que "*por depender do repasse da arrecadação feita pelo Poder Executivo, dentro do percentual fixado pelo Poder Legislativo, com os limites fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal, a autonomia para a fixação de estratégias de atuação acaba dependendo muito da relação com os outros poderes, que acabam por exercer forte influência nas decisões*."[100] É preciso, pois, aproximar o diálogo e pensar estratégias coordenadas, para que os poderes, juntos, possam melhor atender às necessidades da sociedade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, procurou-se demonstrar como a gestão e a estatística são ferramentas que podem aprimorar a Administração da Justiça. Nogueira e Pacheco, em compilação acerca do número de pesquisas científicas publicadas na área de Administração tendo como objeto o Poder Judiciário, concluíram que esse poder "*não vem sendo objeto de estudo da área da Administração Pública*" e uma das possíveis causas apontadas para tal constatação é a de que o Executivo ocupe majoritariamente a atenção dos pesquisadores em razão do contexto das propostas introduzidas pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado, que focavam esse poder como alvo da reforma.[101]

É preciso investir no Poder Judiciário, que vem empreendendo esforços para aprimorar a prestação jurisdicional, através do fomento a pesquisas, especialmente no âmbito das escolas judiciais, bem como atentar para a necessidade de recomposição de seus quadros, adequando seus recursos humanos à realidade processual enfrentada diuturnamente por magistrados e servidores.

Mas é necessário também que o Poder Judiciário pare de assumir encargos que não lhe pertencem, apesar do vácuo deixado pelos outros poderes, buscando responsabilizá-los pela inércia. Não se pode perder de vista que no Poder Judiciário se lida com pessoas e, por mais informatizada que esteja a Justiça, não se pode prescindir dos recursos humanos. Os processos serão julgados por magistrados, auxiliados por servidores.

A melhoria do Poder Judiciário, considerado como um todo, não depende apenas dele próprio, que vem empreendendo esforços para a melhoria da gestão dos seus recursos e de suas rotinas, mas demanda também a cooperação de instituições vinculadas ao Poder Executivo, por exemplo, a Fazenda Pública e o INSS, ao estabelecerem mecanismos para evitar que determinadas demandas cheguem ao Judiciário, sufocando-o com ações repetitivas que podem ser resolvidas extrajudicialmente e relegando ao Poder Judiciário aquelas demandas que efetivamente necessitam de sua atuação, ou seja, permitindo que essa estrutura seja direcionada para as reais necessidades da sociedade e do cidadão.

É preciso também esclarecer a população acerca das reais competências do Judiciário. Pesquisa realizada pelo ICJBrasil externou que "*boa parte dos entrevistados entende que o aumento do salário dos*

99 MEDAUAR, Odete, apud SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. Gestão pública no poder judiciário. Disponível em: <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1247598053.PDF>. Acesso em: 15 nov. 2011.

100 Idem, ibidem.

101 NOGUEIRA, José Marcelo Maia; PACHECO, Regina Silvia. **A gestão do poder judiciário nos estudos de administração pública**. Disponível em: <http://www.consad.org.br/sites/1500/1504/00000091.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

parlamentares e os casos de corrupção política estão diretamente relacionados ao Judiciário, embora esses temas, muitas vezes, não sejam judicializados", o que "*denota que a impressão dos entrevistados é a de que todos os principais problemas que têm ocorrido na sociedade brasileira devam ser resolvidos pela Justiça*".[102]

A cobrança da sociedade deve ser feita a todos os poderes da República. A sensação de impunidade que paira sobre alguns setores da sociedade não pode ser atribuída ao Judiciário quando este aplica as leis penais que são votadas pelo Legislativo, cabendo ao Executivo, por exemplo, a criação de vagas no sistema penitenciário. Essa é uma realidade enfrentada diuturnamente por magistrados no Estado. O Poder Executivo não cria as vagas necessárias no sistema penitenciário para atender a demanda decorrente do acirramento do tratamento de leis penais que são votadas por representantes eleitos da sociedade, e os juízes, corregedores de presídios, se veem diante do colapso do sistema e da frustração de aplicar a lei a um adolescente, por exemplo, colocando-o em liberdade por não haver vaga em estabelecimento que o Estatuto da Criança e do Adolescente determina seja o único adequado para sua permanência quando ele infringe leis penais.

Em Mato Grosso do Sul, a criação do *Comitê Gestor de Comunicação Institucional do Poder Judiciário*, com a finalidade de levar o Judiciário ao conhecimento da sociedade, para que assim não tenham uma ideia equivocada das ações da Justiça Estadual, é uma iniciativa pioneira e que certamente trará resultados em futuro próximo.

Mas outro ponto de suma importância deve ser destacado. Não se cobra do Judiciário que ele precisa ter noções de administração, capacitando seus magistrados para tanto? Pois é necessário tempo para administrar, especialmente quando se está na cúpula do poder – reuniões, comissões, estudos técnicos, correições, enfim, uma gama de atribuições que são incompatíveis com a judicatura. Quantos ministros assessoram a Presidência da República? Quantos secretários assessoram governadores e prefeitos? Quantos magistrados assessoram o Presidente de um Tribunal de Justiça? Em Mato Grosso do Sul, apenas dois magistrados assessoram o Presidente.

Pois, se o Judiciário pretende assumir essa função de administração e aumentar o diálogo com os demais poderes, é necessário aumentar o número de juízes auxiliares à cúpula administrativa, despindo-se do preconceito (interno e externo ao poder) de que magistrado só tem de julgar e que aqueles afastados da judicatura em razão de cargos administrativos "não fazem nada". Se a prerrogativa do Judiciário é de autogoverno, haverá aqueles que julgam e haverá aqueles que administram, ainda que temporariamente.

Outrossim, é de sobremaneira importância que aqueles que estejam à frente da Administração do Poder Judiciário fiquem atentos às mudanças de ideias que estão acontecendo, haja vista a quantidade de cursos que a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), a Escola Nacional da Magistratura (ENM) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estão disponibilizando aos magistrados, seja pela própria instituição, seja pelas parcerias com renomadas instituições de ensino, no Brasil e no exterior. Impedir os magistrados de fazer parte disto é impedir a renovação que tanto se espera em seus quadros.

A Justiça que almejamos passa, ademais, pelo planejamento do Estado. O Judiciário não participa das reuniões de planejamento em torno do desenvolvimento do Estado (*lato sensu*) e não pode mais ficar "correndo atrás" de soluções emergenciais (como mutirões, edição de súmulas de jurisprudência, regras processuais específicas para recursos repetitivos, dentre outras soluções paliativas). Não seria oportuno o assento de representante deste Poder com o *Conselho de Desenvolvimento Econômico do Estado*? Afinal, os poderes não são harmônicos? É preciso aproximar o diálogo e dividir responsabilidades, sendo cada

102 **Relatório ICJBrasil 2º trimestre 2011**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8739>.

poder cobrado por aquilo que efetivamente é sua atribuição, alinhando estratégias e parcerias que irão beneficiar a população, destinatária por excelência dos poderes constituídos.

6. REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Mauro Lemuel et al. Considerações sobre planejamento estratégico na gestão pública: parâmetros e mudanças. In: III SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA. 2006. Disponível em: <http://www.aedb.br/seget/artigos2008.php>. Acesso em: 1º maio 2012.

ALMEIDA, Alessandra Terezinha Carvalho de; SANTOS, Nelson José dos. **Gestão estratégica de pessoas no poder judiciário catarinense**. Disponível em: <http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/Alessandra_Terezinha_Carvalho_de_Almeida_-_Nelson_Jose_dos_Santos.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

BANCO MUNDIAL (América Latina e Caribe). **Relatório n. 32789-BR**. Fazendo com que a justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil. Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica. Brasília, dez. 2004. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/bancomundial.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

CARDOSO JUNIOR, José Celso. **Planejamento governamental e gestão pública no Brasil**: elementos para ressignificar o debate e capacitar o Estado. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/TD_1584_WEB_(2).pdf>. Acesso em: 1º maio 2012.

CHAER, Ana Carolina Lemos; AZEVEDO, Joel Sólon Farias de; BONIFÁCIO, Ivan Gomes. Projeto de gestão estratégica do poder judiciário do Brasil. II CONGRESSO CONSAD (CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO) DE GESTÃO PÚBLICA. Brasília, maio 2009. Disponível em: <http://www.consad.org.br >. Acesso em: 15 nov. 2011.

CHIAVENATO, Idalberto. **Os novos paradigmas**: como as mudanças estão mexendo com as empresas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos humanos**: o capital humano das organizações. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Número**. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília, p. 9 e 15, ago. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/apresentacaoWerner.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

CUNHA, Luciana Gross et al. **Relatório ICJBrasil 4º trimestre 2011**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 15 fev. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9282>.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle Compartilhado da Administração da Justiça. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, BA, n. 2, abr./jun. 2005.

ENGEL, Veralúcia; VISMARA, Salete Zannin. **Gestão estratégica de pessoas no poder judiciário de Santa Catarina**: rodízio de funções. Trabalho de conclusão de curso (Especialização)– Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL –, Santa Catarina.

Estratégias de Flexibilização da Ação do Estado. In: Curso de Extensão. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas – FGV. (Série Estratégica Gestão Pública).

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números**: o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <http://www.supremoemnumeros.com.br>.

FIGUEIRA, João Batista Linck. **O Impacto da Execução Fiscal nas Estatísticas**: Experiência de Porto Alegre. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 15 nov. 2011.

FIGUEIREDO, Luiza Vieira Sá de; KOCKANNY, Carlos Eduardo Mattioli. Gestão no Poder Judiciário e Novos Paradigmas. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul**, ano 32, n. 182, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/SPGE/revista/20120208140307.pdf>.

FREITAS, Rodrigo Formiga Sabino de (Coord.). **Judiciário brasileiro em perspectiva**: análise da associação de magistrados brasileiros baseada em relatórios do STF, do CNJ e do Banco Mundial. Brasília: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB.

GROSS, Luciana Cunha et al. **Relatório ICJBrasil 1º trimestre 2011**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 4 nov. 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8700>.

GROSS, Luciana Cunha et al. **Relatório ICJBrasil 2º trimestre 2011**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8739>.

GROSS, Luciana Cunha et al. **Relatório ICJBrasil 3º trimestre 2011**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 24 nov. 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8773>.

Modelagem das Organizações Públicas. In: Curso de Extensão. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. (Série Estratégica Gestão Pública).

NOGUEIRA, José Marcelo Maia. **A gestão do poder judiciário**: uma análise do sistema de mensuração de desempenho do Judiciário brasileiro. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/5296>. Acesso em: 15 nov. 2011.

NOGUEIRA, José Marcelo Maia; PACHECO, Regina Silvia. **A gestão do poder judiciário nos estudos de administração pública**. Disponível em: <http://www.consad.org.br/sites/1500/1504/00000091.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado: **Revista do Serviço Público**, v. 1, n. 47, jan./abr. 1996.

REIS, Wanderlei José dos. Juiz-gestor: um novo paradigma. **Revista online do Ibrajus** – Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=215>. Acesso em: 15 nov. 2011.

RICHINITTI, Carlos Eduardo. **Apresentação do IV Seminário Justiça em Números**. Brasília, 29 ago. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 15 nov. 2011.

SÁ, Luiza Vieira. **Rondon**: o agente público e político. Tese (Doutorado)– Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 112.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

WEIL, Pierre. **Relações Humanas na Família e no Trabalho**. 48. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 31-2.

* Revisão: Marilza Moreno Comar

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 2012.000136-0 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – JORNADA DE TRABALHO DOCENTE – APLICAÇÃO DO ARTIGO 2º, §4º DA LEI N. 11.738/08 – ADIN 4167 – JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECENDO A CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA – OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS – AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO – POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DO ACÓRDÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO – CONSTATAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN n. 4167, reconheceu a constitucionalidade do artigo 2º, §4º da LEI n. 11.738/08, que prevê a jornada de trabalho para o magistério, na proporção de 2/3 em sala de aula e 1/3 em atividade de planejamento.

Os embargos de declaração, além de não terem o condão de modificar o resultado do julgamento, são divorciados de efeito suspensivo, por isso, nada impede que o direito objeto da controvérsia seja considerado pelo juiz nas instâncias ordinárias.

Verificando-se a impossibilidade de cumprimento imediato do acórdão, nada impede que o magistrado, como forma de melhor atender ao interesse público, estabeleça um prazo específico para adequação do ente público.

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, conceder a segurança.

Campo Grande, 11 de abril de 2012.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Trata-se de Mandado de Segurança Coletivo impetrado por FETEMS - Federação dos Trabalhadores em Educação de Mato Grosso do Sul, contra o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e a Secretária Estadual de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul, devido a omissão em aplicar, de imediato, o artigo 2º, §4º, da Lei Federal n. 11.738/08, que determina a reserva do percentual de no mínimo 1/3 da carga horária dos profissionais do magistério, no âmbito das unidades escolares de educação básica, como jornada extra classe.

Alega que o Estado de Mato Grosso do Sul, ajuizou ADIN perante o Supremo Tribunal Federal para questionar a legalidade da lei acima referida, tendo sido julgada improcedente, com a publicação do acórdão ocorrida no dia 24.08.11.

Acrescenta que apesar disso, em 13/12/2011, a segunda impetrada, responsável por orientar a rede estadual de ensino para o ano de 2012, exarou resolução de n. 2496/2011, fixando a organização curricular e o regime escolar do ensino fundamental e médio nas unidades escolares de MS, sem qualquer adequação à jornada de trabalha estabelecida na Lei 11.738/08, ou seja, manteve a proporção de 1/4 de atividades extra classe, prevista no artigo 24º, I e II da LC 87/00.

Pugna pela concessão de liminar e, ao final, requer seja concedida a segurança para assegurar aos representados da impetrante o direito à jornada de trabalho prevista no artigo 2º, §4º da Lei Federal 11.738/2008, consistente na proporção de 2/3 em sala de aula e 1/3 em atividade de planejamento (extra classe).

Juntou diversos documentos (f. 24/130) e atribuiu à causa o valor de R$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais).

A liminar foi deferida às f. 134/134-v e, posteriormente, com a interposição de agravo regimental, em juízo de retratação, revogada (f. 138/140).

A autoridade coatora prestou as informações de estilo (169/181), sustentando, em síntese, que: a) A hora atividade é uma criação do legislador infraconstitucional, por isso, a Lei Federal n. 11.738/08 não poderia regulamentar, no âmbito estadual, a jornada do servidor público; b) o ano letivo já se iniciou, de forma que o planejamento pedagógico e a matriz curricular já foram implantados levando-se em consideração a jornada dos docentes com 1/4 (25%) da hora atividade; c) não há como reduzir a jornada dos professores para 1/3 em sala de aula devido a falta de contingente necessário e a impossibilidade de realizar concurso em um curto lapso de tempo; d) a contratação temporária, com a intenção de cumprir a mencionada lei, geraria lesão aos cofre públicos e se tornaria irreversível; e) O acórdão proferido no julgamento da ADI 4167 não tem efeito vinculante, motivo pelo qual deve ser analisado com reservas.

No parecer (f. 185/191) a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança.

VOTO

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

Trata-se de Mandado de Segurança Coletivo impetrado por FETEMS - Federação dos Trabalhadores em Educação de Mato Grosso do Sul, contra o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e a Secretária Estadual de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul, devido a omissão em aplicar, de imediato, o artigo 2º, §4º, da Lei Federal n. 11.738/08, que determina a reserva do percentual de no mínimo 1/3 da carga horária dos profissionais do magistério, no âmbito das unidades escolares de educação básica, como jornada extra classe.

Alega que o Estado de Mato Grosso do Sul, ajuizou ADIN perante o Supremo Tribunal Federal para questionar a legalidade da lei acima referida, tendo sido julgada improcedente, com a publicação do acórdão ocorrida no dia 24.08.11.

Acrescenta que apesar disso, em 13/12/2011, a segunda impetrada, responsável por orientar a rede estadual de ensino para o ano de 2012, exarou resolução de n. 2496/2011, fixando a organização curricular e o regime escolar do ensino fundamental e médio nas unidades escolares de MS, sem qualquer adequação

à jornada de trabalha estabelecida na Lei 11.738/08, ou seja, manteve a proporção de 1/4 de atividades extra classe, prevista no artigo 24º, I e II da LC 87/00.

Pugna pela concessão de liminar e, ao final, requer seja concedida a segurança para assegurar aos representados da impetrante o direito à jornada de trabalho prevista no artigo 2º, §4º da Lei Federal 11.738/2008, consistente na proporção de 2/3 em sala de aula e 1/3 em atividade de planejamento (extra classe).

Juntou diversos documentos (f. 24/130) e atribuiu à causa o valor de R$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais).

A liminar foi deferida às f. 134/134-v e, posteriormente, com a interposição de agravo regimental, em juízo de retratação, revogada (f. 138/140).

A autoridade coatora prestou as informações de estilo (169/181), sustentando, em síntese, que: a) A hora atividade é uma criação do legislador infraconstitucional, por isso, a Lei Federal n. 11.738/08 não poderia regulamentar, no âmbito estadual, a jornada do servidor público; b) o ano letivo já se iniciou, de forma que o planejamento pedagógico e a matriz curricular já foram implantados levando-se em consideração a jornada dos docentes com 1/4 (25%) da hora atividade; c) não há como reduzir a jornada dos professores para 1/3 em sala de aula devido a falta de contingente necessário e a impossibilidade de realizar concurso em um curto lapso de tempo; d) a contratação temporária, com a intenção de cumprir a mencionada lei, geraria lesão aos cofre públicos e se tornaria irreversível; e) O acórdão proferido no julgamento da ADI 4167 não tem efeito vinculante, motivo pelo qual deve ser analisado com reservas.

No parecer (f. 185/191) a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança.

A matéria relacionada à legalidade das disposições contidas no artigo 2º, §4º da Lei Federal n. 11.738/08 foi debatida à exaustão no julgamento da ADI 4167, por isso, só resta avaliar a possibilidade de aplicá-la na rede de ensino de Mato Grosso do Sul.

O Estado entende que devido a grave repercussão financeira, deve ser aguardado o julgamento dos embargos de declaração opostos na ADI 4167, para que seja aplicado o artigo 2º, §4º, da Lei Federal 11.738/08, mesmo porque, segundo ele, a decisão proferida na medida cautelar, previu que a interpretação conforme dos dispositivos legais em análise deveria prevalecer até julgamento final da ação.

De início, é preciso afastar qualquer dúvida sobre eventual óbice processual para se aplicar, imediatamente, as disposições do acórdão. A decisão proferida na medida cautelar, por certo, que não prevalece após o julgamento da ação.

Isso porque ela não pode servir para dar a um dos litigantes posição favorável no processo principal, tendo como finalidade exclusiva, evitar que entre a propositura da ação e a prestação jurisdicional, medeie um espaço de tempo com possíveis reflexos sobre as relações jurídicas em disputa, servindo, desse modo, como elemento da função jurisdicional.

Uma das características do provimento cautelar é justamente a provisoriedade, pois tem duração temporal limitada à solução definitiva do mérito. No caso, a solução definitiva já existe, absorvendo, com isso, o provimento cautelar.

Os embargos de declaração opostos não têm o condão de modificar o resultado do julgamento e tampouco suspender o seu cumprimento, logo, mesmo com a apreciação do recurso, a conclusão outrora obtida será, obrigatoriamente, a mesma. Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação

n. 2576-4/SC[1] consolidou posicionamento no sentido de que "*a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei surte efeitos a partir da publicação da decisão no DJU, ainda que esta não tenha transitada em julgado*."

Insta sobrelevar, outrossim, que a matéria versada nos embargos declaratórios se restringe ao piso salarial, de sorte que a jornada dos professores permanecerá, sob todos os ângulos, incólume

Assim, deve prevalecer a regra de que o acórdão prolatado em ação direta de inconstitucionalidade independe, para surtir efeitos, do julgamento dos embargos eventualmente opostos ou do trânsito em julgado, de onde se pode extrair o direito líquido e certo perseguido na inicial do *mandamus*, uma vez que a decisão proferida na ADIN 4167 não depende de qualquer confirmação, impondo-se a sua consideração pelo juízo, ainda que não se tenha emprestado efeito vinculante, devido ao quórum de votação.

Aliás, a prudência recomenda considerar o pensamento majoritário formado naquela Corte, sob pena de desconforto hermenêutico em desfavor do Princípio da Segurança Jurídica e em prejuízo dos administrados.

Seguindo essa linha, o Ministro Luiz Fux, à época pertencente ao Superior Tribunal de Justiça, no informativo veiculado na data de 23.09.10, disse que a possibilidade – hoje existente – de os juízes darem sentenças contrárias às decisões dos tribunais superiores, criando soluções diferentes para situações idênticas, é "*uma violação ao princípio da segurança jurídica e ao princípio da isonomia prometidos pela Constituição*".

Mais adiante, o preclaro Ministro declarou:

> É preciso que haja uma solução igual para todos os brasileiros. A lei é nacional e a função jurisdicional cai em descrédito quando cada juiz define a questão jurídica de uma maneira. Se todos são iguais perante a lei, todos têm que ser iguais também perante a Justiça. [...] As decisões dos tribunais superiores devem ser respeitadas, sob pena de postergação da justiça. Por que o juiz, em nome da sua suposta independência jurídica, pode proferir uma decisão contrária à decisão dos tribunais superiores, empurrando a parte a obter uma solução dez anos depois, se ele já sabe qual vai ser a solução do processo?

No julgamento da ADIN em questão foi decidido exatamente o tema da autonomia dos estados-membros invocada nas informações prestadas, e que se concluiu não afetada pela lei nova, por integrar o sistema nacional de ensino. Ponderou-se, de igual forma, que alegações de problemas orçamentários não deveriam servir de premissas ao julgamento, tampouco deram ensejo ao reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, desmerecendo, portanto, acatamento.

Sem embargo, já se passaram quase três anos da edição da Lei 11.738/08, que regulamentou a jornada de trabalho dos professores e o Estado de Mato Grosso do Sul deveria, no mínimo, ter se preparado para implementá-la, máxime em razão da decisão desfavorável na ADIN 4167, ocorrida há pelos menos 1 (um) ano.

Desse modo, em face do entendimento do STF, e mesmo porque, ao meu juízo, seria incoerente decidir em sentido contrário, não há razão alguma para deixar de ser acolhido o argumento contido na inicial a respeito da pronta eficácia e aplicabilidade da norma.

Não se pode perder de vista que a educação é uma das maiores prioridades no estado democrático de direito, *ex vi* do artigo 205, da Constituição Federal. Segundo Uadi Lammêgo Bulos[2], "*A educação é o*

1 Rel. Min. Ellen Gracie, j. 23.06.2004.

2 Constituição Federal Anotada, 7ª ed., p. 1363.

caminho para o homem evoluir. Por isso, é um direito público subjetivo, e, em contrapartida, um dever do Estado e do grupo familiar". Por essa razão, seria temerário permitir que a autoridade administrativa dite a fiel execução da lei ao seu talante e à margem dos prazos nela definidos e também nos procedimentos judiciais havidos.

Por meio de uma interpretação teleológica do artigo 2º, §4º, da Lei 11.738/08 se pode extrair que o sistema de ensino deve promover a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho.

O dispositivo a ser observado é decorrência do princípio da valorização do professor (artigo 206, V, da CF), cuja atividade, notoriamente, não se restringe a ministrar aulas, mas exige a dedicação e o dispêndio de inúmeras horas com estudo, para aperfeiçoamento profissional, correção de provas, avaliação de trabalhos, e registro de notas, indispensáveis ao ensino de qualidade, garantido pela Carta Magna (art.206, VII, da CF).

A legislação nacional fixa o período reservado para atividades extra classe na proporção de 1/3 da jornada de trabalho, o que interessa de forma imediata não apenas aos profissionais, mas também aos alunos, sendo induvidoso que a providência concorre para a melhoria das condições de ensino.

E a norma alcança a totalidade dos professores, independentemente do regime de contratação, porquanto ela não faz distinção. Ademais, qualquer ressalva ou limitação implicaria em violação ao princípio constitucional da isonomia.

Alega a autoridade coatora que o pedido limita o alcance da decisão judicial. Acrescenta que a impetrante pediu a implantação da hora atividade já no ano letivo de 2012 e, pelo fato de as aulas já terem se iniciado, a impetração perdera o objeto.

Todavia, a interpretação literal da premissa acima, acabaria movimentando de forma desnecessária a máquina judiciária, contribuindo para aumentar a quantidade de processos, bem como gerando despesas desnecessárias.

Isso porque, embora reconheça pertinência na limitação do pedido, bastaria a impetrante ajuizar nova ação, logo após o arquivamento desta, trazendo a baila, novamente, a mesma discussão, mas, deduzindo, nessa oportunidade, pedido ao menos alternativo, para implantação do novo regime no ano de 2013.

Assim, deixando de lado, neste caso em específico, o formalismo processual, pois seria um retrocesso para todos os envolvidos, tenho por bem, prestigiando os princípios da instrumentalidade e efetividade do processo, enfrentar a matéria.

Ao revogar a liminar outrora deferida, observei que pelo fato de toda a rede de ensino já ter se programada com a jornada de atividade extra classe no patamar de 1/4, inexistindo tempo hábil para adequação da grade escolar e contratação de novos professores, o *periculum in mora inverso* se fazia presente, sem prejuízo de melhor analisar, quando do julgamento de mérito.

Pois bem. O ano letivo encontra-se em andamento, por isso, continuo a vislumbrar a impossibilidade de aplicar, de imediato, as disposições do artigo 2º, §4º, da Lei 11.738/2008, o que implicaria em tumulto, ante as razões apresentadas as fl. 178, prejudicando os próprios alunos.

Assim, como forma de melhor atender ao interesse público, não vejo outra alternativa senão a de conceder a segurança, para que a norma seja aplicada somente no ano letivo de 2013, conferindo, com isso, o tempo necessário para adequação, com parcimônia, do quadro de professores, bem como de possíveis dotações orçamentárias, sempre buscando a melhor qualidade de ensino aos alunos.

Desse modo, não mais se verifica eventual grave lesão à ordem pública/administrativa, que motivou a revogação da liminar, uma vez que o Estado terá, no mínimo, 8 (oito) meses para se adequar às disposições legais.

Por tais razões, com o parecer, concedo a segurança, para o fim de determinar que as autoridades coatoras apliquem, no ano letivo de 2013, a jornada de 2/3 em sala de aula e 1/3 em atividade de planejamento, a todos os professores da rede pública de ensino, independente do regime de contratação, conforme estabelecido no artigo 2º, §4º da Lei Federal n. 11.738/08, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e cometimento do crime de desobediência, inserto no artigo 330, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

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, Divoncir Schreiner Maran, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Rubens Bergonzi Bossay, Julizar Barbosa Trindade, Romero Osme Dias Lopes e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 11 de abril de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.006107-4 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - RESSARCIMENTO DE DESPESAS COM EXAMES E CIRURGIA – PLANO DE SAÚDE – CARÁTER ELETIVO DOS PROCEDIMENTOS - HOSPITAL SITUADO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO – AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO – PREVISÃO CONTRATUAL EXPRESSA – NEGATIVA LEGÍTIMA - RECURSO NÃO PROVIDO.

Não demonstrada circunstância excepcional que possibilitasse o reembolso dos valores gastos com exames e cirurgia realizadas em caráter eletivo, isto é, não-emergencial em hospital localizado em outro estado, resta afastado o dever de ressarcimento, conforme expressamente consignado no artigo 12, VI, da Lei n. 9.656/1998 e no contrato de plano de saúde pactuado.

Como corolário da inexistência de ato ilícito na recusa da autorização dos procedimentos realizados, dessome-se repelida a pretendida reparação por danos morais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso.

Campo Grande, 3 de abril de 2012.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Ademar José Maranhão de Paula apela da sentença, proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais ajuizada em face de Unimed Campo Grande – MS, que julgou improcedentes os pedidos deduzidos na inicial.

Assevera, em resumo, que o plano de saúde pactuado com a apelada, que tem sua esposa como dependente, é de abrangência nacional, sendo que o Hospital A.C. Camargo – Centro de Tratamento, Ensino e Pesquisa em Câncer foi eleito por ser referência nos tratamentos de oncologia, além de credenciado à rede Unimed São Paulo.

Salienta que a negativa de cobertura pautou-se unicamente no fato de que a tabela do referido hospital diferenciava daquela praticada pela apelada, ainda que pertencentes a mesma cooperativa.

Pondera, assim, acerca da ilegalidade da recusa perpetrada para cobrir os procedimentos necessários de modo a garantir o fiel cumprimento do plano de saúde contratado, ademais em razão da urgência do caso, cujo diagnóstico era de câncer.

Destaca que a exclusão do serviço oferecido por todos aqueles que operem com tabela própria é abusiva e nula, nos termos dos artigos 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Esclarece, em seguida, sobre a cirurgia realizada, bem como sobre a natureza jurídica da apelada e do contrato de prestação serviço, apontando que ingressou no plano de saúde em 29 de janeiro de 2008, já sob a égide da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e da Lei n. 9.656/1998.

Sustenta, pois, o direito ao reembolso das despesas médico-hospitalares efetuadas junto ao mencionado hospital, inclusive porque não informou outros estabelecimentos conveniados que estariam aptos a realizar o mesmo procedimento cirúrgico oncológico.

Derradeiramente, atesta a ocorrência de danos morais, já que constatados inúmeros transtornos, os quais causaram angústia e apreensão perante a negativa da cooperativa em assumir o custo do tratamento.

Requer, por fim, o provimento recursal para reformar a sentença, condenando a apelada ao reembolso da quantia despendida e à indenização por danos morais.

Resposta às f. 340-353, pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

O cerne da irresignação recursal consubstancia-se no dever ou não da apelada em reembolsar integralmente os valores despendidos pelo apelante quando da realização de exames médicos e cirurgia em outro estado da federação, bem como se a negativa da operadora do plano de saúde foi ilícita a ponto de ensejar a condenação por danos morais.

Compulsando os autos, infere-se que o ora apelante ajuizou a presente ação, pleiteando o ressarcimento dos valores pagos com exames médicos e cirurgia realizada em hospital paulistano que seria credenciado à Unimed São Paulo, ao fundamento de que realizava o melhor procedimento para a remoção de tumor cancerígeno no tratamento da sua esposa, dependente no seu plano de saúde. Juntou para tanto os exames médicos solicitados, recibos e documentos atestando a negativa de autorização da Unimed Campo Grande (f. 19-55).

Citada, a operadora do plano de saúde justificou a recusa essencialmente no fato de que o hospital estava expressamente excluído de cobertura por trabalhar com tabela própria e se tratar de atendimento eletivo. De igual forma, carreou documentos, dentre eles, o contrato firmado (f. 145-206).

Instruído o feito, adveio a sentença, julgando improcedentes os pedidos formulados. Subsequentemente, foi interposto o recurso *sub examine*.

Feitas essas considerações, oportuno apontar, *prima facie*, que operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota[1].

1 REsp 267530 / SP - Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR - QUARTA TURMA - DJ 12/03/2001 p. 147.

Elucidada a aplicação da norma consumerista, passa-se à análise dos deveres da apelada.

Dispõe a Lei n. 9.656/1998 sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, já vigente para o plano do apelante, firmando em janeiro de 2008 (f. 158-185):

> Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:
>
> I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;
>
> II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;
>
> III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos.
>
> § 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:
>
> a) custeio de despesas;
>
> b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
>
> c) reembolso de despesas;
>
> d) mecanismos de regulação;
>
> e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e ../MPV/2177-44.htm
>
> f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais. ../MPV/2177-44.htm
>
> § 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração.
>
> [...]
>
> Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

> I - quando incluir atendimento ambulatorial:
>
> a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina;
>
> b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente;
>
> [...]
>
> VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada. (g.n.)

Da leitura dos dispositivos acima, extrai-se o dever da operadora de saúde de oferecer uma relação de profissionais credenciados e, na hipótese de não ser possível a utilização destes, reembolsar as despesas efetuadas, desde que estas tenham sido oriundas de um caso especial, tal qual a inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc[2].

A justificativa defendida pelo autor-apelante foi de que o plano contratado previa cobertura nacional, bem como de que os procedimentos foram de urgência.

Consoante análise das requisições de exames da Unimed Paulistana (f. 21-24), todos os exames solicitados foram de caráter eletivo, isto é, não-emergencial, nos termos do tópico 22 - "Caráter da Solicitação", existente nas guias. Sendo assim, infere-se claramente da cláusula segunda – Da caracterização do plano, da contratação e da abrangência, item 2.6: "*Para os atendimentos eletivos na rede credenciada, fora do Estado de Mato Grosso do Sul, excetuando-se as consultas, os exames laboratoriais e cirurgias somente serão realizados após autorização da contratada. Quando se tratar de caso de urgência ou emergência, assim definidos pelo profissional médico, tais autorizações deverão ser imediatas, de forma a não comprometer a saúde do paciente*".

Coadunando, pois, a previsão contratual com o caráter da solicitação dos exames (eletivo), havia necessidade de o contratante antes de pretender realizá-los obter a necessária autorização para tanto, já que despidos de urgência.

Aliás, quanto à cirurgia nem mesmo a guia foi juntada ou outro documento médico emitido pelo profissional que atendeu a paciente, informando a necessidade de intervenção imediata, foi colacionado.

Cumpre destacar que se tivesse perquirido, junto à operadora, antes do atendimento em outro estado a realização do mesmo procedimento em Campo Grande, mas lhe tivesse sido frustrada a tentativa, poderia até se questionar a imprescindibilidade do mesmo e a obrigatoriedade da contratada em arcar com

2 Precedente STJ:
"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. PLANO DE SAÚDE. REEMBOLSO. HOSPITAL NÃO CONVENIADO.
[...]
2.O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado e por profissional não credenciado, é admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc). Se tais situações não foram reconhecidas pelas instâncias ordinárias, rever a conclusão adotada encontra óbice no enunciado 7 da Súmula desta Corte. Precedentes.
3 Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no REsp 917668 / SC - Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) - TERCEIRA TURMA - DJe 17/09/2009) (g.n.)

as despesas, porém o autor preferiu buscar independentemente o profissional que lhe aprovava sem prévia consulta e autorização.

Perante essas circunstâncias, evidencia-se que a atitude do apelante em eleger como hospital de sua dependente um situado em outro estado, que trabalha com tabela própria, caracteriza-se como uma escolha e não como única medida a ser adotada, visto que, como já dito, não restou descartado o atendimento em Campo Grande, até porque consignado o seguinte no contrato:

> 2.9 Ainda que o plano possua abrangência nacional, a principal sede de atendimento do plano contratado é o município de Campo Grande – MS, onde deverá ser disponibilizado pela operadora todo o tipo de atendimento e procedimentos previstos pela legislação, e aplicáveis aos planos de saúde.
>
> 2.9.1 Caso a operadora falhe no oferecimento do atendimento previsto neste item, no município de Campo Grande – MS, deverá arcar imediata e integralmente, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, contadas em dias úteis, com os custos de transporte aéreo comercial e estadia em hotel padrão 3 estrelas para a realização de atendimento ou procedimentos em outro local de sua rede cooperada/credenciada, que ofereça o serviço necessário, conforme orientação do médico assistente. (g.n.)

Destaque-se, ademais, que não há nos autos prova de que tenha o autor-apelante procurado um profissional credenciado em Campo Grande e este tenha considerado melhor os cuidados do médico eleito para o procedimento a que foi submetido a dependente, o que seria simplesmente comprovado por uma carta de encaminhamento, prática corriqueira entre tais colegas de ofício.

Em caso análogo, bem elucidou o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> Processual Civil. Recurso especial. Ação de cobrança c/c obrigação de fazer. Plano de saúde. Despesas com tratamento e internação hospitalar. Reembolso negado. Hipóteses autorizadoras não configuradas em 1º e 2º graus de jurisdição. Reexame de provas. Interpretação de cláusulas contratuais.
>
> - O reembolso das despesas efetuadas com tratamento médico e internação em hospital, ambos não abrangidos pelo contrato de plano de saúde estabelecido entre a empresa cooperativa de trabalho médico e o consumidor, pode ser admitido tão-somente em hipóteses especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc.). Precedentes.
>
> - Mesmo sendo o câncer uma enfermidade que traz em seus próprios contornos a evidente característica de gravidade e urgência nos procedimentos de controle da evolução da doença, somado ao fato de ser o tratamento a que foi submetido o paciente somente oferecido no hospital em que foi prestado o atendimento, o referido caráter de urgência e emergência não foi reconhecido, nem em 1º, nem em 2º graus de jurisdição.
>
> - Se o beneficiário do plano de saúde não formulou pedido de autorização do tratamento indicado de forma prévia ao estabelecimento com o qual mantém o contrato, não pode ele depois valer-se do Judiciário para ter o reembolso das despesas por ele adiantadas.
>
> - Imperam, ademais, os implacáveis óbices que proíbem, nesta via recursal, o revolvimento do quadro fático-probatório do processo e a interpretação de cláusulas contratuais.
>
> Recurso especial não conhecido. (REsp 685109/MG, Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 09/10/2006 p. 287) (g.n.)

Portanto, sobressai adequada a negativa de reembolso dos valores despendidos. Consectariamente, ausente qualquer ato ilícito apto a ensejar reparação por danos morais, já que pedido sucessivo ao pretendido reconhecimento da ilegitimidade da recusa de autorização para a realização dos procedimentos.

Irreprimível, destarte, a sentença vergastada.

Posto isso, **nego provimento** ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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, 3 de abril de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.006210-0 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO QUALIFICADO – POSSE-TRABALHO - ESTABELECIMENTO NO IMÓVEL DE MORADIA HABITUAL – POSSE PARCIALMENTE EXERCIDA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.238, § ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – INTELIGÊNCIA DA REGRA DE DIREITO INTERTEMPORAL ESPECÍFICA CONFERIDA PELO ART. 2.029 - *ANIMUS DOMINI* CARACTERIZADO – POSSE – ACESSÃO – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – PREENCHIDA – ÔNUS SUCUMBENCIAIS - CURADORIA ESPECIAL - CITAÇÃO POR EDITAL - IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO ACERCA DO ESTADO DE HIPOSSUFICIÊNCIA DO RÉU - RECURSO PROVIDO.

Ao usucapião extraordinário qualificado pela "posse-trabalho", previsto no art. 1.238, § único, do Código Civil de 2002, a regra de transição aplicável não é a insculpida no art. 2.028 (regra geral), mas sim a do art. 2.029, que prevê forma específica de transição dos prazos do usucapião dessa natureza.

O art. 1.238, § único, do CC/02, tem aplicação imediata às posses *ad usucapionem* já iniciadas, "qualquer que seja o tempo transcorrido" na vigência do Código anterior, devendo apenas ser respeitada a fórmula de transição, segundo a qual serão acrescidos dois anos ao novo prazo, nos dois anos após a entrada em vigor do Código de 2002.

O artigo 1.243 do Código Civil de 2002 (artigo 552, CC/16), permite que o possuidor, para perfazer o tempo necessário à consumação da prescrição aquisitiva da usucapião, some à sua posse própria a posse de seus antecessores.

Se a posse *ad usucapionem,* com acessão, teve inicio em 1990; na data de entrada em vigor do Código Civil 2002 (11.01.2003), completaram-se 13 (treze) anos de posse. Somando os dois de acréscimo do artigo 2.029, a prescrição aquisitiva se deu em 11.01.2005. Logo, tendo sido ajuizada a presente ação em 04/05/2006, forçoso é reconhecer o preenchimento do lapso temporal para o usucapião extraordinário.

É plenamente possível o reconhecimento do usucapião quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso do processo, por força do art. 462 do CPC, que privilegia o estado atual em que se encontram as coisas, evitando-se provimento judicial de procedência quando já pereceu o direito do autor ou de improcedência quando o direito pleiteado na inicial, delineado pela causa petendi narrada, é reforçado por fatos supervenientes.

Se o curador especial é, por coincidência, um defensor público, nem por isso o réu citado por edital há de ser tido como pobre e beneficiário da justiça gratuita, cabendo-lhe, pois, responder pelas custas e honorários, em razão da impossibilidade de presunção de sua hipossuficiência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 28 de março de 2012.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Zoraida Rios Duidar Martins e Antonio Carlos da Silva Martins apelam da sentença proferida nos autos da Ação de Usucapião movida em desfavor de Sociedade Imobiliária Vera Cruz Ltda., que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Ressaltam que demonstraram de modo seguro e absoluto, as circunstâncias básicas e essenciais para o reconhecimento da prescrição aquisitiva, uma vez que com a soma das posses de seus antecessores, o lapso temporal para aquisição do imóvel pelo instituto da usucapião extraordinária restou preenchido, já que a possibilidade de acessão tem previsão legal no artigo 1.243 do Código Civil.

Afirmam que é inegável o cumprimento do requisito temporal disposto no parágrafo único do artigo 1.238 do Código Civil, ou seja, 10 anos de posse mansa, contínua, pacífica e sem oposição.

Salientam que, assim como seus antecessores, vêm cumprindo rigorosamente a função social da propriedade, pois ao longo dos anos, cuidaram do lote e construíram sua moradia, além de recolherem os impostos e taxas pertinentes, comprovando inequivocamente o *animus domini* e a posse *ad usucapionen*.

Obtemperam, ainda, que à luz da instrumentalidade do processo e aos princípios da economia processual e celeridade, deve ser reconhecida a prescrição aquisitiva nesta lide, haja vista que prevalecendo a data de inicio da posse como sendo o ano de 1990, hodiernamente estaria se alcançando o lapso temporal de 21 anos, tornando, assim, desnecessário o ajuizamento de nova demanda, com a repetição dos fundamentos aqui esposados, sob pena de assoberbamento do Judiciário.

Pugnam, ao final, pelo provimento do recurso, para que seja reconhecida a prescrição aquisitiva sob o imóvel usucapiendo.

Resposta às f. 284-290, defendendo o improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Cuidam os autos acerca de ação de usucapião extraordinária, que Zoraida Rios Duidar Martins e Antônio Carlos da Silva Martins moveram em desfavor da Sociedade Imobiliária Vera Cruz Ltda., pretendendo a declaração da prescrição aquisitiva, com acessão de posse anterior, sobre o imóvel localizado na Rua Tenente Lira, lote de terreno nº 11 da quadra nº 15, da Vila Novo Horizonte, nesta Capital.

Argumentaram, para tanto, que adquiriram o imóvel em 31 de agosto de 2004, mediante contrato particular de compra e venda, de Antonio Vieira de Souza, que, por sua vez, havia adquirido de Neli Maria Ferreira, a qual detinha a posse desde meados do ano de 1990, quando entrou no imóvel e construiu uma casa, com três quartos, sala, cozinha e banheiro.

Disseram que todos os antecessores e os requerentes exerceram de maneira mansa e pacífica a posse sobre o imóvel, sem nunca sofrerem qualquer oposição ou ameaça, nele edificando residência, utilizando o imóvel para moradia habitual e familiar, realizando obras e serviços de caráter produtivo, além de pagarem impostos e taxas.

Defenderam, assim, que preenchem os requisitos da usucapião extraordinária, previstos nos artigos 1.238, parágrafo único e artigo 1.243 do Código Civil, ou seja, posse uniforme, pacífica e contínua, exercida com *animus domini*, por mais de 10 anos, já que sua posse somada com a de seus antecessores, perfaz mais de 15 (quinze) anos.

Ato contínuo, como a requerida não foi localizada, deferiu-se a citada por edital e nomeou-se curador especial, que apresentou contestação em forma de negativa geral (art. 302, § único, CPC).

Em seguida, às f. 243-245, foram colhidos depoimentos testemunhais, os quais corroboraram a alegada tese dos autores, concernentes a cadeia de posses sobre o imóvel usucapiendo desde o ano de 1990.

O Magistrado *a quo*, por sua vez, julgou improcedentes os pedidos iniciais, sob o fundamento de ausência de transcurso do lapso prescricional vintenário previsto no artigo 550 do Código Civil de 1916, em face da aplicação da regra de transição inserida no artigo 2.028 do Código ora vigente.

Sobreveio, então, o recurso *sub examine*.

A sentença está a merecer reforma. Explico.

No entender do sentenciante, a prescrição aquisitiva do imóvel usucapiendo, deve-se reger pelo prazo vintenário, previsto no artigo 550 do Código Civil de Beviláqua, porquanto se exige a aplicação da regra de transição inserida no artigo 2.028 do Código Civil de 2002. Assim, iniciada a posse pelos antecessores dos autores em 1990, o lapso temporal somente iria se esvair no ano de 2010. E como a presente ação teria sido proposta em 04/05/2006, não teriam os autores direito a usucapião.

No entanto, equivoca-se o julgador na premissa normativa da qual parte sua fundamentação.

Isso porque com a entrada em vigor do atual Código Civil, em 11 janeiro de 2003, há de se aplicar à usucapião extraordinária o prazo de 10 (dez) anos previsto no parágrafo único do artigo 1.238 do Novo Código Civil, acrescido de dois anos, consoante previsão do artigo 2.029, independentemente do tempo que houver transcorrido na vigência do Código anterior.

A regra de transição do direito intertemporal aplicável ao caso em tela não é a regra geral do art. 2.028 do Novo Código Civil, mas sim a regra especial insculpida no art. 2.029, face a presença das circunstâncias previstas no § único, do artigo 1.238, qual seja, o estabelecimento de moradia habitual e familiar no imóvel usucapiendo.

Com efeito, o artigo 2.029, que dispõe especificamente sobre a contagem do prazo nos casos de usucapião extraordinário, está assim redigido:

> Art. 2.029. Até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. (g.n.)

Por seu turno, o parágrafo único, do artigo 1.238, do Código Civil de 2002, contêm a seguinte redação:

> Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
>
> Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. (g.n.)

Atento à diretriz da operabilidade, o legislador reduziu os prazos de usucapião extraordinária de vinte para quinze ou dez anos, de acordo com a respectiva espécie de posse praticada, simples ou qualificada.

Por posse qualificada ou "posse-trabalho" entende-se aquela em que há concessão da função social da propriedade, por intermédio da efetiva moradia do possuidor no local ou da realização de obras e serviços de caráter produtivo.

Na hipótese, não há dúvidas de que a posse dos apelantes é qualificada, face ao estabelecimento de moradia habitual e familiar no imóvel. Portanto, sendo qualificada a posse dos autores, devem eles serem agraciados pela redução do prazo de usucapião para dez anos (§ único, art. 1.238).

Até aqui, tudo bem. Aplica-se o prazo de dez anos, acrescido de mais dois anos exigidos pelo artigo 2.029 do Código Civil.

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

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - CIVIL - DIREITO DAS COISAS - POSSE - USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO, E 2.029 DO CC - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - CUMPRIMENTO DO PRAZO - OCUPAÇÃO MANSA, PACÍFICA E ININTERRUPTA POR 12 ANOS - RECURSO IMPROVIDO. 1. Os agravantes não cuidaram de trazer qualquer subsídio capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada. 2. No caso, na análise da prescrição aquisitiva do usucapião extraordinário, aplica-se o disposto no artigo 1.238, parágrafo único, e a regra de transição prevista no artigo 2.029 do Código Civil. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1024173/GO, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 21/05/2009) (g.n.)

Aliás, este também é o posicionamento desta Corte:

> USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – CONTAGEM DO PRAZO CONFORME O ART. 2.029 DO CC/2002 – 12 ANOS. Tratando-se de usucapião extraordinário, em que o posseiro tenha destinado o imóvel para sua moradia, o qual teve o prazo reduzido pelo novo Código Civil (art. 1.238, parágrafo único, do CC/2002), conforme consignado no art. 2.029 do CC/2002, acrescentar-se-ão mais dois anos ao novo prazo (10 anos), restando na hipótese em 12 (doze) anos o lapso para que se configure o requisito temporal exigível para a prescrição aquisitiva. (TJ/MS. Quarta Câmara Cível. N. 2006.004714-7/0000-00. Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins. DJ. 08.05.2007)

Resta, então, definir a partir de quando devem ser contados os dez e dois anos de acréscimo do prazo previsto na regra do artigo 2.029, para as posses já iniciadas na vigência do Código de Beviláqua.

Com efeito, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o supramencionado artigo há de ter aplicação imediata às posses *ad usucapionem* já iniciadas, qualquer que seja o tempo transcorrido na

vigência do Código anterior, respeitada, apenas, a fórmula de transição, segundo a qual serão acrescidos dois anos ao novo prazo, nos dois anos subsequentes a entrada em vigor do novo Código Civil.

Em percuciente obra coordenada pelo Ministro Cezar Peluzo[1], Nelson Rosenvald, faz as seguintes ilações a respeito de tal dispositivo:

> Como forma de solucionar o conflito intertemporal pertinente às situações possessórias iniciadas na vigência do Código Civil de 1916 e completadas na vigência do atual sistema, o art. 2.029 estabelece um acréscimo de dois anos na contagem dos novos prazos, até dois anos a contar de 11.01.2003. Ilustraremos o comentário por meio de quatro exemplos em que alguém inicia atos possessórios – ao exercitar moradia e função social -, antes do advento do Código Civil de 2002. Em comum, haverá redução do antigo prazo de vinte anos de posse para dez anos até a consumação da usucapião extraordinária, à luz do parágrafo único do art. 1.238.
>
> a) se A iniciou a posse em fevereiro de 1993, alcançaria a usucapião em fevereiro de 2013 (curso de vinte anos). Se não houvesse dispositivo intertemporal, com as novas regras, atingiria o prazo em fevereiro de 2003. Porém, determina a norma o acréscimo de mais dois anos ao prazo, evitando o efeito surpresa contra o proprietário desidioso. Assim, haverá usucapião em fevereiro de 2005.
>
> b) se A iniciou a posse em fevereiro de 1994, alcançaria a usucapião em fevereiro de 2014. Pelas normas do Código Civil de 2002, o prazo seria adiantado para fevereiro de 2004. Contudo, ao se aplicar o art. 2.029, soma-se mais um ano ao prazo – pois já conta com nove anos de posse e necessitará de dez anos -, além de adicionar-se ao resultado parcial mais dois anos, conforme determinado pela norma transitória. Assim, a usucapião ocorrerá em fevereiro de 2006.
>
> c) Se A iniciou a posse em fevereiro de 2000, alcançaria a usucapião em fevereiro de 2020. Com a redução do prazo para dez anos, poderia pleitear o direito de propriedade a partir de fevereiro de 2010. Nessa hipótese não se aplica o prazo de pedágio ressalvado pelo art. 2.029, cuja incidência é restrita aos prazo de usucapião que se completem "até dois anos após a entrada em vigor deste Código". Com efeito, após dois anos de vigência do Código Civil – a partir de janeiro de 2005 – o legislador prescindirá do aludido biênio, já que o efeito surpresa desaparece na medida em que a nova ordem civil passa a ser de conhecimento geral.
>
> d) Se A inicia a posse em fevereiro de 1984, a usucapião se concretiza em fevereiro de 2004, pelas regras do Código Civil de 1916. Com a redução do prazo para dez anos, poderíamos supor que o possuidor seria retroativamente considerado proprietário a partir de fevereiro de 1994. Mas essa conclusão seria absurda por malferir a garantia constitucional do direito adquirido do proprietário. Outros poderia entender que com a vigência do Código Civil de 2002 o possuidor seria automaticamente alçado à condição de proprietário em 11.01.2003. Mas essa resposta também não satisfaz, eis que a parte final do art. 2.029 requer um acréscimo de dois anos, "qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior", evitando qualquer lesão ou confisco em face do proprietário. Nada obstante, caso se acrescente os dois anos, a usucapião ocorreria em fevereiro de 2005 e o possuidor se colocaria em situação paradoxalmente mais gravosa que a concedida pelo Código Civil de 1916. Destarte, uma regra de ponderação aconselha-nos a acrescentar apenas um ano ao prazo já percorrido (19 + 1), dando-se a consumação da usucapião em fevereiro de 2004.
>
> Porém, o artigo em comento só incide para a adequação de prazos nas modalidades de usucapião com função social, pois o texto do dispositivo é claro ao aludir os "prazos

1 *In Código Civil Comentado*, Coord. Min. Cezar Peluso, São Paulo: Manole, 2009, p. 2.214.

> estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do art. 1.242". Assim, as modalidades de usucapião despidas de função social serão remetidas às regras do art. 2.028." (g.n.)

Portanto, verifica-se que na contagem da prescrição aquisitiva, deverá ser analisado, após a entrada em vigor do Código de 2002 (11.01.2003), se transcorreram os 12 anos (10 + 2) até o ajuizamento da ação, não se tratando de computar todo o prazo após a entrada em vigor do Novo Código. Se assim fosse, haveria casos em que o antigo prazo vintenário seria aumentado, quando na realidade o legislador visou reduzir os prazos.

Sobre a matéria, especificamente em relação a interpretação dos artigos 1.238 e 2.029 do CC/02, assim posicionam-se os Tribunais Pátrios:

> Da conjugação de tais artigos de lei é de se concluir, pois, que à aquisição da propriedade, por usucapião, nas condições apresentadas pelo autor, em que possuem no imóvel residência habitual, o período aquisitivo regula-se de forma específica, diversa daquela esposada pelo ilustre representante do Ministério Publico, acolhida pelo MM. Juiz, que tomou por base o texto contido no artigo 2.028, concluindo pela inexistência de prova quanto ao lapso temporal necessário. O período aquisitivo no caso dos autos é, em verdade, aquele contido no parágrafo único do referido artigo 1238 do CC, ou seja, 10 (dez) anos, acrescentando-se àquele lapso de tempo previsto no artigo 2.029 do aludido Diploma Legal, eis que a ação foi proposta antes do decurso do prazo de dois anos da entrada em vigor do novo Código Civil, nos exatos termos do que determina o citado artigo 2.029 do CC. Resulta, pois, que à declaração de propriedade pretendida pelos apelantes, necessário seria que os mesmos estivessem na posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel há mais de 12 anos, tendo ali construído residência e estando ali, de fato, residindo [...] (TJMG – Processo nº. 1.0701.05.099554-0/001, Rel. Des. Nilo Lacerda – j. 17/05/2006).

E ainda:

> [...] O prazo de usucapião extraordinária de dez anos, se o possuidor estabeleceu no imóvel sua moradia habitual ou nele realizou obras ou serviços de caráter produtivo, sofrerá, até dois anos após a entrada em vigor do novo Código, um acréscimo de dois anos, pouco importando o prazo transcorrido sob a égide do antigo Código Civil. Isto é assim porque se configurou a posse-trabalho e para que se possa atender ao princípio da função social da propriedade. Logo, não se aplica o disposto no art. 2.028, nas hipóteses dos art. 1.238 e parágrafo único e 1.242 e parágrafo único, e sim o art. 2.029 [...] (TJMG - Apelação Cível nº 2.0000.00.483101-6/000, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, DJ 22/09/05).

Sendo assim, ajuizada a ação de usucapião até dois anos da entrada em vigor do Novo Código Civil, sob a alegação de utilização do imóvel para moradia habitual, caberá ao autor comprovar a posse mansa, pacífica e ininterrupta, pelo prazo de doze anos, até a data da propositura da ação.

No caso específico, restou comprovado pela prova documental e testemunhal produzida nos autos, que os apelantes exercem a posse sobre o imóvel usucapiendo desde 31/08/2004 – data da compra e venda -, além da posse de seus antecessores Sr. João Antonio Vieira de Souza e Neli Maria Ferreira (art. 1.243, CC), que, somadas, emergem desde idos do ano de 1990.

Assim, como os atos de posse sobre o imóvel já vinham sendo exercidos desde meados de 1990, com a entrada em vigor do Código Civil 2002 (11.01.2003), verifica-se que os apelantes contavam com aproximadamente 13 (treze) anos de posse. Computando os dois anos de acréscimo a partir da vigência do Novo Código, chega-se a conclusão de que o lapso temporal do usucapião extraordinário estaria prescrito em 11.01.2005.

Logo, como a presente ação foi ajuizada em 04/05/2006, ou seja, há quase 16 (dezesseis) anos de posse, é evidente o preenchimento, pelos apelantes, da prescrição aquisitiva sobre o imóvel usucapiendo.

Mediante tais considerações, concluo que, quando do ajuizamento da ação, já havia transcorrido 16 (dezesseis) anos de posse mansa, pacífica e ininterrupta, completando o tempo necessário para a declaração da prescrição aquisitiva.

Se ainda não bastasse, como bem alegado pelos apelantes, é perfeitamente possível a declaração de usucapião quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso do processo, por aplicação do artigo 462 do Código de Processo Civil, que dispõe que o juiz deverá sentenciar o processo no estado em que ele se encontrar, recepcionando o fato superveniente constitutivo do direito da parte, prestigiando, assim, a efetividade processual.

Vejamos a dicção do referido artigo:

> Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Isto se deve porque a tutela jurisdicional deve sempre retratar o real contexto litigioso que existe entre as partes, da maneira como esse se afigura no momento de sua concessão, daí porque esse artigo emprega relevo ao direito objetivo e ao direito subjetivo superveniente à postulação em juízo.

O direito subjetivo superveniente é aquele que advém de fato constitutivo, modificativo ou extintivo da situação substancial alegada em juízo posterior à propositura da ação.

Portanto, se o objetivo da presente ação era a declaração da prescrição aquisitiva sobre o imóvel usucapiendo e, tal desiderato, tenha se exaurido no curso do processo, deve este fato constitutivo influir no julgamento desta lide.

O Superior Tribunal de Justiça, instado a se manifestar sobre a questão, quando do Julgamento do REsp 1088082/RJ, de relatoria do eminente Ministro Luiz Salomão, decidiu:

> DIREITOSREAIS.USUCAPIÃOEXTRAORDINÁRIO.POSSEPARCIALMENTE EXERCIDA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 1.238, § ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INTELIGÊNCIA DA REGRA DE TRANSIÇÃO ESPECÍFICA CONFERIDA PELO ART. 2.029. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO. [...] 4. É plenamente possível o reconhecimento do usucapião quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso do processo, por força do art. 462 do CPC, que privilegia o estado atual em que se encontram as coisas, evitando-se provimento judicial de procedência quando já pereceu o direito do autor ou de improcedência quando o direito pleiteado na inicial, delineado pela causa petendi narrada, é reforçado por fatos supervenientes. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. (REsp 1088082/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 15/03/2010) (g.n.)

Esta Corte, igualmente, também obteve a oportunidade de se manifestar no julgamento da Apelação Cível nº 2010.036649-7, de Relatoria do Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, a saber:

> APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO QUALIFICADO – AÇÃO PROPOSTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL REVOGADO – NOVO CÓDIGO COM DISPOSIÇÃO INTERTEMPORAL ESPECÍFICA A REGER A MATÉRIA – PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1.238 DO CC/2002 – APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO, ATINGIDA DURANTE A TRAMITAÇÃO DO PROCESSO – FATO

> SUPERVENIENTE A SER TOMADO EM CONSIDERAÇÃO NA SENTENÇA – ART. 462 DO CPC – RECURSO PROVIDO. [...] É plenamente possível o reconhecimento do usucapião quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso do processo, por força do art. 462 do CPC, que privilegia o estado atual em que se encontram as coisas, evitando-se provimento judicial de procedência quando já pereceu o direito do autor ou de improcedência quando o direito pleiteado na inicial, delineado pela causa petendi narrada, é reforçado por fatos supervenientes. (REsp 1.088.082).

Portanto, se a posse *ad usucapionem* teve inicio em 1990 e o Juiz sentenciante entendeu que quando da propositura da ação (04/05/2006), faltavam aproximadamente 04 (quatro) anos para aquisição do lapso temporal, o qual somente se daria em 2010, têm-se que na data em que a sentença foi proferida (13/09/2011), os autores já contavam com cerca de 21 (vinte e um) anos de posse, superando o antigo prazo de vinte anos (art. 550, CC/16) e o novo prazo de doze anos (art. 1.238, § único c/c art. 2.029, CC/2002), o que afasta o óbice temporal levantado pelo Magistrado de primeiro grau.

Por fim, considerando o desiderato alcançado pelos apelantes no presente recurso, hei por bem inverter os ônus sucumbenciais, o que faço com espeque no artigo 20, caput, do Código de Processo Civil.

E nem se diga que a exigência do pagamento das verbas sucumbenciais deva ficar sobrestada (artigo 12, da Lei nº 1.060/50), por estar a apelada sendo assistida pela Curadoria Especial, porquanto aquele órgão protetivo atuou no feito tão-somente como defensor da parte citada por edital.

A Defensoria Pública representa a apelada, no caso *sub judice,* por se encontrar ausente e não por ser parte juridicamente pobre.

Desse modo, ainda que a parte ausente esteja representada no feito pela Curadoria Especial, não se pode presumir a hipossuficiência do revel.

A propósito, confira o posicionamento deste Corte:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – POSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS – INCIDÊNCIA DO CDC – NORMA DE ORDEM PÚBLICA – POSSIBILIDADE DE REVISÃO EM QUALQUER GRAU DE JURISDIÇÃO – PACTA SUNT SERVANDA – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – INAPLICÁVEL – JUROS REMUNERATÓRIOS E MORATÓRIOS – LIMITE – 12% AO ANO – PRISÃO CIVIL – AFASTADA – RÉU REPRESENTADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA – CURADORIA – CITAÇÃO POR EDITAL – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] Ainda que os devedores sejam patrocinados pela Defensoria Pública, não significa que sejam beneficiários da justiça gratuita, ainda mais se aquele órgão foi nomeado para atuar como curador dos executados por terem sido citados por edital. (TJ/MS. Terceira Turma Cível. N. 2006.001494-2/0000-00. Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay. DJ. 14.04.2006) (g.n.)

> APELAÇÃO CIVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – PRISÃO CIVIL – AFASTADA – DISCUSSÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATADAS – POSSIBILIDADE – RÉU CITADO POR EDITAL – CURADOR DATIVO – DEFENSORIA PÚBLICA – BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA – AFASTADO – ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO IMPROVIDO – RECURSO ADESIVO – CONVERSÃO DE AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO PARA DEPÓSITO – PRECLUSÃO – RECURSO NÃO CONHECIDO. [...] Se o curador especial é, por coincidência, um defensor público, nem por isso o réu há de ser tido como pobre e beneficiário da justiça gratuita, cabendo-lhe, pois, responder pelas custas e honorários. Não pode haver confusão entre o réu revel e o pobre. (TJ/MS. Terceira Turma Cível. N. 2005.009621-9/0000-00. Rel. Des. Hamilton Carli. DJ. 25.07.2005) (g.n.)

Dessa forma, deve a apelada responder pelo pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Isso posto, **dou provimento ao recurso** para julgar procedente o pedido de usucapião relativo ao imóvel localizado na Rua Tenente Lira, lote de terreno nº 11 da quadra nº 15, da Vila Novo Horizonte, nesta Capital, determinando a transcrição deste acórdão no Registro de Imóveis competente, satisfeitas as obrigações fiscais. Outrossim, inverto os ônus sucumbenciais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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, 28 de março de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.012016-5 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – OPERADORA PLANO DE SAÚDE – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LIMITAÇÃO DE TRATAMENTO – COBERTURA DE ESPECIALIDADE ASSEGURADA NO CONTRATO – IMPOSSIBILIDADE – TRATAMENTO ADEQUADO ELEITO PELO MÉDICO – RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PARA PRESTAR O SERVIÇO DE SAÚDE ADEQUADO – EXCLUSÃO NÃO EXPRESSA – ARTIGO 54, § 4º, CDC – PREQUESTIONAMENTO DESNECESSÁRIO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Evidencia-se abusiva a atitude da operadora de saúde que não autoriza o fornecimento do *stent* mais adequado para a realização de procedimento terapêutico de especialidade coberta pelo contrato e sem cláusula expressa excludente, findando por restringir direito fundamental inerente à natureza do contrato de modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, nos termos do artigo 51, IV, § 1º, II, e 54, § 4º, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – PLANO DE SAÚDE – NOTA FISCAL - SEM ESPECIFICAÇÃO DE DATA E DESPESAS REALIZADAS - DOCUMENTO INSERVÍVEL PARA O FIM RESSARCITÓRIO - DANOS MATERIAIS DEVEM SER COMPROVADOS – ARTIGO 333, I, CPC – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – DANOS MORAIS – MONTANTE INSUFICIENTE – MAJORADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

À luz do que dispõe o artigo 333, I, do Código de Processo Civil, incumbe ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, ademais se considerado que o prejuízo material apontado não pode ser presumido, devendo ser devidamente comprovado nos autos,

A negativa injustificada de cobertura pela operadora de plano de saúde, desvirtuando a natureza do contrato de prestação de serviços médicos-hospitalares, enseja a reparação por danos morais.

Ponderando os fatores orientadores para a fixação do *quantum* indenizatório, há de se majorar a quantia para R$ 10.000,00 (dez mil reais) de modo a atender o caráter compensatório e ao mesmo tempo punitivo a que se destina a indenização.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso da Unimed Campo Grande-MS - Cooperativa de Trabalho Médico e dar parcial provimento ao recurso interposto por Adelina Menezes de Mattos e Roberto Brandão de Souza Neto, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de junho de 2012.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Adelina Menezes de Mattos, representada por Magali Menezes de Mattos Brandão, e Roberto Brandão de Souza Neto apelam da sentença, proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais c.c. Repetição de Indébito ajuizada em face de Unimed Campo Grande/MS – Cooperativa de Trabalho Médico, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial.

Sustentam, em síntese, que não se afigura crível reconhecer a ilegalidade da negativa de cobertura perpetrada pela apelada sem determinar, contudo, o ressarcimento integral das despesas havidas para o tratamento necessitado.

Asseveram a idoneidade da Nota Fiscal de Serviços n. 2136 emitida pela Procardio Diagnóstico (CNPJ 02.391.109/0001-22), a qual expressa a quantia de R$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais) e corresponde ao período de internação, cujos procedimentos médicos estão descritos no prontuário acostado. Ponderam, assim, que incumbia a apelada desconstituir referido documento, porém não fez, mostrando-se hábil a ensejar a indenização pleiteada.

Esclarecem que a manifesta hipossuficiência foi a razão da contratação de empréstimos bancários ante o ataque cardíaco sofrido por Adelina Menezes de Mattos e a recusa de tratamento da apelada, de modo que demonstrado o nexo de causalidade.

Obtemperam que a quantia fixada a título de danos morais não atenua o sofrimento suportado, ademais se considerado o entendimento já externado pelo Superior Tribunal de Justiça em caso análogo, motivo pelo qual pugnam pela majoração do *quantum* indenizatório.

Ao final, requerem o provimento recursal.

Resposta às f. 393-409.

Igualmente irresignada, Unimed Campo Grande/MS – Cooperativa de Trabalho Médico também apela, aduzindo que foi oferecida a migração para todos os beneficiários do plano empresarial a que pertencem os apelados para o plano regulamentado pela Lei n. 9.656/1998, mediante custo adicional. Entretanto, optaram por permanecerem vinculados ao plano com menor amplitude de cobertura e menor custo.

Defende, assim, a validade da cláusula contratual que exclui a cobertura de órteses e próteses de qualquer natureza (cláusula VI, item 6.3, alínea "n") e a possibilidade, consequentemente, da limitação, consoante, inclusive, assegurado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Rebate a condenação à reparabilidade indenizatória, visto que não houve qualquer ato ilícito que ensejasse reparação por dano material ou moral, porquanto a negativa de cobertura foi fundamentada em disposições contratuais avençadas e entender de modo contrário representa enriquecimento sem causa, nos termos do artigo 884 do Código Civil.

Por fim, prequestiona dispositivos legais e constitucionais e pleiteia o provimento do recurso para julgar improcedentes os pedidos deduzidos.

Resposta às f. 412-419.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Por ordem de prejudicialidade, analiso os apelos manejados.

Do recurso da UNIMED Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico:

Compulsando os autos, extrai-se que a relação jurídica existente no caso é oriunda da contratação de serviços de saúde comprovadamente pactuada em 1 de setembro de 1998 (f. 242-245-verso).

Dos documentos de f. 24-104, emitidos por profissionais médicos credenciados da UNIMED, dessome-se que à apelada Adelina, na qualidade de beneficiária, foi prescrita a colocação de *stent* com substância medicamentosa (*stent* farmacológico) pelo procedimento cirúrgico de angioplastia, em 07 de janeiro de 2009, mediante o diagnóstico de infarto agudo de miocárdio somado a edema agudo de pulmão, sendo que para o quadro particular da paciente: idosa, diabética (f.27-28), foi recomendado o mencionado *stent* e não o convencional.

Ao solicitar a autorização para a realização do procedimento, apenas o stent convencional foi autorizado (f. 25-26), sob o argumento de que não havia cobertura contratual, motivo pelo qual a responsável pela apelada autorizou a colocação daquele necessário ao ajuste de complementar a diferença entre os dois.

É possível vislumbrar também, dentre os documentos colacionados, recibos de pagamento das mensalidades, referentes a meses dos anos de 2009 e 2008 (f. 20-23).

Ajuizaram, então, ambos beneficiários, em dois de julho de 2009 (f. 02), a presente ação, pleiteando o ressarcimento dos gastos despendidos, bem como a indenização por danos morais, em virtude da recusa indevida da cooperativa de saúde.

Feitos esses esclarecimentos, oportuno apontar, *prima facie*, que operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota[1]. A teor, inclusive, do recente enunciado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: *"Súmula n. 469: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde"*.

Elucidada a aplicação da norma consumerista, passa-se à análise dos deveres da apelante.

Sobressai relevante que o contrato de assistência médico-hospitalar (f. 125-128) *sub judice* abarcou, conforme cláusula III, item 3.2, a cobertura de serviços complementares de diagnóstico e terapia, "mediante requisição expedida pelo médico cooperado e com a apresentação da carteira de beneficiário, os usuários obterão, nos serviços especializados credenciados, consultas, exames e tratamentos a seguir discriminados: r) Módulo Coração (conforme cobertura contratual)". Na cláusula V consta os serviços assegurados, englobando a assistência hospitalar e serviços auxiliares de diagnóstico e terapia, na especialidade cardiologia.

Exsurge evidente, assim, a atitude abusiva da apelante que não autorizou a colocação do *stent* recomendado pelo médico responsável na especialidade expressamente coberta pelo plano de saúde, na medida em que restringiu direito fundamental inerente à natureza do contrato de modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, nos termos do artigo 51, IV, § 1º, II, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

1 Inteligência do STJ, REsp 267530 / SP, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 12/03/2001 p. 147.

Se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente.

A abusividade da cláusula reside, pois, exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno e adequado do momento em que instalada a doença coberta em razão da cláusula limitativa, aliás não acentuada no contrato, pois lá não consta a vedação específica a tal procedimento e *stent* (vide cláusula VI - serviços não cobertos), até porque o *stent* convencional foi autorizado, em manifesta discrepância com o preceituado no artigo 54, § 4º[2], da Lei n. 8.078/1990. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é o responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor[3].

Em casos semelhantes, inclusive, a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça se orientou no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, sendo vedado obstaculizar o acesso ao procedimento elencado como mais eficiente se admitida a cobertura da doença ou da especialidade como no caso em comento.

A respeito, profícuos julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO CIVIL E CIVIL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. COBERTURA. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS LEGAIS. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7 DO STJ.
>
> [...]
>
> 3. O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma delas.
>
> 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no Ag 1350717/PA, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe 31/03/2011) (g.n.)
>
> Civil. Recurso especial. Ação cominatória cumulada com pedido de compensação por danos morais. Plano de saúde firmado em 1992. Recusa de cobertura de gastroplastia redutora, conhecida como 'cirurgia de redução de estômago', sob alegação de ausência de cobertura contratual. Operação recomendada como tratamento médico para gravíssimo estado de saúde e não com intuito estético. Técnica operatória que passou a ser reconhecida nos meios médicos brasileiros em data posterior à realização do contrato. Acórdão que julgou improcedentes os pedidos com base na necessidade de manutenção da equivalência das prestações contratuais. Extensão da cláusula genérica relativa à cobertura de 'cirurgias gastroenterológicas' para a presente hipótese.
>
> - O CDC é aplicável à controvérsia, ao contrário do quanto afirmado pelo acórdão.
>
> - A discussão sobre a equivalência das prestações deveria ter levado em conta que a análise contratual correta, em termos econômicos, depende, necessariamente, do estudo

2 Art. 54, § 4º, CDC: "As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão."

3 Inteligência do STJ, REsp 668216 / SP, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 02/04/2007 p. 265.

de dois momentos distintos no contrato de seguro-saúde: o primeiro é relativo à definição das doenças cobertas, e o segundo, às eventuais previsões de tratamentos específicos para tais doenças.

- Se o contrato previa a cobertura para a doença, qualquer constatação de desequilíbrio financeiro a partir da alteração do tratamento dependeria, naturalmente, de uma comparação analítica entre os custos derivados das duas prescrições – aquela prevista no momento da contratação e aquela desenvolvida mais tarde.

- Sem tal comparação, a argumentação desenvolvida é meramente hipotética, pois se presume, sem qualquer demonstração, que a nova técnica é necessariamente mais custosa do que a anterior.

- Não se desconsidera, de forma apriorística, a importância do princípio da equivalência das prestações nos contratos comutativos; porém, é de se reconhecer que a aplicação desse cânone depende da verificação de um substrato fático específico que aponte para uma real desproporção entre as prestações, não se admitindo que a tutela constitucional dos direitos do consumidor seja limitada com base em meras suposições.

- A ausência de adaptação do contrato às disposições da Lei n. 9.656/98 – que prevê expressamente a cobertura para a cirurgia de redução de estômago – é ponto irrelevante, pois a controvérsia, conforme visto, se desenvolve unicamente na perspectiva da análise do contrato firmado em data anterior a tal Lei.

- A jurisprudência do STJ se orienta no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, em substituição ao procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor.

- É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada.

Precedentes do STJ.

Recurso especial provido. (STJ, REsp 1106789/RJ - Ministra NANCY ANDRIGHI - TERCEIRA TURMA - DJe 18/11/2009) (g.n.)

Cumpre destacar, ainda, que a saúde é direito constitucionalmente assegurado[4]. Está entre aqueles de maior importância para o ser humano, individualmente, e para a sociedade. Desse modo é que a Carta Magna dispõe ser dever do Estado a prestação dos serviços necessários à garantia da saúde. A assistência à saúde é permitida à iniciativa privada, que pode explorá-la com objetivo de lucro, porém, oferecendo-se, em contrapartida, serviço adequado, de qualidade, que assegure a saúde daquele que contrata o serviço, mantendo-se o respeito ao direito, nos moldes constitucionais.

Portanto, vê-se que a saúde é de relevância social e individual, segundo a Constituição, superior à qualquer direito de natureza patrimonial ou econômica, sendo que o direito ao lucro é resguardado na medida em que auferido com a prestação de serviço adequado, garantido constitucionalmente.

Assim sendo, a garantia à saúde requer atendimento a qualquer mal que a prejudique, independente, é claro, se será obtida a cura, mas conferindo-se àquele que realiza um contrato para assegurar-se de riscos contra a saúde, o acesso a todo tratamento necessário para tanto.

4 Art. 196 da CF: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

Oportuna, ainda, a elucidação emanada do seguinte precedente do Tribunal da Cidadania:

> Direito civil. Contrato de seguro em grupo de assistência médico-hospitalar, individual e familiar. Transplante de órgãos. Rejeição do primeiro órgão. Novo transplante. Cláusula excludente. Invalidade.
>
> - O objetivo do contrato de seguro de assistência médico-hospitalar é o de garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, desde que esteja prevista contratualmente a cobertura referente à determinada patologia; a seguradora se obriga a indenizar o segurado pelos custos com o tratamento adequado desde que sobrevenha a doença, sendo esta a finalidade fundamental do seguro-saúde.
>
> - Somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente; a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor.
>
> - Além de ferir o fim primordial do contrato de seguro-saúde, a cláusula restritiva de cobertura de transplante de órgãos acarreta desvantagem exagerada ao segurado, que celebra o pacto justamente ante a imprevisibilidade da doença que poderá acometê-lo e, por recear não ter acesso ao procedimento médico necessário para curar-se, assegura-se contra tais riscos.
>
> - Cercear o limite da evolução de uma doença é o mesmo que afrontar a natureza e ferir, de morte, a pessoa que imaginou estar segura com seu contrato de "seguro-saúde"; se a ninguém é dado prever se um dia será acometido de grave enfermidade, muito menos é permitido saber se a doença, já instalada e galopante, deixará de avançar para a o momento em que se tornar necessário procedimento médico ou cirúrgico que não é coberto pelo seguro médico-hospitalar contratado.
>
> [...]
>
> - A saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos, cuja premissa daqueles que prestam tal assistência, deve ser a redução de riscos de doenças, para a sua promoção, proteção e recuperação, seja no plano privado, seja na esfera da administração pública.
>
> - O interesse patrimonial da seguradora de obtenção de lucro, deve ser resguardado, por se tratar de um direito que lhe assiste, desde que devidamente prestado o serviço ao qual se obrigou, isto é, desde que receba o segurado o tratamento adequado com o procedimento médico ou cirúrgico necessário, que possibilite a garantia da saúde por inteiro, prestado de forma eficiente, integral e com qualidade, conforme assumido contratualmente e estabelecido constitucionalmente.
>
> - Assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado; fatiar a doença, ademais, não é o modo mais correto para obtenção de lucro.
>
> - Com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde – por meio do acesso ao tratamento médico-hospitalar necessário –, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido, o segurado, submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade do transplante,

> procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida, bem mais elevado no plano não só jurídico, como também metajurídico.
>
> Recurso especial conhecido, mas, não provido. (REsp 1053810/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 15/03/2010)

Por todo o exposto, assinalada a relevância constitucional do direito à saúde, garantida através do acesso ao serviço adequado, o direito ao lucro, que assiste à empresa exploradora de atividade de assistência à saúde, entre elas as cooperativas, não se deve sobrepor ou contradizer a necessidade de oferecimento do mencionado serviço adequado, mas sim a este se adaptar.

Ressalte-se, ademais, que a divergência acerca da aplicabilidade ou não da Lei n. 9.656/1998 é impertinente à espécie, *porquanto se trata de contrato de trato sucessivo e renovação continuada, ao que se aplica as disposição do novo diploma aos fatos ocorridos sob sua vigência, mormente se nada dá conta nos autos de que o contrato em questão não foi adaptado ao regime previsto na lei de 1.998* (STJ, REsp 700100/RS, Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 29/03/2010).

Diante dessas considerações, irreprimível a sentença *a quo*.

Finalmente, em atenção ao prequestionamento arguido, não vejo necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais e constitucionais invocados, eis que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos, além do que o magistrado *não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado* (STJ, EDcl no RMS 22067/DF, Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 06/03/2008).

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Do recurso de Adelina Menezes de Mattos e Roberto Brandão de Souza Neto:

Insurgem-se os apelantes contra a desconsideração da nota fiscal de f. 105 que expressava o valor de R$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais) referente a "despesas hospitalares" que afirmam foram realizadas no período em que a apelante esteve internada e que é objeto de análise.

De fato, o documento apresentado se mostra inservível à pretendida restituição, já que não se desincumbiram os autores de demonstrar quando foi emitida e especificamente acerca de quais despesas se tratava, pois de um exame detido da mencionada nota não está estampada em seu teor a data da emissão nem sobre o quais despesas se referia.

À luz do que dispõe o artigo 333, I, do Código de Processo Civil, incumbe ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito. Não provados, a conseqüência é improcedência do pedido contido na peça vestibular.

Oportuna, a propósito, a lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na obra "Teoria Geral do Processo", 18ª edição, 2002, Editora Malheiros, 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.

Pertinente, aliás, a orientação exarada pela jurisprudência desta Egrégia Corte:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – RECUSA NA CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO – EXISTÊNCIA DE SUPOSTA DÍVIDA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDUTA DOLOSA, DO DANO MORAL ALEGADO E DO NEXO CAUSAL – MERO ABORRECIMENTO – DANO MATERIAL – NECESSIDADE DE PROVA INEQUÍVOCA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> Vige em nosso direito a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, afirmando que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
>
> [...]
>
> Recurso conhecido e improvido. (TJ/MS, Apelação Cível n. 2010.022749-4, Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Terceira Turma Cível, Julgamento: 10.8.2010) (g.n.)

Compete, então, ao condutor do processo, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco acaso não se produza.

Ao contrário do dano moral, o prejuízo material apontado não pode ser presumido, devendo ser devidamente comprovado nos autos, sob pena de improcedência da pretensão reparatória[5].

Destarte, não procede o fim ressarcitório colimado.

No que tange o *quantum* fixado a título de danos morais, melhor sorte assiste aos apelantes.

Com efeito, a situação a que foram expostos os apelantes não se caracteriza como mero dissabor ou aborrecimento, ao contrário, a sua delicada condição de saúde aliada à negativa de uma contraprestação contratada, apesar de adimplidas a parte que lhe cabia, pois o oposto não foi arguido, deflagra atitude relevante da apelada que expôs à angústia e ao vexame da beneficiária de plano de saúde e seu esposo, também beneficiário, justificando, pois, a compensação econômica.

Não há falar, ademais, que o inadimplemento contratual não induz a reparação civil. Conquanto remanesça alguma alguma controvérsia em função da topologia do instituto, é certo que a mesma tende a esmaecer-se, com o reconhecimento de que o dano subjetivo se dá tanto na responsabilidade extracontratual

5 Inteligência do TJ/MS, Apelação Cível n. 2009.020986-3, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro, Quarta Turma Cível, Julgamento: 25.8.2009.

como na contratual; se induvidoso que o mesmo se apresenta com maior difusão no âmbito dos atos ilícitos em geral, nem por isso se exclui a sua aplicação em sede de responsabilidade contratual[6].

Percuciente, a propósito, o magistério de Yussef Said Cahali[7]:

> No direito brasileiro, não obstante a ausência de disposição legal explícita, a doutrina é uniforme no sentido da admissibilidade de reparação do dano moral tanto originário de obrigação contratual quanto decorrente de culpa aquiliana. Uma vez assente a indenizabilidade do dano moral, não há fazer-se distinção entre dano moral derivado de ato ilícito absoluto e dano moral que resulta de fato ilícito relativo; do direito à reparação pode projetar-se por áreas as mais diversas das sociais, abrangendo pessoas envolvidas ou não por um liame jurídico de natureza contratual: assim, tanto pode haver dano moral nas relações entre devedor e credor quanto entre caluniador e o caluniado, que em nenhuma relação jurídica se acha, individualmente o ofensor. (g.n.)

Bem se vê, a distinção que se pode fazer é de natureza fática, exigindo-se a prova, em cada caso, da perturbação da esfera anímica do lesado. Aliás, assentada por contrato, uma relação obrigacional convencionada nasce para ser cumprida e cria compreensivelmente a expectativa psicológica desse cumprimento, causando com mais força, a frustração do ajuste inadimplido, sentimentos angustiantes ou psicologicamente sensíveis à parte inocente.

A Corte Superior de Justiça não discrepa:

> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA INDEVIDA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. PRECEDENTES.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte firmou posicionamento no sentido de que há direito ao ressarcimento do dano moral oriundo da injusta recusa de cobertura securitária médica, pois esta conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já fragilizado em virtude da doença.
>
> 2. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no REsp 1236875/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 24/02/2012) (g.n.)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. RECUSA DE AUTORIZAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DE DIAGNÓSTICO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.
>
> [...]
>
> II. Conforme precedentes das Turmas que compõem a Segunda Seção, a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito.
>
> Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1172778/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 31/05/2010) (g.n.)

Irrefutável, portanto, o direito à reparação por danos morais.

6 CAHALI, Yussef Said apud GONÇALVES, Carlos Roberto in Direito Civil Brasileiro – volume IV – Responsabilidade Civil, 4ª edição, 2009, Editora Saraiva, p. 394-395.

7 In op. cit., p. 395.

É certo que o montante deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte econômico das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso[8].

Ensina Washington de Barros Monteiro[9] que "*inexiste, de fato, qualquer elemento que permita equacionar com rigorosa exatidão o dano moral, fixando-o numa soma em dinheiro. Mas será sempre possível arbitrar um 'quantum', maior ou menor, tendo em vista o grau de culpa e a condição social do ofendido".*

Assim, o juiz, investindo-se na condição de árbitro, deverá fixar a quantia que considere razoável para compensar o dano sofrido. Para isso, pode o magistrado valer-se de quaisquer parâmetros sugeridos pelas partes, ou mesmo adotados de acordo com sua consciência e noção de equidade, entendida esta na visão aristotélica de "justiça no caso concreto".

Ponderando todos esses fatores, afigura-se realmente ínfima a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), de modo que a majoro para R$ 10.000,00 (dez mil reais), montante esse que repara proporcionalmente os danos sofridos, observando o caráter compensatório e ao mesmo tempo punitivo a que se destina a indenização.

A respeito:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – CONTRATAÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA EM NOME DE TERCEIRO – INCLUSÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO DE TELEFONIA – REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO CONFIGURADA – SENTENÇA REFORMADA – PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS.
>
> [...]
>
> O dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, com seu subjetivismo e ponderação, de forma a compensar o dano e desencorajar reincidências do ofensor, sem locupletar ilicitamente a vítima, levando-se em consideração as condições financeiras das partes.
>
> O valor da indenização por danos morais atribuído na inicial pelo ofendido é apenas estimativo, razão pela qual a condenação do ofensor em valor inferior ao pretendido na inicial não configura sucumbência recíproca". (TJ/MS, Apelação Cível n. 2007.021143-9, Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Quinta Turma Cível, Julgamento: 23.4.2009) (g.n.)

Diante dessas considerações, dou parcial provimento ao recurso para majorar a verba indenizatória por danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais). Mantenho, no mais, a sentença tal como prolatada.

8 Inteligência do STJ, REsp 214381 / MG, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 29/11/1999 p. 171.

9 apud GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA Filho, Rodolfo in Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil – volume III, 2ª edição, 2004, Editora Saraiva, p. 400.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA UNIMED CAMPO GRANDE-MS - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO POR ADELINA MENEZES DE MATTOS E ROBERTO BRANDÃO DE SOUZA NETO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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, 6 de junho de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.004580-5 - Corumbá
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – REEXAME DE SENTENÇA E APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – GUARDA MUNICIPAL – EXCLUSÃO DO CERTAME – ANTECEDENTES CRIMINAIS- ATO ILEGAL - AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.

Mostra-se ilegal o ato consistente em exclusão do candidato do certame, na fase de investigação social, muito embora tivesse o réu respondido a dois processos crimes, nos quais ocorreu, todavia, transação penal e extinção da punibilidade nos feitos em referência, em que sequer houve a prolação de sentença condenatória.

Em casos tais prevalece o princípio constitucional da presunção de inocência contido no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que age em benefício do candidato e não em desfavor dele, se outros elementos não existem que possam revelar sua inaptidão ou falta de conduta compatível dos deveres para com o cargo a ser exercido.

Recurso de apelação improvido. Sentença mantida em sede de reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade com o parecer, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de abril de 2012.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de reexame de sentença e apelação cível interposta às fls. 140/147, pelo **Presidente da Comissão de Concurso do Município de Ladário/MS**, em face da sentença proferida às fls. 107/110, pelo douto juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Corumbá, que **concedeu a segurança** pretendida por José Reinaldo dos Santos, no Mandado de Segurança, com pedido de liminar, n.º 0008897-03.2011.8.12.0008.

A ação constitucional foi impetrada contra o ato do praticado pelo Presidente da Comissão de Concurso do Município de Ladário/MS, Sr. Roberto Guimarães, consubstanciado na **eliminação do recorrido do concurso** regulado pelo edital nº 05/01/2010, ante o fato de **ter respondido a processos pelos crimes de lesão corporal de maus-tratos.**

O pedido de liminar foi deferido às fs. 51-55.

Na sentença de fs. 107/110, o douto juízo ratificou a liminar e **concedeu a segurança, para o fim de determinar que a autoridade impetrada garanta a participação do impetrante nas demais fases do certame,** não podendo promover sua exclusão sob o argumento de possuir antecedentes criminais.

Irresignada, a autoridade impetrada apela, sob o argumento de que, ao contrário do afirmado pelo juízo *a quo,* o impetrante não foi excluído do concurso público em razão de possuir antecedentes criminais, mas sim, em razão de **criteriosa pesquisa social realizada,** por meio da qual restou constatada a ausência de perfil social condizente com a realização das funções de **guarda municipal.**

Ressalta que carece ao impetrante o direito líquido e certo aduzido na prefacial, pois há previsão editalícia acerca da exigência de pesquisa social criteriosa, razão pela qual, constatada a prática de pequenos delitos – lesão corporal e maus tratos - agiu a autoridade impetrada com base nos princípios da autonomia e moralidade administrativa.

Desse modo pleiteia a reforma da sentença a fim de que os pleitos contidos na inicial sejam julgados improcedentes.

Em sede de contrarrazões (fls.152-156), o recorrido requereu a manutenção da sentença.

No mesmo sentido, o parecer da Procuradoria de Justiça às fls. 163-167.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

I.

Consoante relatado, trata-se de reexame de sentença e apelação cível interposta às fls. 140/147, pelo Presidente da Comissão de Concurso do Município de Ladário/MS, em face da sentença proferida às fls. 107/110, pelo douto juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Corumbá, que **concedeu a segurança pretendida por José Reinaldo dos Santos,** no Mandado de Segurança, com pedido de liminar, n.º 0008897-03.2011.8.12.0008.

Pelo que se observa do Edital nº 05/01/2010, juntado aos autos às fls. 72 e seguintes, o concurso público se destinou ao provimento de cargos da **guarda municipal** de Ladário, MS, no quadro de pessoal do Poder Executivo municipal. Dentre as etapas do concurso, o Edital previu em seu item 3.1., "d", que haveria *investigação social* dos candidatos aprovados nas fases anteriores (provas escritas, teste de aptidão física e avaliação psicológica), cuja investigação teria o caráter **eliminatório**.

No item 3.5., que trata especificamente da *pesquisa social*, o edital estabeleceu que o candidato haveria de juntar (a) certidões que comprovem não haver condenação criminal, com trânsito em julgado, do TJMS, da Justiça Federal, Juizado Especial Federal criminal, Justiça Militar Federal e Estadual, folha de antecedentes criminais emitida pela Polícia Federal e Polícia Civil de Mato Grosso do Sul, que comprove *não haver antecedentes criminais*.

Previu o edital, ainda, que o candidato deveria provar, por documento hábil, que não estaria cumprindo sanção penal, civil ou administrativa por ato de improbidade administrativa; não possuir condenação com trânsito em julgado em processo criminal na Justiça Comum, Federal, Militar Federal, Militar Estadual ou mesmo Juizado Especial Criminal Estadual ou Juizado Especial Federal Criminal.

Finalmente, o que me parece também importante, o edital estabelece, em seu item 3,5,3:

> 3.5.3. A idoneidade moral e social será averiguada relativamente ao enquadramento ou não do candidato em situações que afetem seu comportamento, conforme hipóteses seguintes:
>
> habitualidade na prática de transgressões disciplinares e no descumprimento dos deveres de assiduidade, pontualidade, discrição e urbanidade, se servidor público ou prestador de serviço público.
>
> Prática de ato de deslealdade às instituições legalmente instituídas;
>
> Manifestação de desrespeito às autoridades e atos legítimos da Administração Pública;
>
> Habitualidade em descumprir obrigações legítimas;
>
> Relacionamento ou exibição em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais ou morais;
>
> Prática de ato que possa comprometer a função da Guarda Municipal;
>
> Uso de substância entorpecente de qualquer espécie, prática de ato tipificado como infração penal ou qualquer prática atentatória à moral e aos bons costumes. (fls. 79).

Nas informações que prestou, a digna autoridade coatora sustentou que a eliminação do candidato decorreu de seu enquadramento no item 3.5.3., letra "g", parte final – supra transcrito e destacado em negrito – do edital do concurso, bem assim como cláusula 1.3, alínea "g", do mesmo Edital 05/15/2011, juntado às fls. 83/84 (que tem a mesma redação já acima destacada), em que a primariedade do impetrante não foi questionada em momento algum pela Comissão Avaliadora do Certame, a qual se fundou, exclusivamente, à vista dos documentos juntados pelo impetrante, em seu *perfil social*, requisito de extrema importância para a habitação das funções de Guarda Municipal, tendo a comissão concluído que a prática recorrente de delitos é incompatível com a função a ser desempenhada.

Insistiu a autoridade coatora, assim, que em nenhum instante houve alegação de que a existência dos antecedentes criminais por parte do impetrante seria a causa de sua exclusão, mas sim que sua vida pregressa revela a corriqueira prática de pequenos delitos, que comprometiam as funções do cargo que pretende desempenhar. Por esse foco o impetrante não seria detentor de "boa conduta social", a ensejar sua permanência no certame.

Salienta a autoridade coatora que a suspensão condicional de um dos processos a que respondeu o impetrante e a transação penal, em outro, se não geram antecedentes criminais, também não geram a presunção de inocência, no sentido mais puro do termo, e as certidões emitidas pelo Poder Judiciário do Estado revelam que o impetrante, de forma recorrente, pratica infrações penais (maus tratos, art. 136 do CP) e lesões corporais (art. 129 do CP), fatos que contrariam as disposições do Edital, contidas nas cláusulas já acima transcritas.

II.

Ressalte-se, inicialmente, que esta mesma questão, decorrente da exclusão de um outro candidato **do mesmo certame,** foi recentemente submetida ao crivo de julgamento da **Quinta Câmara Cível deste Sodalício**, em acórdão proferido com a seguinte fundamentação:

O recurso não merece provimento.

A informação contida no documento juntado à f. 36 é de que o impetrante foi eliminado do concurso público porque possui "antecedentes criminais que comprometem a função de Guarda Municipal" (f.36).

Consta, ainda, no documento de f. 36 que "a Comissão de Avalização da Pesquisa Social, analisou a documentação apresentada pelo candidato Sr. Luiz das Neves Pinto Filho e constatou que o mesmo respondeu pelo crime de Roubo, conforme fls. 09, do processo administrativo n. 2011.6.1.96098-5." (f.36).

Há, pois, equívoco do apelante, quando diz em seu recurso que o impetrante não foi excluído do concurso público em razão de possuir antecedentes criminais.

O fato é que o motivo determinante invocado para justificar a eliminação do impetrante do concurso foi a de que ele possuía antecedentes criminais.

Entretanto, o motivo apresentado pela autoridade impetrada não autoriza a eliminação do impetrante do concurso público, tendo em vista que, consoante bem ponderou o julgador de primeiro grau, "o documento de f.41/42 demonstra que a punibilidade do impetrante, no processo criminal, foi extinta em razão do cumprimento do benefício da suspensão condicional do processo" (f.78).

Havendo extinção de punibilidade ocorrida por força de cumprimento do benefício da suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 § 5º da Lei 9.099/95, não se há falar em maus antecedentes.

Neste sentido é o entendimento deste Tribunal de Justiça, consoante se vê do acórdão abaixo ementado:

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – ALEGADA ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA – IMPROCEDÊNCIA – ART. 748 DO CPP – ANTECEDENTES CRIMINAIS – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM FUNDAMENTO NO ART. 89, § 5º, DA LEI N. 9.099/95 – EXCLUSÃO DOS DADOS PARA FORNECIMENTO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES – POSSIBILIDADE PARA FINS DE INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Se a autoridade apontada como coatora conheceu e indeferiu o pedido do impetrante, deve esta ser parte passiva do mandamus.

Por analogia do disposto no art. 748 do CPP, deve ser fornecido ao absolvido em processo crime, bem como àquele que teve extinta a sua punibilidade com fundamento no art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95, certidão negativa de antecedentes para fins de inscrição em concurso público, mantendo-se, contudo, os registros para fins do art. 202 da LEP. (TJMS - Seção Criminal - Mandado de Segurança - N. 2010.015449-0/0000-00 - Campo Grande - Relator - Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia, julgado em 1.2.2011).

A jurisprudência dos outros Tribunais também é no mesmo sentido, merecendo ser transcrito, a título exemplificativo, as ementas dos seguintes acórdãos:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. POLÍCIA CIVIL DO DF. ATO VIOLADOR DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SINDICÂNCIA DA VIDA PREGRESSA E INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. CLASSIFICAÇÃO, NOMEAÇÃO E POSSE.

Não se reveste de legalidade o ato de exclusão do impetrante do concurso público em tela, pelo fato de ter sido indiciado em inquérito policial, eis que a punibilidade restou decretada extinta com fundamento no art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95, em virtude da transação penal proposta pelo ministério público.

Em tais casos, a extinção da punibilidade pela transação penal faz com que o fato objeto do processo suspenso desapareça da vida do acusado, motivo pelo qual não será considerado reincidente ou portador de maus antecedentes, afastando o motivo alegado pela autoridade impetrada para inabilitar o candidato na avaliação de vida pregressa e investigação social. Segurança concedida. Liminar confirmada. (TJDF; MSG 19990020025418; Ac. 124169; DF; Conselho Especial; Rel. Des. Jeronymo de Souza; Julg. 01/02/2000; DJU 12/04/2000; Pág. 8)

E, em recente decisão da E. 5a. Câmara Cível deste Tribunal, em que funcionou como relator o Exmo. Sr. Des. **LUIZ TADEU BARBOSA SILVA:**

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. ANÁLISE DA CONDUTA SOCIAL. EXISTÊNCIA DE TERMOS CIRCUNSTANCIADOS PERANTE O JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO, DEFERIDA NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL, QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA COMO ANTECEDENTE CRIMINAL. NÃO COMPROVAÇÃO DE OUTROS FATOS DESABONADORES À CONDUTA DO IMPETRANTE QUE NÃO O RECOMENDASSEM PARA A FUNÇÃO PRETENDIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. A

A transação penal ocorrida perante o juizado especial afasta a inscrição em antecedentes criminais, sendo que o autor do ilícito não chega a ser denunciado em processo penal, possuindo como única conseqüência não poder utilizar-se novamente de tal benefício dentro do prazo de cinco anos. Só o fato de ter sido o apelado indiciado, em tese, pela prática de infração penal, com suspensão condicional do processo por se tratar de crime de pequeno potencial lesivo (Lei nº 9.099/95), tendo ocorrido a extinção de sua punibilidade por ter cumprido devidamente os termos da transação, não indica, necessariamente, sua culpabilidade, nem que não possua procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável para a função policial.

Se não fora intentada a ação penal contra o apelado, é evidente que, não houve condenação, pelo que, a sua exclusão do concurso público, por não ter cumprido com a exigência em relação à sua idoneidade moral em face da suspensão condicional do processo, apurada em investigação social e sindicância da vida pregressa, viola o princípio constitucional da presunção da inocência insculpido no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal, mormente neste caso em que, tendo o apelado cumprido com os termos da transação, foi julgada extinta a punibilidade. (TJPR; ApCvReex 0387175-0; Curitiba; Quarta Câmara Cível; Relª Desª Anny Mary Kuss; DJPR 18/01/2008; Pág. 11).

Assim, ocorrida a extinção de punibilidade nos termos do artigo 89 § 5º da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), não persiste qualquer efeito penal, inclusive no que tange aos antecedentes.

Conclusão

Ante o exposto, acompanhando o parecer ministerial, conheço do recurso de apelação e do reexame necessário, mas nego-lhes provimento.” (Apelação Cível - Lei Especial - N. 2012.004867-4/0000-00 – Corumbá - Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Quinta Câmara Cível - 29.3.2012)

É certo que precedentemente julguei hipótese assemelhada, em que o candidato foi excluído do concurso público em decorrência dos dados obtidos na investigação social. Mas ali tal ocorreu porque os dados obtidos realmente não permitiam a continuidade do candidato no concurso, quer em vista do cargo almejado (Policial Militar), quer em razão de lei expressa admitindo a eliminação do candidato na fase de investigação social se os elementos coligidos apontassem – como ali apontou – para a a incompatibilidade de sua vida pregressa com as funções inerentes ao cargo a ser desempenhado (ART. 18, § 3º, DO DECRETO N.12.605/08).

Naquele caso específico, asseverei que "*há determinadas ocorrências envolvendo o candidato que demonstram a ausência de compatibilidade entre o seu perfil e o necessário para atuar na área de segurança pública, sobretudo em razão da exigência de controle emocional em situações limítrofes, e não raras, de alta pressão, demonstrando desobediência com o superior hierárquico, que é conduta de extrema valia para as estratégias policiais." (*Apelação Cível - Ordinário - Nº 2011.037827-5 - Campo Grande*, julgada em 14.,02.2012).*

Todavia, reiteradamente venho firmando o entendimento de que para casos iguais o Judiciário deve assegurar julgamentos também iguais. Todos são iguais não somente perante a lei, nos termos da Constituição Federal, mas, também, perante os provimentos emitidos pelo Estado, em especial o Jurisdicional, sob pena de causar insegurança jurídica.

A hipótese retratada no caso presente, assim, em tudo é diferente daquele julgado a que antes me referi e de que fui relator.

As razões supratranscritas no voto do Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, da E. 5a. Câmara Cível deste Tribunal, bem se amoldam ao caso aqui retratado, em que, da mesma forma, consta no documento de f. 09, que o recorrido foi eliminado do certame para o qual se inscreveu por ter respondido pelos crimes de lesão corporal de maus-tratos.

Não obstante, não foram proferidas condenações com trânsito em julgado que se prestassem para fins de antecedentes criminais, pois nos feitos mencionados foi **declarada a extinção a punibilidade em razão do cumprimento das condições impostas em transação penal** e *sursis* processual, enquanto que em outro termo circunstanciado instaurado no juizado, a denúncia **sequer foi oferecida pelo agente ministerial** (fs. 28-34).

Desse modo, ao contrário do alegado pelo recorrente em suas razões recursais, nas quais aduz que a suspensão condicional do processo não gera a decretação de inocência, mas apenas a sua presunção (f. 146), **a interpretação a ser conferida à garantia constitucional é em favor do acusado,** que não pode ser considerado culpado até que a presunção seja desconstituída por juízo de certeza, a ser prolatado após regular instrução criminal em que sejam assegurados os princípios decorrentes do devido processo legal.

Ademais, a fim de garantir a uniformidade de entendimento entre meus pares àqueles que se encontram em situações substancialmente idênticas, confiro ao impetrante a mesma sorte de entendimento, para lhe garantir a participação nas demais fases do certame.

O douto representante do *parquet* Estadual que atuou em primeiro grau de jurisdição, de forma muito precisa trouxe à lume importante lição doutrinária de LUIZ FLÁVIO GOMES sobre as conseqüências da suspensão do processo criminal ou da transação penal, como se infere às fls. 103, *verbis*:

> *A extinção da punibilidade, neste caso, possui efeitos comumente usuais, u seja, tem relevância no campo da reincidência e de outros efeitos da sentença condenatória.*
>
> *A extinção da punibilidade, dentre outras, tem as seguintes conseqüências: a) é como se o fato objeto do processo* ***suspenso*** *nunca tivesse ocorrido na vida do acusado. Em*

> *outras palavras: não se fala em reincidência, nem em maus antecedentes, etc. Requerida uma certidão, tem que sair expressamente "nada consta".* (Cfe. LUIZ FLÁVIO GOMES, *A suspensão condicional do processo penal,* 2ª. Ed., São Paulo. RT, 1997, p. 395).

E, pela PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA foi trazido à lume o entendimento jurisprudencial seguinte (fls. 165):

> *ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – AGENTE DE POLÍCIA CIVIL – CANDIDATO INABILITADO – TRANSAÇÃO PENAL – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – EFEITOS CIVIS AMPLOS ´- APROVAÇÃO RECONHECIDA – ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *A transação penal realizada sob a égide da Lei 9.099/95 não importará em reincidência, não constará de certidão de antecedentes criminais e nem terá efeitos civis, na forma dos 4 e 6, do art. 76, da Lei 9.099/95.*
>
> *Não pode a autoridade administrativa inabilitar candidato que realizou transação penal com o MP, homologado pelo Juízo, que extinguiu a punibilidade face ao cumprimento dos termos do acordo.*
>
> *Como o candidato participou até o final do certame, realizando inclusive o curso de Formação Profissional, onde obteve aprovação, deve a ordem ser concedida a fim de que o mesmo seja considerado aprovado no concurso, afastando assim a ilegal inabilitação feita pela autoridade, com fulcro apenas em* ***critérios subjetivos****, podendo assim ser nomeado para o cargo de na* ***agente de polícia. Ordem concedida****. Maioria.* (TJ/DF – 19980110483986, Relt. P. A. ROSA DE FARIAS, 24.08.99, DJU de 18.01.200).

No SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA vem sendo reiteradamente proclamado o entendimento de que não é lícita a exclusão do candidato, na fase de investigação social, ainda que responda a processo crime e que tenha sentença condenatória contra si proferida, se a sentença não transitou em julgado.

No caso presente, muito menos do que isso, sequer houve, pelos motivos declinados, sentença condenatória, donde a irresignação do apelante não ter razão de ser. Funda-se a o ato da administração, na realidade, em mero critério de sentimento pessoal, desarrazoado e dissociado dos parâmetros da legalidade estrita que deve observar o procedimento do concurso, em todas as suas fases.

Eis os precedentes do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que conforta essa forma de decidir a espécie e que bem se amoldam ao caso *sub judice*:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DE CANDIDATO POR CONDENAÇÃO NA ESFERA PENAL. SENTENÇA NÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.
>
> RECURSO PROVIDO.
>
> 1. Em observância ao princípio da presunção de inocência – art. 5º, LVII, da Constituição Federal –, não se admite, na fase de investigação social de concurso público, a exclusão de candidato condenado na esfera criminal por sentença não transitada em julgado.
>
> Precedentes do STF e do STJ.
>
> 2. Recurso ordinário provido. (RMS 32.657/RO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 14/10/2010).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DO CANDIDATO DO CURSO DE FORMAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

1. Afronta o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5o., LVII da Carta Magna), a imediata exclusão de candidato do concurso público que, na fase de investigação social, esteja respondendo a ação criminal, cuja decisão condenatória, não transitara em julgado. Precedentes do STJ: REsp. 795.174/DF, Rel.

Min. LAURITA VAZ, DJU 01/03/2010 e REsp. 414.933/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 06/08/2007; e do STF: AgRg no AI 769.433/CE, Rel. Min. EROS GRAU, DJU 12/02/2010 e AgRg no RE 559.135/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJU 13/06/2008.

2. No transcurso do presente processo, o candidato foi absolvido da ação penal à qual respondia, nos termos do art. 386, VI do CPP, já tendo o acórdão transitado em julgado.

3. Recurso conhecido e provido para cassar o acórdão recorrido, restabelecendo a sentença monocrática. (REsp 1143717/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 17/05/2010)"

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. CANDIDATO. ELIMINAÇÃO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. AÇÃO PENAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 5º, LVII, DA CF/88. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VIOLAÇÃO. PRECEDENTES DO C. STF E DESTE C. STJ. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR.

I - O e. Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que viola o princípio constitucional da presunção de inocência a exclusão de candidato em concurso público, que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória.

Precedente: AgRg no AI 769.433/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 12/02/2010.

II - Em decorrência da independência entre as instâncias, de todo modo, ainda assim seria possível a apuração administrativa do fato objeto da ação penal e, por consequência, a adoção das medidas correspondentes. Precedente do c. STJ.

III - Fundando-se, porém, a eliminação do candidato exclusivamente na existência da ação penal contra ele instaurada, na qual sequer haja decisão condenatória proferida, o ato de exclusão do certame há de ser anulado.

IV - Ressalva do entendimento pessoal do relator.

Recurso ordinário provido. (RMS 29.024/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 03/11/2010).

Além de todos esses aspectos, ainda menciono que o candidato, se aprovado, ingressará na administração pública municipal em caráter precário, porque estará sujeito ao estágio probatório, período no qual sua conduta haverá de ser observada, podendo até ocorrer de, se não preenchidos os pressupostos legais para manutenção nele, certamente poderá ser desligado do serviço público mediante o devido

processo legal para apuração de faltas ou desvios que comprometam o exercício das respectivas funções ou coloquem em risco a incolumidade pública.

IV.

Ante o exposto, conheço o recurso de apelação cível interposto pelo Presidente da Comissão de Concurso do Município de Ladário/MS, mas lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau.

Ao reexame necessário, empresto-lhe a mesma solução e conclusão feita no recurso voluntário, ratificando integralmente a douta sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Josué de Oliveira e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 24 de abril de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.006437-9 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DE MANDADO DE REINTEGRAÇÃO POSTERIORMENTE EXPEDIDO – DANO MORAL CARACTERIZADO – *QUANTUM* – ADSTRIÇÃO À RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE E TENDO EM VISTA OS FINS OBJETIVADOS PELA IMPOSIÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA – RECURSO PROVIDO.

I) A mora do devedor fiduciante tem por efeito autorizar a retomada do bem, sem que isso signifique, no entanto, permissão para a sua venda imediata, sem autorização judicial, mormente quando tal exigência constou do mandado de busca e apreensão. Logo, excede o banco no exercício de regular de um direito quando, tendo procedido à apreensão do bem, promove sua alienação contra a determinação judicial que impedia a venda extrajudicial imediata.

II) Configura dano moral quando a parte fica impedida de desfrutar da posse do bem, cuja restituição foi determinada por força de decisão judicial posterior, em virtude de impossibilidade material, ante a sua alienação irregular.

III) O valor da indenização por danos morais não tem tabelamento e nem se encontra arrolado em lei, devendo ser feito com prudência e moderação pelo magistrado, com observação das diretrizes traçadas para casos idênticos pelos Tribunais Superiores, sempre levando em consideração o dano experimentado, sua extensão e repercussão na esfera e no meio social, a conduta que o causou e a situação econômica das partes. Deve, ademais, implicar em desmotivação da reiteração de prática de atos idênticos por parte da apelante, criando estímulo para não se dar continuidade na reiteração de atos de idêntica natureza.

IV) Recurso a que se dá provimento para reconhecer a existência de dano moral na espécie e fixar o valor indenizatório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara 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, 22 de maio de 2012.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de apelação cível interposta às f. 106/111 por **SUSI CRISTINA DA SILVA**, insurgindo-se contra a sentença de f. 94/102, proferida pelo juízo da 13ª Vara Cível de Campo Grande/MS, que julgou improcedente o pedido inicial da ação de indenização por danos morais e materiais (n. 0030073-30.2009.8.12.0001) que moveu em face do **BANCO FINASA S/A.**

A presente ação foi ajuizada, porque o banco réu promoveu, sem autorização judicial, a venda extrajudicial do veículo Fiat Uno Mille SX, cor branca, ano 1997, placa HQM 0307, após o cumprimento do mandado de busca e apreensão expedido nos autos da ação n. 001.08.119120-1.

Alegou a autora, na inicial, que o fato de ter sido destituída na posse do bem lhe ocasionou danos moral e material, razão pela qual pediu o devido ressarcimento.

Na sentença, o juízo, embora tenha reconhecido a ilicitude da conduta do banco, entendeu inexistirem danos passíveis de gerar o pagamento da indenização pleiteada, de sorte a julgar improcedente o pedido exordial e condenar a requerente no pagamento das verbas sucumbenciais.

Irresignada, a autora apelou do *decisum* de primeiro grau.

Em suas razões, a apelante discorre sobre a existência da conduta ilícita.

Quanto ao dano, defende que este é presumido, porquanto a família que usufruía do carro ficou limitada para diversos afazeres do cotidiano, por conta da dificuldade de locomoção.

Nesses termos, requer a reforma da sentença, a fim de ser julgado procedente o pedido indenizatório, com a inversão do ônus da sucumbência.

Contra-razões às f. 117/121.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta às f. 106/111 por **SUSI CRISTINA DA SILVA**, insurgindo-se contra a sentença de f. 94/102, proferida pelo juízo da 13ª Vara Cível de Campo Grande/MS, que julgou improcedente o pedido inicial da ação de indenização por danos morais e materiais (nº. 0030073-30.2009.8.12.0001) que moveu em face do **BANCO FINASA S/A.**

Primeiramente, comporta registrar que a irresignação da recorrente cinge-se à indenização pelos danos morais que alega ter sofrido, não consubstanciando os danos materiais questão devolvida ao órgão *ad quem*.

Dito isso, passo ao exame da pretensão recursal.

I.

É incontroverso nos autos que o banco, após cumprimento de mandado judicial – em 11/08/2008 (f. 35), expedido em virtude de concessão de liminar em ação de busca e apreensão, promoveu, sem autorização, a venda extrajudicial do bem – Fiat Uno Mille SX, cor branca, ano 1997, placa HQM 0307.

Registre-se que, concomitantemente à ação de busca e apreensão, tramitava em juízo a revisional nº. 001.08.020394-0, ajuizada para discutir as cláusulas do mesmo contrato e na qual, em 05/06/08, foi

autorizada a consignação em pagamento, no valor das prestações do financiamento, ficando a manutenção na posse do bem condicionada à efetivação dos depósitos.

Do caderno processual (f. 36/42), verifica-se, também, que, em face da decisão que concedeu a liminar na ação revisional, foi interposto o agravo de instrumento nº. 2008.025066-1, ao qual a 1ª Turma Cível do TJMS, diante da realização dos depósitos dos valores incontroversos, deu parcial provimento para *"suspender o curso da ação de busca e apreensão, enquanto perdurarem os depósitos autorizados pelo juiz da causa e, em conseqüência, determinar a restituição da posse do bem"*.

Ocorre que, quando do cumprimento do mandado de restituição, tal restou impossibilitado face à alienação do veículo, conforme se verifica pelo documento de f. 47.

Nesse contexto é que a autora ajuizou a presente ação indenizatória, eis que se sentiu lesada em razão de todos os transtornos gerados pela perda da posse do veículo.

O juízo sentenciante entendeu que os danos morais não existem no caso, porque os transtornos pelo desapossamento do bem decorreram do cumprimento da decisão que concedeu a liminar de busca e apreensão, ato esse motivado pelo inadimplemento.

Após reflexão sobre a situação dos autos, concluo que restaram configurados danos morais no caso, razão por que merece reparos a douta sentença.

Inicialmente, é de se consignar que a mora tem por efeito autorizar a retomada do bem, sem que isso signifique, no entanto, permissão para a sua venda imediata. E, diferentemente da conclusão do julgador *a quo*, os transtornos pelo desapossamento do bem podem até ter sido gerados, *a priori,* pelo cumprimento do mandado, porém sua continuidade se deve ao fato de que, uma vez alienado, o bem se tornou indisponível quando determinada a sua restituição pelo Tribunal de Justiça.

Ressalto que não cabe, aqui, adentrar na discussão se a autora/recorrente estava ou não em mora quando da alienação do veículo. Fato incontroverso é que não houve prévia autorização judicial para a venda, tendo tal exigência constado do mandado de busca e apreensão (segundo aduziu a autora, em alegação não rebatida pelo réu), e, além disso, o TJMS, mais tarde, reconhecendo que os depósitos estava sendo diligentemente realizados, determinou a restituição do bem – o que, todavia, não foi possível, porque este já havia sido vendido.

Portanto, não há como comungar da conclusão do d. sentenciante, no sentido de que o inadimplemento e o cumprimento do mandado justificam o desapossamento e, por conseguinte, as conseqüências geradas. Num primeiro momento, essa idéia tem sua aplicação, porém não posteriormente, quando o bem teria de ser restituído e não o foi por exorbitância da parte do banco, passando a autora/apelante a suportar todos os transtornos injustamente – já que, por força de determinação judicial, a posse do veículo deveria voltar a ser sua e não o foi por impossibilidade material. A partir daí, entendo que ela passou a sofrer danos morais.

Nota-se que o banco excedeu na aplicação de seu direito, que era de apreender o bem, mas não vendê-lo sem prévia autorização. Esse último ato, não há dúvidas, causou prejuízos à apelante, na medida em que não pôde desfrutar da posse do bem quando lhe foi conferida a restituição pelo TJMS, de sorte que merece ser ressarcida pelo tempo em que ficou sem o veículo, que era usado para o transporte da família, não sendo preciso tecer maiores considerações a respeito dos transtornos inerentes à tal situação.

Ultrapassado o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil (conduta, dano e nexo causal), passo à análise do *quantum* indenizatório.

II.

Com relação ao valor da indenização por danos morais, entendo que ele deve ser fixado com ponderação, levando-se em conta o dano experimentado, a conduta que o causou e sua situação econômica. Não deve ser excessivo, para evitar enriquecimento sem causa de quem o recebe, nem deve ser inexpressivo, estimulando a reincidência da parte condenada.

No caso, pelas particularidades do caso, entendo como razoável a importância de R$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS), pois atende ao princípio da razoabilidade, a qual se mostra afinada com os parâmetros adotados pela jurisprudência em casos semelhantes e, ademais, implica em desmotivação da reiteração de prática de atos idênticos por parte da instituição financeira, criando estímulo para não dar continuidade na reiteração de atos de idêntica natureza, em detrimento de outros consumidores.

III.

Ante o exposto, conheço do presente recurso, dou-lhe provimento e condeno o réu ao pagamento em favor da autora de indenização por danos morais, no valor de R$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS), corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV desde a data da alienação do veículo e juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Condeno o banco apelado ao pagamento de custas e despesas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, devidamente corrigida.

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. Dorival Renato Pavan.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Ruy Celso Barbosa Florence e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 22 de maio de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.010759-0 - Anastácio
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO – SERVIÇO DE INTERNET – SERVIÇO NÃO INSTALADO – DÉBITO LANÇADO NA CONTA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ARTIGO 6º, VIII, DA LEI 8.078/90 – VALORES INDEVIDAMENTE COBRADOS – SITUAÇÃO QUE PERSISTIU MESMO APÓS COMUNICAÇÃO DO CLIENTE – REPETIÇÃO EM DOBRO DE INDÉBITO – AUSÊNCIA DE ENGANO JUSTIFICÁVEL – PEDIDO JULGADO PROCEDENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Se alegado pelo consumidor que foi cobrado em sua fatura de telefone o serviço de internet por ele solicitado, mas não instalado por impossibilidade técnica da empresa fornecedora, deve o juiz aplicar a regra da inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, VIII, da Lei 8.078/90, tendo em vista a impossibilidade do consumidor fazer a prova negativa.

2. Promovida a inversão do ônus da prova, era dever da ré provar que o autor efetivamente utilizou o serviço contratado, não bastando, para tanto, os lançamentos por ela mesma praticados na respectiva conta telefônica.

Em casos desta natureza, configura-se a falha do serviço da empresa de telefonia, tendo lugar, por conseguinte, a procedência da pretensão deduzida na inicial.

3. Não há engano justificável quando, mesmo tomando conhecimento dos fatos, o prestador do serviço deixa de tomar as medidas administrativas cabíveis para cessar a cobrança a maior e solucionar o problema do cliente consumidor de seus serviços de telefonia.

4. Se não há engano justificável na cobrança de valores indevidos, a repetição em dobro do indébito é medida que se impõe, *ex vi* do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

5. Recurso conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara 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, 8 de maio de 2012.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

BRASIL TELECOM S.A., devidamente qualificada, interpõe apelação cível às fls. 118/124, em face de **NILDO ALVES DE ALBRES**, insurgindo-se contra a sentença de fls. 110/114 do douto juízo da comarca de Anastácio/MS, que julgou procedente o pedido formulado pelo apelado na ação declaratória de inexigibilidade de tarifa c/c repetição do indébito (autos n. 0000726-56.2010.8.12.0052), excluindo a cobrança da tarifa denominada mensalidade turbo 400 da conta do autor e condenando a apelante ao pagamento de quantia equivalente a R$ 3.528,58.

Sustenta a recorrente que cabe a quem alega o dever de provar, sendo proibida a inversão do ônus da prova no caso dos autos, tendo em vista a possibilidade de o autor provar os fatos alegados e, por consequência, a inexistência da hipossuficiência que permite tal inversão.

Aduz que realizou de forma correta e devida o faturamento da utilização dos serviços de telefonia, não havendo que se falar em cobrança indevida.

Argumenta que, ainda que houvesse cobrança indevida, nos termos do art. 940 do CC, é imprescindível que exista a intenção do agente, que configure a má-fé.

Requer a reforma da sentença.

Regularmente intimado, o apelado não apresentou contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Extrai-se dos autos que a presente demanda foi interposta pelo apelado, tendo em vista que contratou com a apelante, via telefone, o serviço de *internet* denominado "Turbo 400", que seria instalado em sua residência, sendo que o técnico da apelante constatou ser impossível a instalação no local requerido. Porém, a tarifa referente à prestação do referido serviço passou a ser cobrada mensalmente nas faturas, desde 10 de maio de 2008.

Relata o autor que formalizou diversos pedidos por telefone para que fosse cessada a cobrança, mas não foi atendido.

A ré, por sua vez, alegou em contestação que consta em seu sistema a solicitação do serviço, a instalação, em 14.05.2008 e a retirada da internet em 05.11.2009, ressaltando que o Turbo 400 estava ativo e com sinal disponível, sendo que para provar o alegado juntou aos autos as telas de seu sistema (fls. 44/61).

O autor requereu a produção de prova testemunhal, que foi indeferida pelo douto juízo *a quo*, e a ré dispensou a produção de outras provas, sendo proferida a sentença que julgou antecipadamente a lide.

É de se ver que o douto juízo inverteu o ônus da prova e considerou insuficientes as provas apresentadas pela ré, as quais não comprovaram que o serviço de *internet* estava sendo utilizado pelo autor, de sorte condenou a ré a devolver em dobro os valores pagos pelo referido serviço.

A ré apela e, mesmo em face de seus argumentos, tenho que a sentença objurgada deve ser mantida.

A prova, no caso dos autos, é, de todo óbvio, ônus da apelante, seja porque se trata de típica relação consumerista, seja porque a prova encontra-se em seu poder, qual seja, a efetiva instalação – E FUNCIONAMENTO - do serviço na residência do autor.

A relação aqui discutida, não se duvida, é consumerista.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6°, inciso VIII[1], outorgou ao consumidor a inversão, em seu favor, do ônus da prova, constituindo-se em medida protetiva em face da sua situação de hipossuficiência perante o fornecedor que, usualmente, está em melhores condições de acesso à prova de fato ligado à sua atividade.

Sobre o tema, Rizzatto Nunes leciona o seguinte:

> A vulnerabilidade, como vimos, é conceito que afirma a fragilidade econômica do consumidor e também técnica. Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc.

No caso em tela, com mais razão ainda há que se considerar a inversão, já que o autor não pode fazer prova negativa do fato (*negativa non sunt probanda*), qual seja, a de que não utilizava o serviço cobrado.

Saliente-se, outrossim, que o autor informou um dos protocolos de atendimento via telefone que comprovaria a sua peleja quanto ao cancelamento do serviço (protocolo n. 20090100839095), mas a Brasil Telecom não apresentou a gravação, que poderia, inclusive, comprovar que o pedido de cancelamento só estaria sendo efetuado naquela data.

Note-se, ademais, que os documentos juntados pela Brasil Telecom com a contestação, nada comprovam a respeito da efetiva utilização do serviço pelo autor. Ao contrário, é quase ininteligível ao leigo os procedimentos realizados pelo sistema da ré.

Quanto à existência da relação jurídica, o autor-apelado forneceu na inicial as faturas de cobrança do serviço de telefonia.

Dispõe o art. 6º, inc. VIII, do Código Consumerista:

> Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:
>
> [...]
>
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Assinalo que a norma supracitada exige apenas a presença de um dos requisitos autorizadores da inversão - ou a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do **consumidor**, visto que traz a conjunção alternativa "ou", de modo que, em sendo induvidosa a hipossuficiência, não há necessidade de que sejam verossímeis as alegações.

1 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
[...]
VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

No caso, a hipossuficiência técnica do consumidor é evidente, já que ele não possui os meios tecnológicos da empresa que, por óbvio, tem ou deveria ter meios que comprovam a efetiva instalação da *internet* na região em que reside o autor e, especificamente, em sua residência.

Ressalto, por fim, que, com a inversão do ônus da prova, a inércia da empresa faz presumir verdadeiros os fatos alegados na inicial.

Incide, na espécie, a norma do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual "*o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável*".

Não há, no caso aqui apresentado, engano justificável apto a afastar a repetição em dobro do que foi indevidamente cobrado. Se antes o engano poderia ter existido justificadamente, por falha no sistema, depois, deixou de existir, porque a empresa, mesmo tomando conhecimento dos fatos, deixou de tomar as medidas administrativas cabíveis para cessar as cobranças a maior nas faturas e solucionar o problema de seu cliente.

Importa ter em mente que é dever do fornecedor ter o controle sobre todas as operações obrigacionais relacionadas ao seu negócio, mantendo-se sempre atento acerca das cobranças de cada usuário de seus serviços e, no caso de existir erro do sistema, assim que for comunicado, é obrigado a providenciar imediata correção e regularização da situação.

Em caso recente, na apelação nº 2011.024082-8, de minha relatoria inclusive, **esta Quarta Turma Cível seguiu essa mesma orientação**:

> EMENTA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C.C. INDENIZATÓRIA. (...) VALORES INDEVIDAMENTE DESCONTADOS – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – REPETIÇÃO EM DOBRO DE INDÉBITO – AUSÊNCIA DE ENGANO JUSTIFICÁVEL.
>
> I) Se não há engano justificável na cobrança de valores indevidos, a repetição em dobro do indébito é medida que se impõe, ex vi do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.
>
> II) Recurso a que se dá provimento.

Outros Tribunais têm decidido de igual forma em casos idênticos, a exemplo do julgado que segue:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM PRETENSÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS. (...) REPETIÇÃO EM DOBRO DOS VALORES. APLICAÇÃO DO ARTIGO 42 DO CDC. POSSIBILIDADE. No que se refere à restituição em dobro dos valores, não merece ser provido o recurso, sendo caso de aplicação do artigo 42, parágrafo único, do CDC, que dispõe que o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável. Apelação provida, em parte. (TJRS. Apelação Nº 70036156438, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgado em 11/05/2011).

Nesse contexto, deve sim ser aplicada a repetição em dobro do indébito.

Diante de tais considerações, conheço do recurso, mas lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

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

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

Campo Grande, 8 de maio de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.006147-6 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – SEGURO DE VIDA – MORTE DO SEGURADO – NEGATIVA DE PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DE INFORMAÇÃO DO ESTADO DE SAÚDE – RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A não-realização de exame médico prévio no candidato a segurado, indica que a seguradora assumiu o risco quanto à eventual inexatidão das informações fornecidas pelo futuro segurado.

2. A boa-fé é presumida, necessitando a má-fé prova nos autos. A seguradora não se desincumbiu do ônus da prova na forma do art. 333, II, do CPC. Indenização devida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara 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, 27 de março de 2012.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposta por CAPEMISA Seguradora de Vida e Previdência S/A e outro, inconformados com a sentença proferida pelo Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente a Ação de Cobrança que lhe moveu Tania Roberta Araujo de Oliveira e outros.

Alega a apelante, que o CDC é inaplicável ao caso concreto, uma vez que não houve qualquer espécie de propaganda enganosa ou abusiva, e tampouco de métodos coercitivos ou ilegais.

Sustenta que o contrato foi firmado em 30/11/2005 e o falecimento ocorreu em 09/08/2007, portanto, antes do implemento da condição estabelecida na cláusula limitativa de 24 meses, o que afasta o dever de indenizar.

Postula o provimento do recurso, a fim de que sejam declaradas eficazes e válidas as cláusulas do contrato que regeu o relacionamento entre as partes, julgando improcedentes os pedidos da demanda, invertendo o ônus sucumbencial.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (f. 181).

Devidamente intimada, a apelada apresentou contrarrazões (f. 185-189), pugnando pela manutenção do *decisum.*

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposta por CAPEMISA Seguradora de Vida e Previdência S/A e outro, inconformados com a sentença proferida pelo Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente a Ação de Cobrança que lhe moveu Tania Roberta Araujo de Oliveira e outros.

Compulsando os autos, observa-se que os autores são beneficiários do Seguro de Vida n° 18006079750 contratado por Neusa Olívia Araújo, no dia 17.05.2005. Consta ainda que, após o falecimento da segurada no dia 29.08.2007, os beneficiários requereram pela via administrativa a indenização do seguro, contudo, a seguradora indeferiu o pagamento sob o argumento de que a morte do segurado se deu dentro do período de carência de 24 meses, razão pela qual os beneficiários não teriam direito ao recebimento do pecúlio.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, a atividade securitária está abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor conforme se vê do artigo 3º, parágrafo 2º:

> Art. 3° [...]
>
> [...]
>
> § 2° 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.

Deste modo, entendo que a relação entre as partes deve ser abarcada pelo Código Consumerista.

Pois bem. O apelante afirma que a segurada não preencheu a declaração de saúde, motivo pelo qual o pagamento de 2/3 do pecúlio, de acordo com a carência gradual estipulada às f. 28 do contrato, não deve ser paga.

Analisando detidamente o contrato entabulado entre as partes, observa-se que o valor do pecúlio para morte natural é de R$7.585,33 (sete mil quinhentos e oitenta e cinco e trinta e tres centavos), constando ainda que os beneficiários tem direito a receber 2/3 do valor, caso a morte natural do segurado ocorra entre o 18° e 24° mês de vigência do contrato, desde que preechido a declaração de saúde devidamente, de acordo com a carência gradual estipulada às f. 28, *in verbis:*

> Morte Natural do 1° ao 6° mês..... Não há pagamento.
>
> [...]
>
> Morte Natural após o 18° até o 24° mês.... Pagamento de 2/3 do pecúlio.

Ocorre que, tenho entendimento firmado no sentido que se a seguradora aceita a proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre seu estado de saúde, assume os riscos do negócio. Asssim, ocorrendo o sinistro, não pode a seguradora recusar-se a indenizar.

Ademais, este é o entendimento pacífico do Superior tribunal de Justiça*:*

> SEGURO. Banco. Legitimidade passiva. Doença preexistente.É parte legítima para responder à ação em que é cobrado o cumprimento de contrato de seguro de vida, o estabelecimento bancário que propõe o seguro quando da assinatura de contrato de financiamento, celebrado na mesma agência, mediante a interferência do pessoal do banco e de entidade securitária ligada ao mesmo grupo.Celebrado o contrato de seguro nessas condições,

sem nenhuma exigência quanto ao conhecimento do real estado de saúde do segurado, não pode o responsável, depois do recebimento do prêmio, recusar-se ao pagamento do seguro. Precedentes.Recurso não conhecido. (REsp 332.787/GO, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/2001, DJ 15/04/2002, p. 225)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO. INDENIZAÇÃO.DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE EXAMES. MÁ-FÉ DO SEGURADO NÃO CARACTERIZADA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.1. Alterar a conclusão da Corte de origem, sobre a ausência de má-fé do segurado e inexistência do nexo causal entre a doença hipoteticamente preexistente e a morte do segurado, demandaria reexame do conteúdo fático-probatório, o que é vedado ante Súmula 7/STJ.2. É entendimento assente nesta Corte que a seguradora que não exige exame prévio do segurado não pode posteriormente alegar omissão de informação por parte do mesmo, nem tampouco doença preexistente.Precedentes.3. Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental. (AgRg no AREsp 7041/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 24/08/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. DOENÇA PREEXISTENTE.BOA FÉ E AUSÊNCIA DE EXAME PRÉVIO. RECUSA. ILÍCITA. DECISÃO UNIPESSOAL. ART. 557, CPC.- É lícito ao relator negar seguimento a recurso que esteja em descompasso com a jurisprudência do STJ.É ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro-saúde, se a Seguradora não submeteu a segurada a prévio exame de saúde e não comprovou má-fé. Precedentes. (AgRg no Ag 973265/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 17/03/2008)

No caso em apreço, é certo que não houve má-fé da segurada, eis que a mesma demonstrou ter razoavel estado de saúde, ao sobreviver quase 02 anos após a assinatura do contrato.

Assim, considerando que a morte da segurada ocorreu no 22° mês de vigência do contrato, correta a sentença que julgou parcialmente procedente a demanda, condenando a seguradora ao pagamento de 2/3 do valor do pecúlio em favor dos autores.

Ex positis, 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. Marco André Nogueira Hanson.

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, 27 de março de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.006392-0 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E LUCROS CESSANTES – EMBRIAGUEZ NÃO COMPROVADA – LUCROS CESSANTES – TEMPO DE PARALISAÇÃO DO VEÍCULO - INDENIZAÇÃO DEVIDA – CLÁUSULA QUE EXCLUI OS LUCROS CESSANTES É ABUSIVA – DANOS MORAIS – SUCUMBÊNCIA MÍNIMA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Para a exclusão da cobertura securitária, não é suficiente a alegação de que o motorista estivesse alcoolizado, necessário se faz a prova de que seu estado de embriaguez constitui elemento essencial para a ocorrência do sinistro.

Embora esteja previsto na apólice de seguro a exclusão dos lucros cessantes para segurados, é certo que com base nos ditames do Código de Defesa do Consumidor, tal cláusula é abusiva, compreendidos os lucros cessantes na rubrica dos danos materiais.

Restando demonstrada a ausência de qualquer irregularidade, má-fé, ou excesso por parte da requerida, já que está limitou-se a negar o pagamento com base em disposição contratual, não há falar reparação por ato lesivo, falecendo a pretensão ao ressarcimento por danos morais.

Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários, consoante dispõe o parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil.

Os honorários advocatícios devem ser fixados, levando-se em conta o trabalho desenvolvido pelo causídico, a complexidade da causa e o tempo de tramitação do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara 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, 10 de abril de 2012.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de Apelação Cível - Ordinário interposto por **Fênix Rent A Car Ltda** contra sentença proferida pelo Juiz da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS nos autos da Ação Indenização movida contra **Itaú Seguros S/A.**

Alega, em síntese, que:

I – tem direito a indenização por lucros cessantes, pois corresponde ao valor da diária do veículo sinistrado durante todo o período em que o mesmo ficou parado na oficina sem conserto, em virtude da recusa da seguradora em pagar pela mão de obra.

II – a seguradora atrasou o pagamento da indenização securitária por quase oito meses, descumprindo a cláusula que estipula o prazo para pagamento de indenização prevista no contrato, motivo pelo qual é devido o pagamento de indenização por danos morais à apelante.

III – a apelada seja condenada ao pagamento integral das verbas sucumbênciais.

Ao final, postula a reforma da sentença, a fim de julgar procedente o pleito inaugural, condenando a apelada ao pagamento de lucros cessantes e indenização por danos morais, bem como, condenando-a ao pagamento integral da sucumbência.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (f. 329).

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 332/339).

VOTO

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

Trata-se de Apelação Cível - Ordinário interposto por **Fênix Rent A Car Ltda** contra sentença proferida pelo Juiz da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS nos autos da Ação Indenização movida contra **Itaú Seguros S/A.**

Primeiramente esclareço que não há provas de que o condutor do veículo sinistrado encontrava-se embriagado no momento do acidente, nem que o sinistro ocorreu em razão disso.

A única prova anexada aos autos a respeito desta alegação são os prontuários médicos emitidos pela Santa Casa, dos quais consta que o condutor do veículo se encontrava desorientado e com "hálito etílico" (f. 105).

O magistrado singular desconsiderou tais fundamento argumentando que:

> O fato de ter sido registrado no hospital que o condutor possuía "hálito etílico" entendo não ser apto a comprovar que ele estava embriagado, nem que o acidente ocorreu em razão disso.
>
> O ordenamento jurídico brasileiro não considera infração qualquer ingestão de álcool com posterior condução de veículo, mas somente aquela igual ou superior à concentração alcoólica de 6 decigramas por litro de sangue (art. 306 do CTB).
>
> A ingestão alcoólica inferior a isso, que já poderia causar na pessoa "hálito etílico", seguida da condução de veículo, mão é considerada infração.
>
> O fato de haver sido ministrada ao condutor glicose 50% também não é apto a comprovar sua embriaguez, pois o documento de f. 106 não esclarece o motivo pelo qual foi receitada a referida substância, e, pelo que consta dos autos, não foi realizado nenhum tipo de exame capaz de aferir a quantidade de álcool ingerida pelo condutor[1].

1 sentença - f. 305.

Além destes fundamentos, o juiz *a quo* anexou vários julgados do STJ e argumentou dizendo que a seguradora não se desincumbiu do ônus que lhe competia em comprovar a embriaguez do condutor do veículo.

Acrescento ainda, que, para a exclusão da cobertura securitária, não é suficiente a alegação de que o motorista estivesse alcoolizado, necessária se faz a prova de que seu estado de embriaguez constituiu elemento essencial para a ocorrência do sinistro.

Nesse sentido:

> SEGURO. EMBRIAGUEZ. EXCLUSÃO. COBERTURA. VERIFICAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. CLÁUSULA CONTRATUAL. DESCABIMENTO.
>
> I - A embriaguez, por si só, não constitui causa de exclusão da cobertura securitária, sendo necessária a prova de que o agravamento de risco dela decorrente influiu, decisivamente, na ocorrência do sinistro. Precedentes.II - A via especial não se presta à análise de matéria fática e de cláusula contratual, o que incide no óbice das Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. Agravo improvido. (STJ - AgRg no Resp 637240 SC 2004/0027726-0, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 09/08/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 11.09.2006 p. 252RNDJ vol. 83 p. 95)
>
> Apelação. Acidente de veículo. Seguro. Exclusão da cobertura securitária em virtude de embriaguez do condutor do veículo segurado. Inocorrência. É insuficiente para a exclusão da cobertura securitária a mera alegação de embriaguez do condutor quando envolvido em acidente de veículo. A teor do art. 333, II, do CPC, é ônus da seguradora comprovar que a embriaguez do segurado causou direta ou indiretamente o acidente, isto é, o nexo da causalidade. Precedentes do STJ. Caso em que sequer a embriaguez foi suficientemente demonstrada. Sentença mantida. Apelo desprovido.333IICPC. (TJSP – Apelação Cível 59455020098260196 SP 0005945-50.2009.8.26.0196, Relator: Pereira Calças, Data de Julgamento: 16/11/2011, 29ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/11/2011)
>
> Acidente de.veículo - Repetição de/indébito -, Embriaguez -Seguradora que se recusa ao pagamento, sob alegação de agravamento do risco - Argumento afastado - Sentença de improcedência mantida. - O estado de embriaguez não pode ser alegado como causa de exclusão da cobertura securitária; embora o agravamento do risco possa excluir a cobertura, a embriaguez apenas é causa de exclusão se houver prova da relação causa/efeito entre embriaguez e acidente. O motorista embriagado deve sofrer as pesadas sanções administrativas e criminais previstas, não sendo porém automaticamente culpado por acidente, devendo sua culpa/ser demonstrada. - Recurso não provido, v.u. - (TJSP - Apelação Cível 992060384050 SP, Relator: Manoel Justino Bezerra Filho, Data de Julgamento: 01/03/2010, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/03/2010)

Dos lucros cessantes

O magistrado entendeu que não são devidos lucros cessantes pois das Condições Gerais do seguro contratado entre as partes, consta na cláusula excludente 4.17, que a seguradora não indenizará "lucros cessantes" (f. 124).

Entendo que tal cláusula dever ser declarada nula de pleno direito já que completamente abusiva, bem como, observando o caso concreto, os lucros cessantes cobrados são em razão da negativa da seguradora em pagar tal seguro a apelante.

Sabe-se que o dano material é a lesão concreta que afeta interesse relativo ao patrimônio do ofendido. Assim, a perda patrimonial decorrente de ato ilícito impõe a sua reparação pelo causador do dano.

Nesta esteira, traz-se à baila as lições de Carlos Roberto Gonçalves:

> Dano material é o que repercute no patrimônio do lesado. Patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Avalia-se o dano material tendo em vista a diminuição sofrida do patrimônio. O ressarcimento do dano material objetiva a recomposição do patrimônio lesado. Se possível, restaurando o statu quo ante, isto é, devolvendo a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se a compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária. (Responsabilidade Civil, São Paulo: Editora Saraiva, p.627-628)

Com efeito, a doutrina reconhece duas modalidades de danos materiais, quais seja, os danos emergentes e os lucros cessantes. Enquanto na primeira há o efetivo desfalque patrimonial suportado pela vítima, na segunda, o ofendido deixa de auferir o que objetivamente esperava. Mais uma vez, colaciona-se lição de Carlos Roberto Gonçalves:

> Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É por exemplo, o que o dono de veículo danificado por outrem desembolsa para conserta-lo. Representa pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ater depois. Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado. (Op. Cit., p. 629)

Desse modo, os danos materiais englobam os danos emergentes e os lucros cessantes, os quais, diante de sua natureza, impõem a produção de prova inequívoca de sua existência e de sua extensão.

No presente caso, embora esteja previsto na apólice de seguro, mais especificamente na cláusula 4.17, a exclusão dos lucros cessantes para segurados (f. 124), é certo que com base nos ditames do Código de Defesa do Consumidor, tal cláusula é abusiva, compreendidos os lucros cessantes na rubrica danos materiais.

Há que se observar, em casos tais, que os artigos 113 e 422 do Código Civil, bem como o art. 765 do Estatuto Civil, impõem aos contratantes em geral a obrigação de guardar a mais ampla boa-fé na contratação, mostrando-se incabível qualquer interpretação que objetive diminuir os direitos da parte adversa.

Não fosse isso, o contrato formalizado entre os litigantes caracteriza-se como contrato de adesão e como tal, por força do artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, suas cláusulas devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Deste modo, a seguradora Itaú Seguros S/A deve ser condenada ao pagamento de lucros cessantes.

Valor dos lucros cessantes

Afirma a apelante que tem direito a indenização por lucros cessantes, pois corresponde ao valor da diária do veículo sinistrado durante todo o período em que o mesmo ficou parado na oficina sem conserto, em virtude da recusa da seguradora em pagar pelo mesmo.

É incontroverso nos autos que o autor efetivamente utiliza o veículo sinistrado para locação. Da mesma forma, é sabido que os lucros cessantes são uma espécie de dano material, relativo ao que a parte provavelmente deixou de auferir em virtude do fato danoso, sendo, portanto indispensável prova da perda do ganho esperado.

No entender de Fischer:

> [...] não basta, pois, a simples possibilidade de realização do lucro, mas também não é indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas, e das circunstâncias especiais do caso concreto. (FISCHER, Hans Albrecht apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 630-631)

Não é por outra razão que a condenação a tal ônus deve sempre estar fundada em bases seguras e plausíveis, sendo necessário ao menos rastro de comprovação da probabilidade objetiva da percepção de tais lucros, de forma concreta e, não, da simples possibilidade de sua realização, de modo a não compreender ganhos imaginários ou fantásticos.

O autor declara que o preço da diária do veículo em questão custa R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), conforme contrato de locação anexado aos autos (f. 30), demonstrando estar dentro da realidade do mercado.

Além disso, juntou outros 05 (cinco) orçamentos onde contam que o valor da locação do automóvel em questão sairia no valor de: *1)* Fenix Rent a Car - R$ 480,00 (f. 47); *2)* Auto Locadora Rent a Car – R$ 520,00 (f. 48); *3)* Lider Automóveis Rent a Car R$ 550,00 (f. 49); *4)* Yes Aluguel de Carros – R$ 498,00 (f. 50); e, *5)* Alugue Brasil Aluguel de Carros - R$ 520,00 (f. 51).

Assim, os documentos anexados nos autos demonstram a efetiva perda do ganho esperado.

Dessa forma, deve ser considerado para fins de danos materiais o valor diário é de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais).

O período de paralisação do veículo ocorreu da data do acidente (dia 13/09/2009), até o dia do efetivo conserto do veículo (dia 04/05/2010).

A data do acidente está comprovado através do relatório de acidente de trânsito acostado às fls. 32/37 e o dia do conserto do veículo está comprovado através dos documentos de f. 231/235.

Tais valores devem ser calculados em liquidação de sentença.

Dos danos morais

É cediço que a negativa de pagamento de securitária não acarreta *"ipso facto"* danos de cunho extrapatrimonial, na medida em que este fato caracteriza descumprimento contratual, inadimplemento de obrigação, cujos efeitos são fundamentalmente as perdas e danos, consoante disposto no art. 389 do Código Civil.

Não se trata de dano *in re ipsa*, porquanto o inadimplemento contratual não enseja, automaticamente, o reconhecimento de danos morais.

É que não basta para a caracterização do dano extrapatrimonial a alegação de angústia. Para que o abalo moral adentre na proteção jurídica é necessário que se faça prova de acontecimento específico e de sua intensidade, a ponto de gerar um dano moral, bem como do nexo causal entre esse dano e a conduta

ilícita do agressor. Do contrário, estar-se-á indenizando, a título de dano moral, um mero aborrecimento, desvirtuando-se a evolução da responsabilidade civil e a idéia de dano moral. Tal desvirtuamento põe em risco o postulado da intervenção do direito como mantenedor da ordem social, tornando-o elemento embargador da realidade, situação que enseja insegurança jurídica nas relações sociais.

Dessa forma, para que a seguradora seja responsabilizada também por dano moral, exige-se a presença de circunstâncias particulares, com a demonstração por parte do autor de algum fato extremamente gravoso decorrente da conduta da seguradora que influísse na honra sua subjetiva.

Restando demonstrada a ausência de qualquer irregularidade, má-fé, ou excesso por parte da requerida, já que está limitou-se a negar o pagamento com base em disposição contratual, não há falar reparação por ato lesivo, falecendo a pretensão ao ressarcimento por danos morais.

Portanto, não há falar em danos morais, se a seguradora, supondo estar agindo na defesa dos seus direitos, recusa-se ao pagamento da indenização, causando à parte um mero aborrecimento.

Dos honorários advocatícios

Por derradeiro, considerando o resultado dos recursos interpostos, bem como o fato do autor ter decaído em parte mínima do pedido, entendo que o ônus sucumbencial deve ser alterado, condenando a Itaú Seguros S/A, ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Em relação à verba honorária, o § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, prevê:

> Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:
>
> 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.

Cediço que os honorários advocatícios devem ser arbitrados com moderação e justeza, mas sem caracterizar retribuição ínfima ou demasiada, de certa forma desestimulante e incompatível com a dignidade da profissão. Devem ser arbitrados com vistas ao caso concreto, de molde a que representem adequada remuneração ao trabalho profissional.

Nestes termos, considerando o trabalho desenvolvido pelo causídico que representa a parte autora, o tempo de tramitação do feito (distribuído em 2009), a importância e complexidade da causa, fixo os honorários advocatícios em 15% do valor atualizado da condenação.

Ex positis, dou parcial provimento ao recurso interposto por Fênix Rent a Car Ltda para condenar o apelado Itaú Seguros S/A ao pagamento de lucros cessantes, cujos valores devem ser calculados em liquidação de sentença.

Por fim, condeno a seguradora na integralidade do ônus da sucumbência em razão do autor ter decaído de parte mínima do pedido, e fixo os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação.

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. Marco André Nogueira Hanson.

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, 10 de abril de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.013993-7 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA - INICIAL INSTRUÍDA COM NOTA FISCAL SEM A ASSINATURA DO RECEBIMENTO DA MERCADORIA - AUSÊNCIA DE PROVA DO NEGÓCIO SUBJACENTE À EMISSÃO DAS NOTAS - ART. 333, I, CPC - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. A ação monitória é mecanismo processual de cobrança dotado de rito célere e cognição sumária, tendente à constituição de um título de crédito judicial a partir de uma dívida instrumentalizada em documento escrito. Não se olvide sobre a possibilidade de ajuizamento de monitória amparada em nota fiscal, mas desde que exista a mínima demonstração do vínculo entre as partes.

2. Caso dos autos em que o embargante comprovou através de testemunhas que não adquiriu os produtos cobrados na ação monitória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara 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, 5 de junho de 2012.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Execução interposto por **Navimix Suplementos Minerais e Rações Ltda** contra sentença proferida pelo Juiz da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da Ação Monitória movida contra **Jose Martins Rocha.**

Em síntese, alega que:

I – o magistrado *a quo* deixou de analisar outros aspectos do processo que revelam a existência do negócio jurídico entabulado entre as partes;

II – nos termos do art. 1.102-A do CPC, na ausência de assinatura de recebimento das mercadorias, pode ser comprovada a relação jurídica por outros meios, destacando que tal ocorreu nos autos, uma vez que embora o apelado tenha afirmado que não se deslocava à Campo Grande para comprar produtos pecuários, quando passou por problemas de saúde, buscou tratamento nesta Capital, o que gera a presunção de que adquiriu os produtos na loja local;

III – a testemunha ouvida pelo juízo é contraditória e faltou com a verdade, *"revelando ainda irresignação da depoente com a apelante, visto alegar essa ser credora de verbas comissionais jamais pagas"* (f. 234).

Por fim, que não pode ser condenado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios por ser beneficiário da gratuidade da Justiça.

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 - Execução interposto por **Navimix Suplementos Minerais e Rações Ltda** contra sentença proferida pelo Juiz da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da Ação Monitória movida contra **Jose Martins Rocha.**

A ação monitória é mecanismo processual de cobrança dotado de rito célere e cognição sumária, tendente à constituição de um título de crédito judicial a partir de uma dívida instrumentalizada em documento escrito.

A prova escrita hábil a instruir a ação monitória, portanto, é constituída por documento que apresente indícios da existência do débito e seja despido de eficácia executiva. O que incumbe ao autor é a demonstração de uma relação jurídica existente entre as partes, a qual é explicitada pela prova escrita.

Doutrina e jurisprudência reconhecem ser amplo o rol de provas escritas hábeis a fundar o pedido monitório, desde que o documento seja apto a conferir verossimilhança à dívida. E isso em razão dos efeitos drásticos do procedimento, haja vista que o julgador, tão somente com base em um juízo de verossimilhança, de probabilidade do direito de crédito invocado, expede mandado de injunção característico de ordem de pagamento, de modo que eventual negligência do réu já autoriza, de plano, o início de procedimentos expropriatórios, uma vez convolado o documento escrito em título executivo.

A apresentação, com a inicial, de documento escrito apto a conferir essa verossimilhança quanto à certeza do crédito, previamente dotado de exigibilidade e liquidez, configura *pressuposto objetivo intrínseco de validade do processo*, específico do procedimento monitório.

No caso em apreço, a nota fiscal de nº 28902, único documento a aparelhar a exordial, não contém assinatura do recebimento da mercadoria, o que autorizaria o julgador monocrático até mesmo a extinguir de plano o feito ante a ausência de verossimilhança.

Porém, o feito foi devidamente instruído, tendo sido ouvida testemunha às f. 205-206 que, ao contrário do que tenta fazer crer o apelante, não foi contraditória. Pelo contrário, a todo tempo afirmar pela inocorrência da relação jurídica em discussão nos autos, conforme se vê do seguinte trecho:

> JUIZ: Mas a senhora pode confirmar com toda certeza de que ele não comprou ou a senhora não tem conhecimento?
>
> DEPOENTE: Não. Não comprou. [...].

Ora, a apelante, ao extrair pequenos trechos do depoimento, tenta induzir a erro o julgador, beirando, sua atitude, à litigância de má-fé. Aliás, tal também se evidencia na absurda colocação de que o apelado estaria faltando com a verdade em razão de ter se submetido à tratamento de saúde nesta Capital, enquanto afirmava que não realizava compras de produtos agropecuários em Campo Grande por ficar distante de sua propriedade.

Ademais, como bem sinalizado pelo magistrado *a quo,* "*a testemunha não foi contraditada pela EMBARGADA quando do momento oportuno e que não há provas de ela teria direitos creditórios em face da demandada, muito menos a título de comissão pela compra e venda descrita na nota fiscal em foco, capazes de lhe direcionar falsamente o testemunho.*

Assim, *"não se verificando nenhuma hipótese de suspeição ou impedimento a afastar a credibilidade da testemunha em comento, há de se dar valor as suas alegações, que, como já dito, reforçam a conclusão de que o negócio em questão jamais aconteceu*".

Ora, não se olvide sobre a possibilidade de ajuizamento de monitória amparada em nota fiscal, mas desde que exista a mínima demonstração do vínculo entre as partes. Veja-se, nesse sentido, precedente do E. STJ:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. INSTRUÇÃO DA INICIAL COM NOTAS FISCAIS E COMPROVANTES DE ENTREGA ASSINADOS. ADMISSIBILIDADE. COGNIÇÃO PLENA COM O OFERECIMENTO DOS EMBARGOS.
>
> - A nota fiscal, acompanhada do respectivo comprovante de entrega e recebimento da mercadoria ou do serviço, devidamente assinado pelo adquirente, pode servir de prova escrita para aparelhar a ação monitória.
>
> - O processo monitório possibilita a cognição plena, desde que sejam oferecidos embargos.
>
> Recurso especial conhecido e provido. (REsp 778.852/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 04/09/2006, p. 269)

Calha a citação de trecho do referido julgado, pois pertinente à presente controvérsia:

> Ainda que o art. 1.102, do CPC não conceitue o que seja "prova escrita", não há dúvida de que tal é qualquer documento escrito sem eficácia executiva, que reúna os atributos de autenticidade e eficácia probatória de dívida líquida e certa, seja merecedor de fé pelo Juízo, mas desprovido de certeza absoluta. Nesse sentido, pode-se citar José Rogério Cruz e Tucci (Ação monitória: lei 9.079, de 14.07.1995, 2.ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 41), J. E. Carreira Alvim (Procedimento monitório, Curitiba: Juruá, 1995, pp. 70/71) e Nelson Nery Jr. (Atualidades sobre o processo civil, 2.ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 227).
>
> Colocada a questão nesse contexto, a nota fiscal é um documento particular – uma vez que é emitida por comerciantes –, e, como tal, presume-se verdadeira em relação ao seu emitente, nos termos do art. 368 do CPC; vale dizer, a nota fiscal comprova, em relação ao emitente, a existência de um ato comercial (compra e venda de mercadorias ou prestação de serviços). Por sua vez, quando o adquirente assina o comprovante de entrega da mercadoria ou de prestação do serviço – que geralmente é feito na forma de canhoto destacável de uma das vias da própria nota fiscal –, forma-se, de maneira inquestionável, o convencimento quanto à existência de uma relação comercial entre comerciante-credor e adquirente-devedor, pela qual o primeiro possui um crédito a receber do segundo.

> Portanto, o conjunto documental formado pela nota fiscal e o respectivo comprovante de entrega devidamente assinado serve como prova escrita apta a amparar o processo monitório. Mesma opinião tem Humberto Theodoro Júnior, ao tratar desse instituto, afirmando que: "Não é imprescindível, portanto, que o documento esteja assinado, podendo mesmo ser acolhido o que provém de terceiro ou daqueles registros, como os do comerciante ou dos assentos domésticos que não costumam ser assinados, mas aos quais se reconhece natural força probante (CPC, art. 371, n. III). Pouco importará, outrossim, que o documento escrito não contenha a firma do devedor, se, por outro documento se obtém a certeza de que este o reconheceu como representativo de sua obrigação. O conjunto documental pode, dessa forma, gerar a convicção do juiz sobre o direito do credor, mesmo quando cada um dos escritos exibidos não seja, isoladamente, capaz de comprová-lo. (Curso de Direito Processual Civil. 13.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 381). (grifos acrescidos)

Portanto, ausente demonstração da existência do negócio subjacente que deu origem à presente cobrança (art. 333, I, CPC), a pretensão da autora não merece prosperar.

Por fim, quanto à alegação de que não pode ser condenado nos ônus da sucumbência por ser beneficiário da gratuidade da Justiça, melhor sorte não assiste ao recorrente.

Isso porque o benefício não impede a sua condenação, mas tão somente obsta a sua cobrança, conforme se vê:

> Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

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. Marco André Nogueira Hanson.

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, 5 de junho de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2008.012833-3 - Campo Grande
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DECLARATÓRIA DE NULIDADE DA COMPRA E VENDA POR SIMULAÇÃO E INDENIZATÓRIA – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDICAM A SIMULAÇÃO NA VENDA DE IMÓVEL URBANO – AFASTADA – RECURSOS IMPROVIDOS.

É certo que a relação negocial se rege pela força obrigatória dos contratos conhecida como *pacta sunt servanda*. Não menos certo que há certos fatos fenomênicos que não podem estar presentes sob pena de nulidade da relação negocial, justamente porque pressupõe que a manifestação de vontade não foi livre e consciente e isso ocorre com a simulação onde a alienação de imóvel por preço vil e mediante procuração outorgada por pessoa acamada pressupõe sua existência pelo que ordinariamente acontece do art. 335 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL – DECLARATÓRIA DE NULIDADE DA COMPRA E VENDA POR SIMULAÇÃO E INDENIZATÓRIA – PERDAS E DANOS PELA NÃO LOCAÇÃO DO IMÓVEL ALIENADO EM SIMULAÇÃO – AFASTADA – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO.

É certo que a declaratória de nulidade por simulação tem efeitos retroativos (*ex tunc*) onde as partes devem ser retomadas os mesmo estado que se encontravam quando do ato nulo (*stato quo ante*). No entanto, o pedido de indenização por lucros cessantes pelo período que o imóvel alienado com simulação ficou na propriedade de terceiro não deve ser acolhido se há elementos nos autos que indicam que este imóvel, quando deste período se encontrava inabitável por precariedade de suas dependências, o que revela a impossibilidade física de sua locação.

Sendo fixado valor de verba honorária em valor razoável e proporcional não merece acolhimento da pretensão recursal para sua majoração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento aos recursos.

Campo Grande, 15 de maio de 2012.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Espólio de Maria Arantes de Oliveira e outro e Gervásio Alves de Oliveira Júnior e Rodrigo Dias Coelho de Oliveira irresignados com a decisão do juízo da 8ª Vara Cível da Capital que na ação declaratória proposta por Espólio de Maria Arantes de Oliveira e outro em face de Gervásio Alves de Oliveira Júnior e Rodrigo Dias Coelho de Oliveira à f. 396/404 julgou parcialmente procedente o pedido para declarar nula a compra e venda instrumentalizada na escritura pública de f. 54 e de todos os registros na matricula 50.069 da 1ª Circunscrição Imobiliária da Capital, apelam a este Tribunal.

Espólio de Maria Arantes de Oliveira e outro trazem como pretensão recursal à f. 414/446:

> I – Reforma para condenar os requeridos ao pagamento das perdas e danos pela indevida ocupação do imóvel a partir da lavratura da escritura pública em 23/02/2005 quando houve a transmissão do imóvel ao comprador; II – majoração da verba honorária no percentual mínimo de 10% e máximo de 20% sobre o valor da causa.

Gervásio Alves de Oliveira Júnior traz como pretensão recursal à f. 453/464:

> I – Reforma para julgar improcedente os pedidos feitos na exordial pela inexistência de simulação na compra e venda do caso posto à apreciação.

Rodrigo Dias Coelho de Oliveira traz como pretensão recursal à f. 474/488:

> I – Reforma para julgar improcedente os pedidos feitos na exordial pela inexistência de simulação na compra e venda do caso posto à apreciação.

Os recorridos devidamente intimados à f. 492 e f. 535-verso apresentaram contrarrazões à f. 495/527 e f. 539/546 manifestando cada qual pelo improvimento do recurso da outra parte.

VOTO (EM 6.3.2012)

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Espólio de Maria Arantes de Oliveira e outro e Gervásio Alves de Oliveira Júnior e Rodrigo Dias Coelho de Oliveira irresignados com a decisão do juízo da 8ª Vara Cível da Capital que na ação declaratória proposta por Espólio de Maria Arantes de Oliveira e outro em face de Gervásio Alves de Oliveira Júnior e Rodrigo Dias Coelho de Oliveira à f. 396/404 julgou parcialmente procedente o pedido para declarar nula a compra e venda instrumentalizada na escritura pública de f. 54 e de todos os registros na matricula 50.069 da 1ª Circunscrição Imobiliária da Capital, apelam a este Tribunal.

Houve recurso pela parte autora (Espólio de Maria Arantes de Oliveira e outro - f. 414/446) e por ambos os requeridos (Gervásio Alves de Oliveira Júnior - f. 453/464 e Rodrigo Dias Coelho de Oliveira - f. 474/488).

Por questão de prejudicialidade uma vez que a autora pede a condenação no pedido de perdas e danos enquanto os requeridos pedem a improcedência dos pedidos serão analisados os recursos da parte passiva.

Ambos os recursos da parte passiva trazem a mesma pretensão, vale dizer, a improcedência dos pedidos e, portanto, serão analisados em conjunto.

Vejamos.

Gervásio Alves de Oliveira Júnior traz como pretensão recursal à f. 453/464:

> I – Reforma para julgar improcedente os pedidos feitos na exordial pela inexistência de simulação na compra e venda do caso posto à apreciação.

Rodrigo Dias Coelho de Oliveira traz como pretensão recursal à f. 474/488:

> I – Reforma para julgar improcedente os pedidos feitos na exordial pela inexistência de simulação na compra e venda do caso posto à apreciação.

Pois bem, o que se infere do caso posto á apreciação é que a falecida Maria Arantes de Oliveira pouco antes de falecer em 27.02.2005 outorgou procuração por instrumento público para a terceira pessoa (João de Oliveira Rodi) com permissão para alienar ao segundo requerido (Rodrigo Dias Coelho de Oliveira) um imóvel residencial. Que Rodrigo Dias Coelho de Oliveira é neto da falecida.

Entende a autora, ora espólio de Maria Arantes de Oliveira que a compra e venda é nula por simulação em razão do preço vil da relação negocial, bem como, que a procuração não tinha poderes para tal compra e venda.

O magistrado julgou parcialmente o pedido para declarar nula a compra e venda instrumentalizada na escritura pública de f. 54 e de todos os registros na matricula 50.069 da 1ª Circunscrição Imobiliária da Capital.

Cabe então para a solução jurídica que a situação reclama da análise de ambos os recursos dos requeridos no sentido se houve ou não a tal simulação alegada e acolhida pelo magistrado de primeiro grau.

Tenho que sim.

Explica-se.

É certo que houve procuração outorgando poderes para alienação do imóvel e que este acabou sendo alvo de compra e venda pelo valor de R$ 70.000,00 (setenta mil reais).

Esta força obrigatória vai ser reconhecida pelo direito e vai se impor frente à tutela jurisdicional. Trata-se daquilo denominado de *Pacta sunt servanda*.

Na lição de Arnaldo Rizzardo (Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24):

> Os contratos devem ser cumpridos pela mesma razão que alei deve ser estabelecida. O acordo de vontades, logo depois de declaradas, tem o valor de lei entre os estipulantes, e impõe os mesmos preceitos coativos que esta contem.

No mesmo sentido a doutrina de Jefferson Daibert (Dos contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 16):

> A segurança que advém da força coercitiva da lei possibilita e facilita o progresso. Desta forma, feito o contrato, é lei entre as partes e só poderá ser desfeito pelo acordo das partes; pela sua extinção na forma prevista em seu conteúdo; pela extinção da obrigação nas formas legais ou por força de lei.

No entanto, apesar do *pacta sunt servanda* não significa que ela por si só seja suficiente para se manter uma relação negocial, porque para que ela se forma o sistema jurídico impõe requisitos, bem como, que presente não se faça alguns institutos e dentre eles se encontra a simulação, já que ele padece de manifestação de vontade livre e consciente.

Tanto que a simulação vem descrita no art. 167 do CC/2002:

> Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

> § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:
>
> II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

Neste caso, é claro que a prova da simulação é por demais difícil porque trata-se de elemento subjetivo e, portanto, intangível. Contudo, ele se extrai de elementos e elementos estes que para o caso posto à apreciação consiste no *valor do imóvel vendido*.

Isso porque, ele foi alienado, segundos elementos dos autos (declarações, laudos e valor venal perante a municipalidade) pelo valor de R$ 70.000,00 sendo que este valor corresponde ao valor do terreno da região e ali se encontra um sobrado edificado. Este fato por si só e pelo que ordinariamente acontece do art. 335 do CPC é elementos a indicar a simulação e não deve ser aceita a alegação dos requeridos de que o imóvel se encontra em péssima habitabilidade, porque ainda que assim o fosse, não é crível que um sobrado seja vendido pelo valor do terreno "*nu*".

O preço abaixo ao de mercado é elemento aceito pela jurisprudência para efetivar a anulação da relação negocial.

Veja acórdão do STJ:

> A anulação de venda direta de ascendente a descendente sem o consentimento dos demais descendentes necessita da comprovação de que houve, no ato, simulação com o objetivo de dissimular doação ou pagamento de preço abaixo do preço de mercado (REsp 476.557/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2003, DJ 22/03/2004, p. 294)

Não bastasse o preço vil da relação negocial, a falecida outorgou procuração quando se encontrava adoentada, tanto que veio a falecer cinco dias após.

É que claro que este fato não é suficiente para a anulação por simulação, mas é elementos que se corrobora com o preço vil.

Por fim, deve ser afastada a alegação contida no recurso de apelação, mais precisamente à f. 460 de que se o valor foi mesquinho seria caso de carência de ação e não de pedido de anulabilidade por simulação, uma vez que este fato não se enquadra nos institutos das condições da ação do art. 3º c.c. art. 6º c.c. inciso VI do art. 267, todos do CPC.

O valor irrisório não compõe a impossibilidade jurídica nem o interesse processual e muito menos a ilegitimidade. Trata-se de questão meritória e não de condições da ação.

Desta feita e forte nestas premissas nego provimento ao recurso interposto pelos requeridos (Gervásio Alves de Oliveira Júnior - f. 453/464 e Rodrigo Dias Coelho de Oliveira - f. 474/488).

Passo ao recurso interposto pela autora, Espólio de Maria Arantes de Oliveira e outro.

Vejamos.

Espólio de Maria Arantes de Oliveira e outro trazem como pretensão recursal à f. 414/446:

> I – Reforma para condenar os requeridos ao pagamento das perdas e danos pela indevida ocupação do imóvel a partir da lavratura da escritura pública em 23/02/2005 quando houve a transmissão do imóvel ao comprador; II – majoração da verba honorária no percentual mínimo de 10% e máximo de 20% sobre o valor da causa.

A questão posta à apreciação nesta via recursal pela autora reside na condenação por perdas e danos pelo período que ficou sem o imóvel e período este que deixou de lucrar mediante contrato de locação imobiliária.

Tenho que o pedido não deve ser provido.

Não deve ser provido porque pelos elementos dos autos ele se encontra em situação que impedia sua locação. Portanto, o estado físico do imóvel impedia sua locação e não foi trazida provas a respeito desta possibilidade pela autora.

Ocorre que o ônus da prova da referida perda financeira pela não locação do imóvel era da autora.

Veja-se o disposto no artigo 333 do CPC:

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

Anote-se e repita-se que a apelante nada provou sobre estes fatos. Apenas se limitou a alegar. Se não cumpriu o ônus da prova, então, impossível acolher sua pretensão.

Pela Lição de Humberto Theodoro Júnior:

> No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados 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 (Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, 18ª ed., Forense, p. 421)

Veja por Cândido Rangel Dinamarco:

> 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 (Teoria Geral do Processo. 7 ed. São Paulo: RT, 1990, p. 312).

Desta feita o pedido de indenização pela não locação não pode ser acolhido porque não há provas de que o mesmo estivesse pronto para tal fim.

Registre-se apenas que a alegação na inabitabilidade do imóvel não é contraditória com a tese que acolheu a simulação, porque foi dito que ainda que ele estive em situação precária de habitabilidade se mostra vil a venda de um sobrado pelo preço da terra "*nua*", apesar de sua precariedade, repita-se.

Em relação ao pedido de majoração da verba honorária ele não deve ser acolhido porque fixado em valor razoável e proporcional, o que não justifica a sua majoração.

Isto posto e demais que dos autos consta nego provimento aos recursos.

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DA REVISORA (DESª TÂNIA) E FÉRIAS DO RELATOR (DES. JOÃO BATISTA), APÓS TER NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 10.4.2012)

A Srª Desª Tânia Garcia de Freitas Borges (Revisora)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a discussão travada neste recurso.

Após uma análise pormenorizada dos autos, verifico que o voto proferido pelo i. Relator deve prevalecer.

Isso porque, examinando a matéria posta em discussão, restou configurado nos autos vício do negócio jurídico resultante de simulação, eis que o imóvel residencial em questão foi alienado pelo procurador da falecida vendedora, a preço vil, em completo desacordo com o valor venal e de mercado.

A propósito, como bem ressaltou o magistrado *a quo*:

> Isto porque restou patente nos autos que o imóvel, alienado à época por R$ 70.000,00, valeria muito mais que isto, eis que este valor era equivalente ao do terreno vazio quando do contrato.
>
> Vários aspectos indicam tal circunstância: as diversas avaliações colacionadas, os testemunhos colhidos em audiência, as ofertas de imóveis similares na mesma imediação e, ainda, o próprio valor indicado pela municipalidade para a tributação do bem constante da própria escritura (R$ 183.898,12 – fls.54 verso).
>
> É fato público e notório que, no mais das vezes, o valor do imóvel indicado pela prefeitura para fins de tributação é inferior ao do próprio bem (fato este objeto de prova oral nos autos, inclusive).
>
> No caso em testilha, o valor tributável era superior em aproximadamente duas vezes e meia o valor do contrato, não sendo crível que tal passasse desapercebido pelos contratantes.
>
> Nem se diga, outrossim, que o estado de conservação do imóvel tivesse depreciado seu valor para cerca de 1/3 do valor real do bem, eis que não se tratava de ruína, mas sim de edificação necessitando de reparos.
>
> Saliente-se novamente, que o valor atribuído ao negócio era, aproximadamente, o valor do terreno apenas, desconsiderando qualquer edificação neste, o que leva a crer que houve, realmente, sub-avaliação deste para a contratação.
>
> Resta-nos, assim, analisar se o valor do negócio, em sendo ínfimo ou vil perto do preço real do bem, pode caracterizar a simulação levantada na inicial (art. 167, 1º, inc. II do Código Civil).
>
> Primeiramente, há de se definir em que consiste a simulação.

Trata-se de vício do negócio jurídico, que atua diretamente sobre seu objeto, de forma a dar legitimidade a negócio não declarado, ou a dar aparência de legitimidade a negócio em detrimento de terceiro.

Exige-se, assim, o consenso entre as partes constantes do negócio, que nele apõe elemento sabidamente inverídico (no caso em tela).

Voltemos ao dispositivo legal, cuja redação é a seguinte:

§1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeiras".

A leitura do dispositivo legal leva à conclusão de que, em sendo o preço do negócio tido como vil, eis que em muito inferior ao real valor do bem, há ele de ser declarado simulado.

Saliente-se que, ao contrário do que faz crer a leitura das peças defensivas, o preço é elemento essencial do negócio em tela, eis que a compra e venda se resume em preço, coisa e concordância (res, pretius et consensus).

Desta forma, a aposição de preço que não poderia ser tido como válido (eis que ínfimo), demonstra alteração (simulação) de elemento essencial do contrato, eis que sem acordo quanto ao preço, não há compra e venda válida.

A hipótese aventada é, inclusive, um dos exemplos clássicos de simulação arrolados pela doutrina:

"ensina-nos Sílvio de Salvo Venosa que são indícios reveladores de simulação: o preço vil dado em pagamento para coisa valiosa;(Maria Helena Diniz, Teoria Geral do Direito Civil, 15ª ed. 1999, p. 331/312)"

Desta forma, em se considerando que o valor atribuído ao negócio foi de R$ 70000,00 (setenta mil reais), e que há nos autos provas e indícios suficientes de que valeria ao menos três vezes mais que isto, não há como se ter como válido o contrato neste aspecto, restando evidenciada a simulação, que não poderá atingir os direitos de terceiro prejudicado, que pode anular o negócio tal qual pretende o REQUERENTE.

Ressalte-se que, em havendo simulação quanto ao valor da venda, esta é apenas aparência de negócio, que no caso em tela visa ocultar benefício auferido pelo procurador que atuou no negócio, em detrimento direto dos demais herdeiros.

De outra feita, em relação ao recurso da autora, ora Espólio de Maria Arantes de Oliveira, pelos elementos dos autos, concluo que o imóvel à época da alienação, não se encontrava em condições de locação, devido a sua situação precária de habitabilidade, logo não estaria gerando os aluguéis pretendidos, razão pela qual não há que se falar em perdas e danos.

Destarte, acompanho as razões delineadas pelo i. Relator, no sentido de negar provimento aos presentes recursos, mantendo-se incólume a sentença combatida.

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL (DES. JULIZAR) E FÉRIAS DO MESMO, APÓS O RELATOR E A REVISORA TEREM NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS.

VOTO (EM 15.5.2012)

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Vogal)

Estão em julgamento *apelações* interpostas pelo Espólio de Maria Arantes de Oliveira e Hermenegildo Vieira da Silva (advogado), e Gervásio Alves de Oliveira Júnior e Rodrigo Dias Coelho de Oliveira contra sentença que, na *ação declaratória de nulidade de ato jurídico* movida pelos primeiros em face dos segundos, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar nula a compra e venda instrumentalizada na escritura pública de f. 54, bem como todos os registros na matrícula 50.069 que dela decorreram.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão da simulação e estou convencido de que deve ser mantida a sentença que anulou a escritura pública de venda e compra.

Conforme bem salientaram o magistrado de primeiro grau e o il. Relator, tanto a doutrina quanto a jurisprudência aceitam o preço baixo como elemento caracterizador da simulação.

Na hipótese, resta incontroverso que o montante da venda do imóvel demandado à época (23/02/2005) em R$ 70.000,00 (f. 54) estava muito abaixo de seu valor real, pois correspondia em média a 30% do mercado.

De efeito, o *quantum* atribuído ao bem pela Prefeitura Municipal de Campo Grande e que consta na escritura pública de f. 54 foi de R$ 183.898,12, sendo que pelos laudos de avaliação realizados no mês de agosto/2005 pela CAP (consultoria, arquitetura, planejamento), PRISMA e pelos corretores de imóveis José Tadeu de Boeira (Creci 3135) e Abimael Domingos de Amorim (Creci 1774) varia de R$ 220.000,00 a R$ 235.590,10 (f. 61-8).

Nem se diga que o valor de venda se deu em razão das condições que se encontrava o imóvel, pois aqueles laudos indicam que apenas o preço do lote era de R$ 77.000,00 (f. 65 e 67), ou seja, superior ao da negociação.

É certo que a foto de f. 63 revela que o bem realmente necessitava de reformas, situação que poderia justificar uma redução no preço, mas não em quase 70% do previsto no mercado. Ademais, as pessoas envolvidas no negócio são esclarecidas e tinham pleno conhecimento do valor real do bem, pois o representante da alienante (Rodrigo) é Corretor de Imóveis (f. 82) e o comprador, advogado.

Além disso, os elementos dos autos dão conta que a venda realizada por Rodrigo, cinco dias antes da morte da inventariada Maria Arantes de Oliveira (sua avó), que ficou internada no Proncor de 09/02/05 a 27/02/05 quando veio a óbito aos 92 anos de idade, tinha o nítido objetivo de prejudicar os demais herdeiros (Aryana Villa Maior Coelho de Oliveira e Ary Coelho de Oliveira – irmãos por parte de pai).

Apesar de o negócio ter sido realizado por procuração outorgada pela *de cujus* em 31/07/98 (f. 106), vislumbra-se que esse ato negocial não mais se revelava consentâneo com sua vontade, tanto que no testamento lavrado em 05/07/2000 (f. 109) deixou 50% do imóvel para o recorrente Rodrigo, nada justificando sua venda quando a proprietária estava à beira da morte.

Assim, inexistente qualquer circunstância que permita modificar sua conclusão, também acompanho o entendimento do il. Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

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, 15 de maio de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2008.015456-5 - Campo Grande
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. INDENIZATÓRIA – AFASTADO POR AUSÊNCIA DE CULPA – RECURSO IMPROVIDO.

Se houve a emissão de cheques por terceiro (estelionatário) a empresa que recebeu os cheques falsificados e os protestou diante da insuficiência de fundos não age com culpa a justificar a condenação por dano moral pela teoria do ato ilícito (art. 186 c.c. art. 927, ambos do Código Civil), até porque, se encontra no exercício regular de um direito a excluir a ilicitude de sua conduta (art. 188 do Código Civil).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, rejeitar a preliminar; no mérito, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de maio de 2012.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Joel Paulino da Rocha irresignado com a decisão do juízo da 5ª Vara Cível de Campo Grande que na ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos morais proposta pelo apelante e que à f. 181/187 julgou improcedente o pedido, apela a este Tribunal.

Joel Paulino da Rocha traz como pretensão recursal à f. 196/210:

> I – Reforma para julgar procedente o pedido da inicial consistente na declaração de inexistência do débito sub-judice e condenando a requerida em indenização por danos morais.

O recorrido devidamente intimado à f. 212-verso apresentou contrarrazões à f. 239/250 manifestando pelo improvimento.

VOTO (EM 6.3.2012)

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Joel Paulino da Rocha irresignado com a decisão do juízo da 5ª Vara Cível de Campo Grande que na ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos morais proposta pelo apelante e que à f. 181/187 julgou improcedente o pedido, apela a este Tribunal.

Joel Paulino da Rocha traz como pretensão recursal à f. 196/210:

> Reforma para julgar procedente o pedido da inicial consistente na declaração de inexistência do débito sub-judice e condenando a requerida em indenização por danos morais.

O que se infere do caso posto à apreciação é que o autor teve seu nome protestado em razão de inadimplemento de cheques e que tais títulos foram emitidos por estelionatário (terceira pessoa) que comprou mercadorias em nome dos autos perante o estabelecimento requerido. O magistrado entendeu pela improcedência do pedido em razão de não haver conduta do requerido, mas sim, de terceira pessoa. Entendeu que o mesmo se encontrava em exercício regular de um direito.

Com o devido respeito, tenho que a decisão não deve ser definitiva (improcedência), mas, sim, terminativa (sem julgamento de mérito) em razão da ilegitimidade passiva.

Explica-se.

Veja que em toda petição inicial há exigência de indicação de qual direito material supostamente violado. Isso porque é requisito de toda inicial que contenha a causa de pedir próxima (inciso III do art. 282 do CPC). Essa exigência tem relevância processual por indica a legitimidade processual.

O que se está a dizer é que a legitimidade de direito material (legitimidade *ad causam*) revela, em regra, a legitimidade de estar em juízo.

Como bem disse o Juiz do Tribunal de Alçada do Paraná, Mendes da Silva (Apelação Cível nº 126876600): "*Apura-se a legitimidade ad causam levando-se em conta a relação jurídica de direito material subjacente*".

Por isso que se diz que legitimidade processual (ou de agir) é o "a*specto subjetivo da relação jurídica controvertida*".

Veja-se a respeito da legitimidade processual:

> A legitimidade *ad causam* decorre de uma simetria que deve haver entre os titulares da relação jurídica de direito material subjacente à demanda e da relação jurídica de direito processual. Assim, porque A e B celebraram um contrato é que tem legitimidade para estar em juízo, discutindo a respeito da validade desse contrato (Luiz Rodrigues Wambier. Curso avançado de processo civil. Volume I. Processo de conhecimento. São Paulo: Saraiva; p. 222)

> Assim, em princípio, é titular da ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pede (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente - legitimidade passiva (Antônio Carlos de Araújo Cintra. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros. 15ª edição; p. 258)

> Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual coincidente com a situação legitimadora perante o objeto litigioso (toda legitimidade baseia-se em regras de direito material […] afere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida (Fredie Didier Júnior. Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador. Podivm, 2007, p. 166)

> como regra, o pedido de tutela jurisdicional só pode ser formulado por quem se afirme titular do direito litigioso. Apenas o suposto integrante da relação jurídica substancial está autorizado a pleitear em juízo a satisfação de algum interesse por ela regulado. Somente ele é parte legitima (José Roberto dos Santos Bedaque. Código de processo civil interpretado. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 20).
>
> Tanto no processo de conhecimento quanto no processo de execução, parte legitima é aquela que está autorizada por uma determinada situação legitimante estabelecida no direito material ou no próprio direito processual (Paulo Henrique Locon. Código de processo civil interpretado. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2317, nota n. 12)

Forte nestas premissas que tenho pela ilegitimidade passiva, porque o requerido não participou do direito material e sequer teve responsabilidade sobre ele. Até porque, as pessoas do direito material que devem responder pela inexistência de débito e por suposta indenização são outras e não o requerido.

Ante o exposto, de ofício, extingo o processo sem resolução de mérito por ilegitimidade passiva e mantenho a aplicação da verba de sucumbência pela aplicação da teoria da causalidade.

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO PARA A SESSÃO DE 10/04/2012 EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DA REVISORA (DESª TÂNIA GARCIA DE FREITAS BORGES) E FÉRIAS DO RELATOR (DES. JOÃO BATISTA DA COSTA MARQUES DE 12 A 31/03/2012), APÓS TER DADO PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 10.4.2012)

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Revisora)

Pedi vistas dos autos para melhor compreensão da controvérsia aviada no presente recurso.

Trata-se recurso de apelação cível interposto por *Joel Paulino da Rocha* contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da *Ação Declaratória de Inexistência de Débito c/c Indenização por Danos Morais,* ajuizada em face de *Transpetro – Transporte e Comércio de Combustíveis Ltda.*

Em síntese, sustenta o apelante que a decisão de primeiro grau deve ser reformada pelos seguintes fundamentos: I- a inscrição indevida do nome do consumidor em cadastros de restrição ao crédito configura, por si só, ato ilícito a ensejar a responsabilidade civil; II- jamais manteve qualquer relação comercial com a recorrida; III- jamais solicitou a confecção de qualquer talonário de cheques; IV- se não possuía cheques em seu nome e a inscrição ocorreu pelo inadimplemento de cártulas pertencentes a ele, resta evidente que a apelada não procedeu com a devida identificação do cliente com o qual realizou a transação comercial; V- o fato de terceiros solicitarem junto a uma agência bancária a abertura de conta-corrente e, posteriormente, emitirem em nome do apelante títulos de crédito não exime a empresa apelada da responsabilidade civil pela relação comercial estabelecida indevidamente, devendo assumir os riscos do empreendimento; VI- inexiste qualquer prova nos autos de que a instituição bancária tenha quitado a dívida junto à empresa apelada, sendo de suma importância que seja declarada a inexigibilidade do débito em juízo.

Ao final, requereu provimento ao recurso para o fim de declarar inexistente todos os débitos *sub judice*, e ainda condenar a recorrida ao pagamento de indenização por danos morais em valor a ser definido por este Tribunal, corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora desde a data do evento danoso.

Feitas essas considerações, indispensáveis à análise da questão posta em apreciação, peço vênia para divergir do i. Relator, pois entendo que a empresa apelada Transpetro – Transporte e Comércio de Combustíveis Ltda é parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação.

Isso porque vigora em nosso ordenamento jurídico a teoria abstrata da ação, segundo a qual o processo é diferente do bem da vida perseguido em juízo, ou seja, o direito de ação será exercido independentemente do resultado obtido no julgamento.

Não obstante a isso, para que o processo autorize um provimento jurisdicional de mérito, está condicionado à existência de uma relação jurídica de direito material entre as partes, o que equivale à legitimidade *ad causam*.

Segundo Humberto Theodoro Junior *"legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste a pretensão"*.[1]

Assim, para figurar como parte legítima de uma demanda, basta estar envolvido no conflito de interesses objeto da lide.

Nesse passo, haverá legitimidade passiva do réu quando este for a pessoa indicada, em caso de procedência da ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença.

No caso dos autos, restou confirmado que a empresa apelada fora a responsável pelo protesto do nome do autor, conforme se nota da Certidão de Protesto de fl. 14, emitida pelo 4º Serviço Notarial da Comarca de Cuiabá, que culminou nos apontamentos em cadastro de inadimplentes de fl. 15, de forma que é facultado ao autor insurgir-se contra a mesma.

Aliás, esta Turma já decidiu nesse sentido:

> APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA C.C. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – CESSÃO DE CRÉDITO – INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃOS RESTRITIVOS DE CRÉDITO – CONDENAÇÃO MAJORADA – RECURSO DA REQUERENTE PARCIALMENTE PROVIDO E DA EMPRESA REQUERIDA NÃO PROVIDO.
>
> Não há que se falar em ilegitimidade passiva se foi a própria apelante quem inseriu o nome da apelada no cadastro de inadimplentes.
>
> A inscrição indevida do nome do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito por dívida inexistente enseja indenização por danos morais, sendo despicienda a prova do prejuízo.
>
> A indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que se constitua em enriquecimento sem causa para a ofendida e nem insuficiente para amenizar a dor sofrida. (TJMS; Segunda Turma Cível; Apelação Cível n. 2011.014881-6/0000-00; Rel. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade; j. 02.08.2011 - grifei).

Por tais razões, tenho por certo que a empresa apelada é parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda, razão pela qual divirjo do i. Relator nesse ponto.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Vogal)

1 Curso de Direito Processual Civil, Vol. I., 39ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 54.

De acordo com a revisora no sentido de afastar a extinção do processo, desacolhendo a preliminar, o qual deverá ser analisado o mérito.

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO PARA A SESSÃO DE 15/05/2012, APÓS, POR MAIORIA, A REVISORA E O VOGAL TEREM AFASTADO A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM ANÁLISE DE MÉRITO.

VOTO (EM 29.5.2012)

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Joel Paulino da Rocha irresignado com a decisão do juízo da 5 Vara Cível de Campo Grande que na ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos morais proposta pelo apelante e que à f.181/187 julgou improcedente o pedido, apela a este Tribunal.

Joel Paulino da Rocha traz como pretensão recursal à f. 196/210:

Reforma para julgar procedente o pedido da inicialconsistente na declaração de inexistência do débito sub-judice e condenando a requerida em indenização por danos morais.

O que se infere do caso posto à apreciação é que o autor teve seu nome protestado em razão de inadimplemento de cheques e que tais título foram emitidos por estelionatário (terceira pessoa) que comprou mercadorias em nome do autor perante o estabelecimento requerido.

O magistrado entendeu pela improcedência do pedido em razão de não haver conduta do requerido, mas sim, de terceira pessoa. Entendeu que o mesmo se encontrava em exercício regular de um direito.

Entendi inicialmente que o caso seria de ilegitimidade passiva, mas que fui voto vencido e, portanto, retorno o julgamento para a questão meritória da questão posto à apreciação.

Pois bem, o fundamento jurídico (causa de pedir próxima) do caso vertente encontra sua guarita na teoria do ato ilícito, mais precisamente no artigo 186 do novo Código Civil já que pede indenização por protesto de título de crédito não emitido por ele, mas sim, por estelionatário.

A existência do ato ilícito requer o preenchimento de quatro requisitos. Requisitos estes que estão bem delineados no artigo 159 do antigo Código Civil e artigo 186 do novo Código. No dizer de Ricardo Fiúza (Novo Código Civil Comentado. Editora Saraiva. P edição; p. 184):

> [...] para que se configure o ato ilicito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorr.ência de um dano patrimonial ou moral; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente .

Explícita encontra-se na lei, art. 927 c.c. 186, ambos do Código Civil, a obrigação de indenizar quando causar ato ilícito a outrem.

Veja-se:

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

Para o caso posto à apreciação não vejo qualquer culpa por parte do requerido, já que ele recebeu cheque falsificado e diante do não pagamento por insuficiência de fundos efetivou o protesto do título.

Onde se encontra a culpa nesta hipótese?

A meu ver há ausência total de culpa e sem a culpa não há ato ilícito e, portanto, o pedido deve ser julgado pela improcedência.

Ademais, o protesto de título não pago é conduta legal já que amparada pelo ordenamento jurídico e, portanto, o requerido se encontra no exercício regular de um direito que por força da regra do art. 188 do Código Civil exclui o ato ilícito.

Isto posto e demais que dos autos consta, nego provimento ao recurso.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Revisora)

No mérito, o ponto nodal do presente recurso importa apurar se houve *in casu* circunstância caracterizadora do dever de reparar danos morais pela inclusão indevida do nome do recorrente em cartório de protesto e em órgão de proteção ao crédito, declarando-se inexistentes todos os débitos *sub judice*.

Em suma, afirma o apelante que seus documentos foram indevidamente utilizados por estelionatário, sendo certo que a apelada não tomou os cuidados necessários com referência à devida identificação do cliente com o qual realizou a venda de combustíveis em seu estabelecimento comercial, aceitando realizar transação comercial com terceiro que ofertou para pagamento do débito lâminas de cheque em nome do recorrente.

Assevera que era possível ao apelado identificar o documento apresentado pelo terceiro como falso, uma vez que "*A diferença entre os números de RG constantes nas cártulas e nos documentos do Apelante só reforça o fato de que não houve a devida conferência dos dados*" (fl. 204), bem como porque "*se diz que procedeu à devida identificação, consequentemente ela assume que pactuou com a fraude cometida por este terceiro, já que se realmente tivesse adotado as medidas para se identificar o real comprador possivelmente a ardilosa transação teria sido evitada*" (fl. 204).

Pois bem. O código consumerista prevê a responsabilidade objetiva pelo fato do serviço prestado pelos fornecedores (art.14 do CDC), atribuindo a elas o dever de reparação dos danos causados aos consumidores, decorrentes de defeitos relativos à prestação do serviço.

Ademais, está previsto em tal regra que o fornecedor só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito não existe ou então que há culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º). De se destacar ainda a equiparação prevista no art. 17 da Lei 8.078/1990, que estende o conceito de consumidor a todas as vítimas do serviço defeituoso, como sucede neste caso.

Dito isso, se não há dúvidas de que a apelada foi a responsável por inscrever o nome do apelante no cadastro de inadimplentes, a meu ver, restou certo que esta não se portou negligentemente.

Com efeito, vê-se dos autos que as compras foram realizadas por cheque. Para tanto, a apelada cercou-se dos cuidados necessários para viabilizar o ato negocial, quais sejam, pedir a apresentação dos documentos pessoais do comprador e consultar o nome do emitente do título.

Enfim, tomando-se o critério da razoabilidade, tenho que a recorrida agiu com a prudência que pede o caso. Mesmo porque exigir que os funcionários da empresa reconheçam que o documento apresentado era falso, já é providência que pede uma análise mais acurada, situação que extrapola o critério do razoável.

Depreende-se dos autos, portanto, que o estabelecimento comercial foi tão vítima de fraude quanto o apelante, uma vez que agiu com a cautela exigível para o caso, e mesmo assim teve de arcar com os prejuízos decorrentes do fato causado por terceiro, que utilizou os documentos do autor para locupletar-se indevidamente.

E, como é cediço, quando o ato de terceiro é a causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano.

Assim, comungo do mesmo posicionamento externado pelo magistrado sentenciante de que "*no caso em tela, a dívida existia e o fato de terceiro estelionatário portar título de crédito, emitido de forma indevida, não pode ser atribuída ao réu. Diverso ocorreria, por exemplo, se o estabelecimento comercial recebesse cheque furtado e, por ocasião da venda, não procedesse com a devida cautela, exigindo identificação do portador do suposto título de crédito.*" (fl. 185).

Entrementes, não obstante entender que o referido estabelecimento também fora vítima do falsário, uma vez que o cheque foi devolvido por sua origem ilícita, não se sujeitando à reparação por dano moral, fato é que se faz mister declarar a inexigibilidade dos títulos questionados.

Isso porque, embora a apelada alegue que "*Por volta do mês de Julho do ano de 2005, a requerida foi procurada pelo Banco Bradesco, representado pela senhora Rosany Pereira Neris, que lhe afirmou o interesse do banco em pagar os cheques do Requerente, o que de fato ocorreu e, então, a Requerida entregou ao banco todos os documentos necessários à exclusão do nome do Requerente do Serasa, inclusive os mencionados cheques. Assim, lamentavelmente não mais detém a empresa Requerida os documentos questionados, que foram entregues ao Bradesco naquela ocasião"* (fl. 109), tais fatos não afastam a necessidade de se declarar a inexibilidade de tais títulos de crédito e de se cancelar, de forma definitiva, a inscrição e os protestos levados a efeito em razão da fraude.

Aliás, nesse sentido:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NEGATIVA DE DÉBITO C/C RESPONSABILIDADE CIVIL – CONTA CORRENTE ABERTA POR TERCEIRO FRAUDADOR – EMISSÃO DE CHEQUE INIDÔNEO – INSCRIÇÃO DO NOME DA AUTORA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO POR SOLICITAÇÃO DO EMPRESÁRIO QUE RECEBEU O CHEQUE FRAUDADO – CULPA INDEMONSTRADA DA EMPRESA RÉ – EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – REFORMA DA SENTENÇA QUE ARBITROU INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RECONHECIDA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, POSTO QUE ADMITIDA A INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO DE CRÉDITO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> A responsabilidade de reparar os danos decorrentes da conduta ilícita praticada por terceiro fraudador em tese é da instituição financeira que permitiu a abertura da conta corrente sem as devidas cautelas, não podendo ser obrigada ao pagamento de reparação moral a empresa que vende determinado produto e que recebe o cheque emitido, afinal devolvido por força de sua origem inidônea, procedendo a inscrição do nome da pseudo emitente nos órgãos de proteção ao crédito, porquanto induzida a erro a mencionada empresa vendedora. Ademais, não soa ilícito que empresa efetue a venda de produto, recebendo em pagamento cheque de terceiro. Admite-se a sucumbência recíproca, posto que procedente o pedido de inexigibilidade do título. (TJMS; Quinta Câmara Cível; Apelação Cível n. 2011.035880-2/0000-00; Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; 26.1.2012).

Logo, mesmo não se reconhecendo o direito do autor na percepção de danos morais contra a empresa requerida, neste momento tornou-se incontroverso que ambas as partes foram vítimas do golpe aplicado, não havendo como subsistir o crédito da requerida ou a existência dos cheques que deram causa a esta demanda,

isto é, aqueles de n. 000035, no valor de R$ 38,50; n. 000039, no valor de R$ 31,70; n. 000006, no valor de R$ 75,00; n. 000015, no valor de R$ 53,30; n. 000013, no valor de R$ 81,00 (fl. 14), que merecem explícita declaração de inexistência jurídica, para que deles não emanem quaisquer efeitos ou reflexos, doravante, cancelando-se, inclusive, os protestos lavrados na Comarca de Cuiabá, MT, tornando definitiva a exclusão do nome do autor dos registros negativadores, no tocante aos referidos títulos de créditos, em especial a anotação referente ao cheque no valor de R$ 55,30, que, ao que se nota, permanece no banco de dados da SERASA, consoante se pode verificar do ofício de fl. 74.

Ante o exposto, voto pelo provimento parcial do presente recurso, com a finalidade de se declarar a inexistência de qualquer débito da parte autora, no tocante aos cheques acima descritos, cancelando-se em definitivo o protesto lavrado perante a Comarca de Cuiabá, MT, bem como tornando definitiva a exclusão do nome do autor dos registros negativadores em razão dos títulos aqui tratados.

Por consequência, em razão deste julgamento, entendo que houve sucumbência recíproca (o apelante tornou-se vencedor da questão relativa à inexigibilidade dos títulos). Desta forma, cada parte deverá arcar com 50% das custas processuais e com 50% dos honorários fixados em primeira instância, ou seja, R$ 500,00 de honorários em favor do patrono da apelada e R$ 500,00 em favor do patrono do apelante. Em relação a este último, os referidos encargos ficarão suspensos, por força do disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, REJEITARAM A PRELIMINAR; NO MÉRITO, 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, 29 de maio de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2008.018171-3 - Campo Grande
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – VEÍCULO PERTENCENTE À FAZENDA PÚBLICA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE O ENTE PÚBLICO E A FUNSAU – EXCESSO DE VELOCIDADE – CULPA EXCLUSIVA DO MOTORISTA DA AMBULÂNCIA – COMPROVADA – MORTE DA VÍTIMA – DANO MORAL CARACTERIZADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO PROPORCIONAL À GRAVIDADE DO DANO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

O Estado do Mato Grosso do Sul deve responder solidariamente pelos prejuízos causados a terceiros em razão de acidente envolvendo veículo de sua propriedade, conduzido por funcionário público estadual, motorista da Fundação de Serviços de Saúde – FUNSAU.

É induvidoso o nexo de causalidade entre a ação do agente e o evento morte por atropelamento, devendo ser reconhecida a responsabilidade solidária dos requeridos pelos danos causados à mãe que perde seu único filho em razão da culpa exclusiva do motorista do veículo, que o conduzia em velocidade superior à permitida no local.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da revisora, vencido em parte o relator.

Campo Grande, 10 de abril de 2012.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora Designada

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Izidra Garcia Benitez irresignado com a decisão do juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos na ação de indenização proposta pela apelante e que à f. 332/340 julgou improcedente os pedidos, apela a este Tribunal.

Izidra Garcia Benitez traz como pretensão recursal à f. 363/374:

Reforma da decisão para julgar procedente os pedidos da inicial (f. 02/07) consistente em indenização por dano moral pela morte de seu filho em valor não inferior a 500 (quinhentos) salários mínimos.

O recorrido devidamente intimado à f. 377, apresentou contrarrazões às f. 379/384 e f. 385/395 manifestando pelo improvimento do recurso.

VOTO (EM 6.3.2012)

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Izidra Garcia Benitez apela da sentença proferida pela Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Campo Grande-MS, que julgou improcedentes os pedidos formulados pela apelante em sua inicial, com fulcro no art.269, inciso I, do Código de Processo Civil e com fulcro no art.267, VI, do Código de Processo Civil, extinguiu o processo em relação ao Estado de Mato Grosso do Sul. Condenou a autora/apelante a pagar as custas do processo, bem como, os honorários advocatícios, estes fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais), obedecendo o disposto no art.12 da Lei 1.060/50.

Inconformada requer em suas razões de apelação (fls.364-375) que seja reconhecida a responsabilidade objetiva do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como, da FUNSAU- Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul, devendo ser reformada a sentença quanto a exclusão do primeiro do polo passivo da demanda, e ainda, alega que resta evidente nos autos, de acordo com os depoimentos das testemunhas presenciais do sinistro, que não se trata de culpa exclusiva da vítima, mas tão somente de culpa exclusiva do preposto dos apelados, já que ficou comprovado que o mesmo trafegava em alta velocidade, assim, requer a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais.

Em sede de contrarrazões (fls.380-384) o Estado de Mato Grosso do Sul requer o improvimento do recurso.

A Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul em sede de contrarrazões (fls.387-395) requer o improvimento do recurso a fim de que sejam mantidos todos os termos da sentença.

Passo à análise do recurso.

DA EXCLUSÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL DO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA

Aduz a apelante que a decisão proferida pelo juiz *a quo,* que excluiu o Estado de Mato Grosso do Sul do polo passivo da demanda deve ser reformada, tendo em vista que a responsabilidade do Estado é objetiva, na hipótese de acidentes de trânsito envolvendo veículos oficiais.

Alega que muita embora seja o Hospital Regional de Mato Grosso do Sul, fundação pública (instituída pela Lei 1.719/96) dotada de orçamentos e bens próprios, tal qualidade- de fundação pública- não exime o Estado da responsabilidade dos atos por ela causados, ou pelos seus prepostos.

Assevera que o Estado é responsável em virtude de ser o proprietário do veículo causador do dano e, soma-se a isto o fato do motorista causador do acidente ser funcionário público estadual.

Assim, requer a reforma da sentença pois acredita que o Estado de Mato Grosso do Sul não poderia ter sido excluído do polo passivo da referida demanda, haja vista ser este proprietário da ambulância causadora do sinistro.

Verifico que quanto a esta matéria a sentença não merece reformas.

Conforme se infere do art. 1º da Lei n. 2.153, de 26.10.2000, que autorizou a instituição da FUNSAU – FUNDAÇÃO SERVIÇOS DE SAÚDE DE MATO GROSSO DO SUL), e do Decreto n. 12.934, de 12.2.2010, que aprovou o Estatuto da entidade, esta integra a Administração indireta do Poder Executivo, vinculada à Secretaria de Estado de Saúde, dotada de personalidade jurídica de direito público, com patrimônio próprio, e tem a "finalidade de promover e executar as atividades de prevenção e proteção da saúde no território do Estado e de administrar o Hospital Regional de Mato Grosso do Sul" (art. 1º).

José dos Santos Carvalho Filho leciona que "a responsabilidade das fundações é primária, ou seja, elas é que devem, em princípio, responder pelos prejuízos que seus agentes causem a terceiros. A pessoa estatal instituidora [...] tem responsabilidade subsidiária, vale dizer, só se torna responsável se e quando a fundação for incapaz de reparar integralmente os prejuízos".(In Manual de Direito Administrativo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 458).

É dominante o entendimento doutrinário que as fundações públicas se equiparam às autarquias.

Colho do magistério de HELY LOPES MEIRELLES os seguintes ensinamentos:

> [...] A Carta da República transformou essas fundações em entidades de Direito Público, integrantes da Administração indireta, ao lado das autarquias e das empresas governamentais. Nesse sentido já decidiu o STF, embora na vigência da Constituição anterior, que "tais fundações são espécies do gênero autarquia" (STF, RDA 160/85, 161/50, 171/124). [...] a prevalecer essa orientação jurisprudencial, aplicam-se às fundações de direito público todas as normas, direitos e restrições pertinentes às autarquias. In Direito Administrativo Brasileiro, 29ª Edição, São Paulo, 2004, p.326).

Da mesma forma, assim como visto para as autarquias, não se pode cogitar a existência de hierarquia em relação à Administração direta responsável pela sua criação, uma vez que a ela não estão subordinadas, mas tão somente vinculadas.(In *Direito Administrativo.* São Paulo: Ed. Damásio E. de Jesus, 2007, p. 157. Apud AC-2011.000872-5, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Mello, Terceira Turma Cível, j. 8.2.2011).

Assim, os órgãos da administração indireta, consistentes nas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, detêm personalidade jurídica própria e podem fazer parte em ação judicial. A FUNSAU, ostentando qualidade de fundação autárquica, é parte legítima para sofrer demanda indenizatória por danos morais decorrente de atropelamento causado por funcionário pertencente a seus quadros, não merecendo reforma a sentença que extingue o feito em relação ao Estado de Mato Grosso do Sul.

DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

O magistrado *a quo* entendeu ser culpa exclusiva da vítima o acidente que vitimou fatalmente a criança, porém o apelante aduz que resta patente nos autos que a ambulância conduzida pelo funcionário da FUNSAU estava em altíssima velocidade e sendo guiada de forma negligente, imperita e imprudente, e que, por esta razão veio a atropelar o menor, causando grave impacto de forma a ocasionar o falecimento do filho da ora apelante.

Assim, inicialmente passo a analisar as provas dos autos no que se refere às circunstâncias do evento.

Verifico nos autos que consta da denúncia efetuada pelo Ministério Público (fls.166-168) que a ambulância realmente imprimia uma velocidade acima da permitida para o local, senão vejamos:

> [...] Consta do incluso procedimento investigatório, Inquérito Policial n° 2170/2004-CIP, que na data de 16/03/2004, por volta das 14:40 horas, na rua Ezequiel Ferreira Lima, altura do n° 1375, bairro Guanandi II, o denunciado, na direção do veículo Fiat Fiorino Pick-up, de cor branca, ano 1996, de placas HQH 54515/MS, tipo ambulância, pertencente ao Hospital Regional Rosa Pedrossian, atropelou a criança/vítima Uchoa Gabriel Garcia Benitez, o qual veio a óbito em consequência dos ferimentos, conforme Laudo de Exame de Corpo de Delito (fls.06);
>
> A ambulância desenvolvia velocidade de 100Km/H (cem quilômetros por hora), conforme declaração da testemunha Fábio Brites Tavares (f.49), superior à permitida para o local, (40 Km/h). Na referida ambulância não havia nenhum enfermo em seu interior, e que o denunciado socorreu a vítima após o acidente;
>
> Conforme o Laudo Pericial n° 56.698 (fls.63-69), havia nas proximidades do local, na data dos levantamentos periciais, sinalizações verticais que indicavam a velocidade máxima permitida para o local de 40 Km/h (quarenta quilômetros por hora); […]. (destaquei).

Vale ressaltar, o depoimento prestado por Luciana Brites às fls.206, senão vejamos trechos:

> [...] Que em data que não se recorda, por volta das 14:00 horas, a depoente estava saindo de sua residência a fim de levar a vítima Uchôa Gabriel Garcia Benitez de oito anos de idade, no Parque Airton Sena; que a genitora de Uchôa Gabriel tinha uma sorveteria em frente a residência da depoente; que a depoente mandou que Uchôa Gabriel fosse até a sorveteria pegar os documentos dele e a criança ao atravessar a avenida foi atropelada por um veículo Fiat Fiorino; Que o veículo era do hospital Rosa Pedrossian […] Que no momento do acidente não havia nenhum enfermo no interior da ambulância, portanto, não teria nenhum motivo para que o condutor do veículo estivesse conduzindo o mesmo em alta velocidade (…) Que a depoente afirma mais uma vez que o veículo atropelador era conduzido em uma velocidade bem superior a permitida para o local [...]. (destaquei).

E ainda trecho do que declarou a testemunha Fábio Brites Tavares às fls.217:

> [...] Que a velocidade permitida para o local é de 60Km/h e o veículo deveria estar desenvolvendo uma velocidade superior a 100Km/h; Que, é uma rua constituída por alguns estabelecimentos comerciais, porém, a maioria é de casa residenciais; Que, o depoente entende-se que o acidente ocorreu devido a alta velocidade desenvolvida pelo condutor da ambulância [...].

É cediço que diante da circunstância do atropelamento não restam dúvidas de que o funcionário Nilso Ferreira de Alencar agiu com culpa, seja pela negligência, por não guardar a velocidade permitida na via, seja pela imprudência, por dirigir em alta velocidade sem acionar a sirene (giroflex), e ainda, estar dirigindo na velocidade supra citada sem nenhum enfermo em seu interior.

Apesar de alegar o funcionário da FUNSAU (fls.208) que este estava trafegando na velocidade permitida, qual seja, 40Km/h, resta devidamente comprovado nos autos que o recorrente trafegava acima da velocidade permitida para o local.

Neste contexto, é induvidoso o nexo de causalidade entre a ação do agente e o evento morte por atropelamento, e, assim, é de ser reconhecida a responsabilidade daquele pelos danos causados ao filho menor da apelante, visto que não há qualquer causa de exclusão, sequer tendo sido comprovada a alegada culpa exclusiva da vítima.

Assim, ocorrendo ato comissivo do agente público ou de seus prestadores de serviço, não há dúvida de que descabe a discussão acerca da culpa ou dolo do apelado, no caso, da FUNSAU, devendo se perquirir, apenas, se houve a conduta imputada, o dano indenizável e o nexo de causalidade entre esses.

Na hipótese, restaram incontroversos o acidente, em decorrência de agir do preposto do réu, e os danos alegados pela autora.

Ademais, em virtude da responsabilidade objetiva do réu/apelado e ante a inexistência de caso fortuito ou força maior, assim como inquestionável a ausência de contribuição da vítima no evento, imperioso o reconhecimento da responsabilidade da FUNSAU- Fundação de Serviços de Saúde do Estado de Mato Grosso do Sul.

Vale salientar o que dispõe o artigo 29, alínea *d,* do Código de Trânsito Brasileiro, *in verbis,* quanto ao dever de cuidado com segurança no que tange a circulação de ambulâncias em via terrestre:

> Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas:
>
> VII - os veículos destinados a socorro de incêndio e salvamento, os de polícia, os de fiscalização e operação de trânsito e as ambulâncias, além de prioridade de trânsito, gozam de livre circulação, estacionamento e parada, quando em serviço de urgência e devidamente identificados por dispositivos regulamentares de alarme sonoro e iluminação vermelha intermitente, observadas as seguintes disposições:
>
> a) quando os dispositivos estiverem acionados, indicando a proximidade dos veículos, todos os condutores deverão deixar livre a passagem pela faixa da esquerda, indo para a direita da via e parando, se necessário;
>
> b) os pedestres, ao ouvir o alarme sonoro, deverão aguardar no passeio, só atravessando a via quando o veículo já tiver passado pelo local;o uso de dispositivos de alarme sonoro e de iluminação vermelha intermitente só poderá ocorrer quando da efetiva prestação de serviço de urgência;
>
> d) a prioridade de passagem na via e no cruzamento deverá se dar com velocidade reduzida e com os devidos cuidados de segurança, obedecidas as demais normas deste Código; - grifei.

Portanto, do conjunto probatório constante dos autos, depreende-se que ao condutor da ambulância faltou previdência ao trafegar em alta velocidade na via terrestre, sem a sirene ligada, tampouco sem transportar nenhum enfermo em seu interior.

Dessa forma, violou dever de cuidado com segurança.

Assim, configurada conduta antijurídica do preposto do réu, conjugada ao nexo de causalidade com os danos advindos do sinistro, qual seja, a morte do único filho da apelante de apenas 8 anos de idade, é mister a responsabilização da FUNSAU pelo evento e a condenação da fundação pública no pagamento de indenização por danos morais.

Quanto aos danos morais, ressalto que este tipo de indenização tem função diversa daquele referente aos danos patrimoniais, não podendo ser aplicados critérios iguais para sua quantificação, uma vez que a reparação de tal espécie de dano procura oferecer compensação ao lesado para atenuar o sofrimento havido e, quanto ao causador do dano, objetiva infligir-lhe sanção, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.

Tal ocorre porque interessa ao direito e à sociedade que o relacionamento entre os cidadãos se mantenha dentro de padrões de equilíbrio e de respeito mútuo. Assim, em hipótese de lesão, cabe ao agente suportar as consequências do seu agir, desestimulando-se, com a atribuição de indenização, atos ilícitos tendentes a afetar os já referidos aspectos da personalidade humana.

Assim, 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 capacidade do agente causador do dano, amoldando-se a condenação de modo que as finalidades de reparar a vítima e punir o infrator (caráter pedagógico) sejam atingidas.

Importante destacar que, no caso em pauta, na quantificação do dano moral, devem ser levadas em conta as lesões apresentadas pelos autores, a condição econômica do ofensor e o caráter punitivo/pedagógico a que a indenização se presta.

Diante desses critérios, e ante os fatos relatados e principalmente a natureza punitiva e inibidora que a indenização deve perquirir, tenho como razoável fixar o equivalente a 100 (cem) salários mínimos atuais, o que perfaz o quantum de R$ 62.200 (sessenta e dois mil e duzentos reais) a título de danos morais.

Com efeito, a fim de se evitar futuras discussões a respeito do tema, impende esclarecer que a quantificação da indenização arbitrada deve levar em conta o valor do salário mínimo vigente na data da prolação da sentença, ou seja, do arbitramento, a ser corrigida nos termos do disposto na Súmula 362 do STJ (A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento).

Neste sentido, confira-se o seguinte julgado:

> EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – INDENIZAÇÃO – SALÁRIO MÍNIMO COMO FATOR DE PARÂMETRO PARA O ARBITRAMENTO DO DANO MORAL – SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO PROFERIMENTO DA SENTENÇA – OBSCURIDADE SANADA PARA ESSE FIM – CULPA CONCORRENTE – OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O salário mínimo, como fator de parâmetro para o arbitramento do dano moral, é aquele vigente na data da prolação da sentença. Se o acórdão decidiu no sentido de que a embargante foi a causadora exclusiva do acidente de trânsito, não se há falar em culpa concorrente, de sorte que não há omissão a ser sanada. (TJMS. Quinta Turma Cível. Embargos de Declaração em Apelação Cível - Sumário - N. 2009.024522-3/0001-00 - Naviraí. Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. J. 13/05/2010).

Condeno, ainda, a apelada ao pagamento dos honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da condenação, nos termos do parágrafo 3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço e dou provimento parcial ao recurso interposto por Izidra Garcia Benitez, para o fim de reformar a sentença recorrida, e condenar o apelado ao pagamento de indenização por danos morais no importe de 100 (cem) salários-mínimos, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a citação válida e de correção monetária pelo índice INPC, a partir da prolação deste acórdão.

Condeno, ainda, o apelado ao pagamento dos honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos do parágrafo 3º, do art. 20 do Código de Processo Civil.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Revisora)

Peço vênia para divergir parcialmente do i. Relator no tocante à manutenção do Estado de Mato Grosso do Sul no polo passivo da demanda, haja vista que entendo existir responsabilidade solidária no presente caso.

Isso porque trata-se de ação indenizatória decorrente de acidente de trânsito envolvendo ambulância de propriedade do Estado, eis que o veículo encontrava à época dos fatos em nome de Secretaria de Estado de Saúde - Fundo Especial de Saúde, e não do Hospital Regional Rosa Pedrossian ou da Fundação de Serviços de Saúde - Funsau (fls. 12 e 72).

Aliás, oportuna a lição trazida por Rui Stocco[1] que, citando Yussef Said Cahali, discorre:

> [...] os novos rumos da responsabilidade civil automobilística informam particularmente a responsabilidade civil do estado pelos danos causados a particulares, quando da utilização dos veículos da Administração Pública, fazendo gerar daí, pelo menos, uma culpa presumida do servidor-motorista, suficiente para determinar a obrigação de reparar o prejuízo. Impõe-se, assim, uma maior largueza no exame da responsabilidade do Estado pelos danos resultantes do risco criado com a utilização de veículos, com a inversão do ônus probatório da excludente de culpa na causação do evento.

Ainda, nota-se que o condutor do veículo é funcionário público estadual (f. 30) e, como cediço, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º da CF, comprovada existência do dano causado por conduta de seus agentes no exercício da função pública, este é obrigado a responder pelos mesmos. Veja-se:

> 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.

Por conseguinte, está o Estado de Mato Grosso do Sul obrigado a indenizar a requerente pelos danos sofridos envolvendo veículo oficial, conduzido por agente público nessa qualidade.

A respeito, confira-se os seguintes julgados:

> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Acidente de veículo. Denunciação à lide. Trânsito em julgado.
>
> A União responde civilmente pelos prejuízos causados a terceiros em razão de acidente de veículo público, no caso, ambulância de propriedade do extinto INAMPS, cujo motorista, seu funcionário transportava paciente ferido. (TRF 1ª Região; AC 94.01.36679-9-DF; 3ª T; Rel. Juiz Cândido Ribeiro - DJU 06.02.98 - Revista Juridica nº 248, p. 151).
>
> [...] Nos termos do § 6º, do artigo 37, da CF, é objetiva a responsabilidade civil do Estado pelos atos lícitos e ilícitos praticados por seus agentes e que causem danos aos administrados. O mesmo raciocínio deve ser utilizado quando se tratar de acidente de trânsito provocado por veículo pertencente à fazenda publica, independentemente de quem o estiver conduzindo. [...] (Terceira Turma Cível; Apelação Cível n. 2009.029374-3/0000-00; Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo; 30.11.2009).
>
> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – VEÍCULO OFICIAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJMS; Quarta Turma Cível; Apelação Cível n. 2005.009615-4/0000-00; Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz; 13.2.2007).

1 Responsabilidade Civil do Estado. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 977.

Assim, não há que se discutir quanto a legitimidade do Estado, merecendo ser provido o presente recurso nesse aspecto.

Outro ponto em que divirjo do relator, diz respeito ao valor da indenização, fixado em 100 salários mínimos.

É que, em casos que envolvem a morte da vítima, o Superior Tribunal de Justiça tem defendido o arbitramento de valores mais elevados a título de danos morais.

Sendo assim, nas circunstâncias verificadas nestes autos, entendo justificável e proporcional fixar a importância de duzentos salários mínimos a título de reparação pela dor da perda de um filho.

Por tais razões, diverjindo do i. Relator, peço vênia para dar provimento ao recurso para que o Estado do Mato Grosso do Sul integre o polo passivo da demanda, bem como para fixar o valor da indenização por danos morais em 200 (duzentos) salários mínimos.

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Retifico meu entendimento para acompanhar a revisora quanto a fixação de 200 salários mínimos.

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL, DES. JULIZAR E FÉRIAS DO RELATOR DES. JOÃO BATISTA DA COSTA MARQUES DE 12 A 31/3/2012, APÓS TER DADO PARCIAL PROVIMENTO PARA AFASTAR O ESTADO E CONDENAR A FUNSAU EM 200 SALÁRIOS MÍNIMOS E A REVISORA TER DADO PROVIMENTO AO RECURSO PARA MANTER O ESTADO E CONDENAR A FUNSAU EM 200 SALÁRIOS MÍNIMOS.

VOTO (EM 11.4.2012)

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Vogal)

Conforme consta dos autos, está em julgamento *apelação cível* interposta por Izidra Garcia Benitez contra sentença que julgou improcedente o pedido de dano moral formulado em face da Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil e acolhendo preliminar de ilegitimidade de parte, excluiu o Estado de Mato Grosso do Sul da lide com base no artigo 267, VI, do mesmo diploma processual.

O Relator, Des. João Batista da Costa Marques, deu parcial provimento ao recurso para condenar a Funsau ao pagamento de danos morais no equivalente a 200 salários-mínimos, excluindo o Estado de Mato Grosso do Sul da lide, enquanto a Revisora, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, também, deu provimento para condenar a Funsau no mesmo valor, porém, mantendo o Estado no polo passivo da ação.

Cinge-se a divergência, portanto, quanto à legitimidade do Estado para figurar no polo passivo.

Pedi vista para melhor analisar a questão controvertida.

Acompanho a il. Revisora quanto à manutenção do ente público no polo passivo da demanda porque está comprovado nos autos que o veículo que deu causa ao acidente é de propriedade do Estado, conforme se vê do documento expedido pelo DETRAN, no qual consta como proprietária SES Fundo Especial de Saúde (f. 72) e não a Funsau.

Diante do exposto, peço vênia ao il. Relator e acompanho a d. Revisora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DA REVISORA, VENCIDO EM PARTE O RELATOR.

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, 10 de abril de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.000368-4 - Maracaju
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – AUSÊNCIA DE PACTO ANTENUPCIAL – REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS – COMUNICABILIDADE DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO – CONSTRIÇÃO DE APENAS 50% DO BEM IMÓVEL DADO COMO GARANTIA, RESGUARDANDO A MEAÇÃO DA APELADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Tendo em vista que o casamento da apelada ocorreu em data anterior a vigência do novo Código Civil, por força do princípio da irretroatividade das leis, em relação ao regime de bens adotado, incidirão as normas do Código Civil de 1916.

A partir da vigência da Lei nº 6.515/77, se no casamento não houver pacto antenupcial ou este for nulo ou ineficaz, mesmo que haja menção expressa da adoção de outro regime de bens, vigorará entre os cônjuges o regime de comunhão parcial de bens.

Consoante o artigo 271 do Código Civil de Beviláqua, no regime de comunhão parcial, os bens adquiridos na constância do casamento pertencem a ambos os cônjuges, ainda que em nome de apenas um deles.

Se o bem foi dado em garantia a contrato celebrado por apenas um dos cônjuges, referida garantia reporta-se apenas à fração do bem de propriedade do cônjuge contratante, devendo ser resguardada a meação do cônjuge não contratante.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de maio de 2012.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Banco do Brasil S/A apelou da sentença que acolheu os Embargos à Execução opostos por Denise Maljaars, declarando nula, então, a garantia por ela dada na Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária celebrada por aquele com Jan Johannis Maljaars e ordenando o levantamento da constrição que recaiu sobre sua parte (50%) do imóvel garantidor da execução.

Asseverou, em apertada síntese, que a apelada não é proprietária do imóvel hipotecado, que pertence exclusivamente a Jan Johannis Maljaars, com quem o apelante firmou o negócio jurídico. A apelada é sua esposa, com a qual o devedor se casou pelo regime de separação de bens, de modo que ela somente anuiu à avença celebrada por seu marido.

Relatou, em seguida, que os fatos que aponta, suficientes para desconstituir a alegação da apelada e conduzir à reforma da sentença, são demonstrados pelo matrícula do imóvel junto ao Cartório e pela certidão de casamento dela com Jan Johannis Maljaars.

Ato contínuo, explicou que adotado o regime de separação, os bens dos cônjuges não se comunicam, sendo cada um deles proprietário exclusivo do seu patrimônio, podendo dar-lhe a destinação que melhor que aprouver, independentemente da anuência do seu consorte, consoante dispõe o artigo 1.687 do atual Código Civil, correspondente ao artigo 276 do *Codex* revogado.

Concluiu pedindo o provimento do recurso, para reformar a sentença e, com isso, "[...] *julgar totalmente improcedente os Embargos invertendo-se os ônus de sucumbência*" (f. 70).

Colacionou os documentos de fs. 71-80.

Conquanto regularmente intimada para apresentar contrarrazões (fs. 86-87), a apelada deixou transcorrer sem qualquer manifestação o prazo legal (certidão de f. 88).

VOTO (EM 16.5.2012)

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

No direito brasileiro o princípio da irretroatividade da lei foi adotado como regra geral, de modo que a lei nova não pode retroagir para atingir fatos já consumados. Os fatos são regidos pela lei vigente na data de sua ocorrência.

Dispõe o artigo 2.035 do Código Civil:

> A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas nos artigos 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência desse Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

A irretroatividade da lei é um princípio que objetiva assegurar a certeza, a segurança e a estabilidade do ordenamento jurídico-positivo, preservando as situações consolidadas em que o interesse individual prevalece[1].

Sobre o tema, com propriedade, leciona o Ministro Cezar Peluzo[2]:

> [...] a norma descrita no caput do artigo 2.035 refere-se exatamente à retroatividade mínima, eis que o Código Civil atuará de forma imediata para os negócios jurídicos passados apenas no que concerne ao que está por vir, sem tocar nos efeitos já consumados. Há uma correta separação entre os planos de validade e eficácia do negócio jurídico. A validade do ato será disciplinada pela lei vigente ao tempo de sua conclusão, independente de qualquer alteração posterior.

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. - Direito Civil Brasileiro, 7ª edição, pág. 60.

2 PELUSO, Cezar. - Código Civil Comentado, 3ª edição, pág. 2220.

Portanto, visto que o casamento da apelada ocorreu em data anterior a vigência do novo Código Civil, em relação ao regime de bens adotado por ela, incidirão as normas do Código Civil de 1916.

Superada a acepção acima, passo a análise do mérito.

O apelado insurge-se contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido do embargo, determinou a nulidade da garantia dada pela apelada e levantou a constrição de sua parte (50% cinquenta por cento) do imóvel garantidor da execução.

Alega que o regime de bens que rege o casamento da apelada é o de separação de bens, de modo que o imóvel pertence exclusivamente à seu marido Jan Johannis Maljaars e, dessa maneira, é indevida a constrição determinada pelo sentenciante.

Não assiste razão ao apelante. Explico.

O casamento da apelada ocorreu em 17 de setembro de 1988, após o início da vigência da lei 6.515/77.

A lei 6.515/77 determinou a redação do artigo 258 do Código Civil de 1916, que passou a dispor: "*Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.*"

Foi anexada aos autos certidão de casamento que, inobstante conste que o regime de bens adotado pelo casal é o de separação de bens, não menciona a existência de pacto antenupcial.

Analisando detalhadamente os demais documentos dos autos, igualmente constatei a ausência de alusão ao pacto antenupcial e, consoante referido dispositivo, se não houver convenção, vigorará o regime da comunhão parcial de bens.

Destarte, diante da inexistência de convenção, conclui-se que o regime que vigora na constância do casamento da apelada é o de comunhão parcial de bens.

Para corroborar com entendimento acima, colaciono julgado deste egrégio Tribunal:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – CÔNJUGE SUPÉRSTITE – AUSÊNCIA DE PACTO ANTENUPCIAL – PREVALÊNCIA DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL – COMUNICAÇÃO DE BENS – CONDIÇÃO DE MEEIRA À VIÚVA – RECURSO PROVIDO. Na falta de pacto antenupcial, o regime que predomina na sociedade conjugal é o da comunhão parcial, em virtude do que a cônjuge sobrevivente é meeira e não herdeira do de cujus (TJMS – Agravo n. 2010.025831-0 – Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade – 2ª Turma Cível – julgado em 26/10/2010) (grifo nosso).

Esclarecido qual o regime de bens vigorou na constância do casamento, passo a análise da possibilidade de constrição de 50% do imóvel objeto dos autos.

No regime de comunhão parcial, há três acervos de bens, o acervo do marido, o da mulher e o acervo comum.

O acervo comum é constituído por aqueles bens que foram adquiridos com esforço mútuo na constância do casamento e, portanto, pertencem a ambos, na proporção de metade ideal para cada um.

Nessa trilha, leciona Silvio Rodrigues[3]:

3 RODRIGUES, Silvio, Direito Civil, vol. 6, pág 178.

> Regime de comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso.

No regime de comunhão parcial, os bens adquiridos na constância do casamento pertencem a ambos os cônjuges e, destarte, apesar de na matrícula do imóvel, a apelada não estar qualificada como compradora, devido ao regime de bens que vigora entre os cônjuges, também é proprietária. Senão vejamos:

> Art. 271 do Código Civil 1916: "Entram na comunhão:
>
> I – os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges" (grifo nosso).

Sendo assim, é inconteste o fato de que a apelada é possuidora de metade do imóvel e corretamente agiu o magistrado *a quo* ao anular a garantia dada e determinar a constrição de 50% do bem imóvel, resguardando a meação da recorrida.

Para corroborar, colaciono julgado deste Tribunal:

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – AVAL PRESTADO ANTES DO CASAMENTO – DÍVIDA PARTICULAR – PENHORA SOBRE PARTE DO BEM COMUM DO CASAL – INCIDÊNCIA NA MEAÇÃO DO CÔNJUGE DEVEDOR – DEMAIS PARTES PRESERVADAS – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. Nos termos do art. 271, inciso I, do CC/1916, no casamento realizado sob o regime da comunhão parcial de bens, todos os bens adquiridos por um dos cônjuges a título oneroso na constância do casamento, ainda que só em nome de um deles, serão de propriedade de ambos, ou seja, há meação [...] (AC n. 2005.009838-5 - Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Terceira Turma Cível – julgado em 21/11/2005) (grifo nosso).

Portanto, considerando que quem firmou o negócio jurídico com o apelante foi somente o cônjuge da apelada, que o casamento da recorrida é regido pelo regime de comunhão parcial de bens e que nesse regime comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento, é indevida a constrição da fração do imóvel pertencente à apelada, de modo que a garantia do apelante fica restrita apenas à fração do imóvel de propriedade de Jan Johannis Maljaars.

Diante de tais considerações, tenho que a manutenção da sentença é medida imperativa, tanto pela juridicidade nela constante como pela inexistência, nos argumentos trazidos pelo agravante, de elementos capazes de ilidir o exposto precedentemente.

Diante das razões expostas, nego provimento ao recurso.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. SÉRGIO FERNANDES MARTINS), APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 23.5.2012)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Revisor)

Trata-se de apelação cível interposta por Banco do Brasil S.A. contra sentença que julgou procedentes os embargos à execução opostos por Denise Maljaars, declarando a nulidade da garantia prestada na cédula

rural contratada por Jan Johannis Maljaars e ordenando o levantamento da constrição que recaiu sobre sua parte do imóvel garantidor da execução.

O banco-apelante alega, em síntese, que (i) a apelada não é proprietária do imóvel hipotecado, o qual pertence exclusivamente a Jan Johannis Maljaars, pessoa com quem celebrou negócio jurídico; (ii) a apelada é esposa do devedor, tendo se casado pelo regime de separação de bens, de modo que somente anuiu na avença celebrada por seu marido; e (iii) adotado o regime de separação, os bens dos cônjuges não se comunicam, sendo cada um deles proprietário exclusivo do seu patrimônio, podendo dar-lhe a destinação que melhor lhe aprouver, independentemente da anuência do seu consorte.

O relator do presente recurso, Des. João Maria Lós, negou provimento ao recurso.

Pedi vistas para melhor apreciação da questão posta em julgamento.

Verifico, de fato, que o casamento da ora apelada ocorreu em 17 de setembro de 1988, portanto, deu-se após o início da vigência da Lei n. 6.515/77[4], que, em seu artigo 28, determina que, na ausência de pacto antenupcial, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens.

Assim, inexistindo pacto por escritura pública, o regime de bens a reger o vínculo matrimonial é o considerado legal no momento da celebração do casamento dos nubentes, no caso, a comunhão parcial de bens, em observância ao princípio do *tempus regit actum*.

Entender de forma diferente implicaria em ofensa ao princípio da segurança jurídica e da irretroatividade das leis.

Nesse sentido, eis a jurisprudência:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PARTILHA. CASAMENTO REALIZADO APÓS VIGÊNCIA DA LEI 6.515/77. AUSÊNCIA DE PACTO ANTENUPCIAL. REGIME LEGAL. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - O convencimento do juiz ao analisar a prova documental não caracteriza julgamento 'extra petita'. II- Na ausência de pacto antenupcial por escritura pública e celebrado o casamento após a vigência da Lei 6.515/77, aplica-se o regime legal da comunhão parcial de bens, em observância ao princípio 'tempus regit actum'. III - Excluem-se da comunhão os bens que lhe sobrevierem por sucessão[5].

Assim, esclarecido o regime de bens que vigorou na constância do casamento, passo a análise da possibilidade de constrição de 50% do imóvel em litígio nos autos.

Como cediço, no regime de comunhão parcial, os bens adquiridos na constância do casamento pertencem a ambos os cônjuges e, desse modo, apesar de, na matrícula do imóvel, a apelada não estar qualificada como compradora, é também proprietária do imóvel.

A propósito, dispõe o artigo 271 do Código de 1916:

> Art. 271. Entram na comunhão:
>
> I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

4 Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências

5 Número do processo: 1.0079.05.212572-5/001(1) Númeração Única: 2125725-12.2005.8.13.0079; Relator: Des.(a) BITENCOURT MARCONDES; Relator do Acórdão: Des.(a) BITENCOURT MARCONDES; Data do Julgamento: 01/07/2010; Data da Publicação: 23/09/2010

Destarte, demonstrado que a apelada é possuidora de metade do imóvel, escorreita a sentença que anulou a garantia dada e determinou a constrição de 50% do bem, garantindo, por conseguinte, a proteção da meação da ora recorrida.

Ante o exposto, acompanho o relator e nego provimento ao recurso.

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

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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, 23 de maio de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.008614-5 - Iguatemi
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO – VIÚVA MEEIRA – CASAL QUE VIVIA SOB UNIÃO ESTÁVEL – RECOLHIMENTO DO ITCD E MULTA DO ARTIGO 135, II, DO CTE – NÃO INCIDÊNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Se os herdeiros, nos autos do inventário, reconheceram a condição de meeira da viúva e as provas documentais também apontam nesse sentido, forçoso reconhecer o direito à meação, não havendo falar em preclusão.

A cobrança do ITCD sobre o valor remanescente, bem como, a multa do artigo 135, II, do CTE não prospera, eis que as provas contidas nos autos demonstram claramente que a Sra. Neusa Albertoni vivia em união estável com o *de cujus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso. Decisão, com o parecer.

Campo Grande, 3 de abril de 2012.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL interpõe recurso de Apelação Cível - Proc. Especiais em face da sentença que, nos autos de Inventário que promove em face de OSVALDO FARIAS PEREIRA JÚNIOR, homologou por sentença a partilha lançada nestes autos de inventário/arrolamento de bens deixados por Osvaldo Farias Pereira, atribuindo aos nela contemplados os respectivos quinhões, salvo erro ou omissa e ressalvados direitos de terceiros.

Sustenta que ocorreu a preclusão em relação ao recolhimento do imposto ITCD sobre a parte remanescente, acrescido de multa prevista no artigo 135, II, do CTE, sendo que o prolator da sentença não poderia apreciar novamente a questão de ser pertinente ou não o recolhimento do ITCD e seus consectários, já que se pronunciou anteriormente.

Alega que não há nenhuma prova nos autos de que a Sra. Neusa concorreu na aquisição do imóvel urbano matriculado na Circunscrição de Registro de Imóveis da Comarca de Amambai sob o nº. 3.235 e, no regime de comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente é herdeiro e não meeiro, razão pela qual não faz jus à meação.

Argumenta que o ITCD deve ser recolhido em sua totalidade, razão pela qual há de ser pago o tributo pelo valor remanescente (R$ 15.500,00), bem como, a multa do artigo 135, II, do CTE, em razão do não recolhimento do tributo no prazo regular.

Pondera, ainda, que em que pese seja reconhecida a meação, faz-se mister observar que o inventariado possuía dois bens imóveis a inventariar, sendo que um fora adquirido pelo *de cujus* mediante contrato de compra e venda, ao passo que o outro fora obtido mediante sucessão, ou seja, este último, nos termos do artigo 1.659, I, do Código Civil de 2002 não entra na partilha, em relação à viúva.

Por fim, requereu o conhecimento e provimento do presente recurso de apelação para determinar que o recorrido recolha o ITCD devido sobre a integralidade dos bens deixados pelo *de cujus*, acrescido da multa do artigo 135, II, do CTE, uma vez que não restou comprovado nos autos que a Sra. Neusa Albertoni fora companheira do inventariado, razão pela qual não faz jus à meação.

O apelado apresentou suas contrarrazões ao recurso de apelação (f. 119/127), onde pugna pelo improvimento do presente recurso de apelação.

Às f. 135/139 segue o parecer da D. Procuradoria-Geral de Justiça, onde opina pelo conhecimento e improvimento do recurso de apelação, mantendo a sentença recorrida inalterada.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL interpõe recurso de Apelação Cível - Proc. Especiais em face da sentença que, nos autos de Inventário que promove em face de OSVALDO FARIAS PEREIRA JÚNIOR, homologou por sentença a partilha lançada nestes autos de inventário/arrolamento de bens deixados por Osvaldo Farias Pereira, atribuindo aos nela contemplados os respectivos quinhões, salvo erro ou omissa e ressalvados direitos de terceiros.

Pretende o recorrente a reforma da sentença proferida em juízo de primeiro grau para que seja recolhido o ITCD em sua totalidade, razão pela qual há de ser pago o tributo pelo valor remanescente (R$ 15.500,00), bem como, a multa do artigo 135, II, do CTE, em razão do não recolhimento do tributo no prazo regular.

Pois bem. Como é cediço, após um longo período de debates legislativos sobre a Reforma do Judiciário, introduziu-se no cenário constitucional a EC n. 45/2004, que ensejou a implantação de mudanças e adaptações nos ritos processuais, buscando tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. A instituição das súmulas vinculantes, dos processos de repercussão geral e a promulgação de lei para os casos de recursos em causas repetitivas marcaram o processo de mudança com o objetivo de restabelecer a normalidade na tramitação de processos judiciais, tudo com o fito de consolidar o primado constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, LXXVIII).

Nesse contexto, não se mostra contrário ao texto do art. 93, IX, do texto constitucional, a utilização dos fundamentos da sentença *"como suporte do acórdão que a confirme"*, nos termos da remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que foi decidido quando do julgamento do AgRg no Ag 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 09.05.2006 e publicado no DJ de 29.05.2006, p. 230.

Dito isso, observo que, com relação à matéria trazida no recurso, há que ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcreve-se trechos que servem para embasar esta decisão:

> [...] Em apreço aos autos, constata-se que as duas multas cobradas pelo ente estatal não prosperam, eis que a união estável, diante da inexistência de contraprova estatal, resta evidenciada, pois nas certidões de nascimento de fls. 05 e 21, constam a pessoa de Neuza Albertoni e Osvaldo Farias Pereira (falecido) como pais.
>
> Além disso, não é crível que os herdeiros aceitariam participação na meação se ela realmente não tivesse convivido com o falecido.
>
> Outro ponto que merece destaque é que o endereço da pessoa de Neuza é o mesmo dos herdeiros Osvaldo Farias Pereira Júnior e Lidia Paula Farias Pereira e o mesmo do falecido Osvaldo (fl. 25), o que demonstra mais uma vez que realmente ela vivia em união estável com o falecido.
>
> Então, por consequência, se a pessoa de Neuza Albertoni vivia em união estável com o falecido, não há que se falar em recolhimento do ITCMD sobre o valor de R$ 15.500,00 (diferença) como quer o ente estatal, muito menos na multa do art. 135, II, do CTE.
>
> No tocante à multa do art. 135, § 1º, do CTE, também não merece guarida o pleito do ente estatal, pois se o óbito se deu no dia 09/12/2006 (fl. 04) e o inventário foi ajuizado no dia 08/01/2007 (fl. 02), portanto, dentro do (revogado) prazo de 30 (trinta) dias, não há que se falar em multa.
>
> Dessarte, os pedidos do ente estatal não merecem guarida.
>
> Por consequência, Homologo, por sentença, para que produza os seus jurídicos e legais efeitos, a partilha lançada nestes autos de inventário/arrolamento dos bens deixados por Osvaldo Farias Pereira, atribuindo aos nela contemplados os respectivos quinhões, salvo erro ou omissão e ressalvados direitos de terceiros.
>
> Expeça-se formal de partilha ou carta de adjudicação (no caso herdeiro único), arquivando-se em seguida.
>
> Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Com efeito, verifica-se as matérias alegadas no presente recurso - incidência do ITCD sobre o valor remanescente e a multa do artigo 135, II, do CTE – todas elas já foram discutidas na decisão *a quo*, eis que o recorrente propôs, inclusive, embargos declaratórios com efeitos infringentes de tal decisão, o que foi das mesma forma, devidamente sanado.

Aliás, a cobrança do ITCD sobre o valor remanescente, bem como, a multa do artigo 135, II, do CTE não prosperam, eis que há provas contidas nos autos que demonstram claramente que a Sra. Neusa Albertoni vivia em união estável com o *de cujus.*

Outro fato interessante que bem demonstra o alegado, foi destacado tanto pelo juízo de primeiro grau e no parecer da D. Procuradoria-Geral de Justiça, onde argumentaram que *"não é crível que os herdeiros aceitariam participação na meação se ela realmente não tivesse convivido com o falecido"*.

Assim, conclui-se que não há que se falar em recolhimento do ITCMD sobre o valor de R$ 15.500,00 (quinze mil e quinhentos reais) como quer o recorrente, muito menos a incidência da multa prevista no artigo 135, II, do CTE.

Já no que tange a multa prevista no artigo 135, §1º, do CTE, também entendo que não merece guarida às alegações do recorrente, eis que o inventário foi ajuizado em 80/01/2007, quando o óbito do inventariado aconteceu em 09/12/2006, portanto, dentro do prazo de 30 (trinta) dias.

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita a modificação da conclusão do juízo *a quo*, que bem demonstrou o delineamento do conjunto probatório dos autos.

Por fim, quanto ao prequestionamento do recorrente, insta salientar que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos, além do que o magistrado "*não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado*" (EDcl no RMS 22067/DF).

Por tais razões, conheço do recurso, porém, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO. DECISÃO, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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, 3 de abril de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.028712-5 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – QUEDA DE ÁRVORE – RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO – AUSÊNCIA DE PROVA DE CONSERVAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

A queda de árvores decorrente de chuva e vendaval por si só não exime o Município de indenizar as pessoas que sofreram prejuízos, visto que se trata de responsabilidade objetiva, por isso cabe ao administrador providenciar a conservação das plantas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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, 2 de maio de 2012.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

MARIA TERESINHA RODRIGUES GOMES PALÁCIO interpõe recurso de Apelação Cível - Ordinário em face da sentença que, nos autos da ação de indenização que promove em face de MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE, julgou improcedente o pedido contido na exordial.

Sustenta que houve cerceamento de defesa no caso em apreço, eis que se trata de caso complexo e necessita de vasta dilação comprobatória em razão de existir matéria de fato, não cabendo o julgamento antecipado da lide.

No mérito, aduz que a responsabilidade do município é objetiva, tendo em vista que as árvores plantadas ou existentes nas vias públicas integram o patrimônio urbanístico da cidade, sendo que cabe ao administrador fiscalizar e conservar esses bens.

Argumenta que deveria a administração pública demonstrar que tomou todos os cuidados necessários à preservação das árvores, não havendo que se falar em caso fortuito ou de força maior.

Alega que sofreu danos materiais no importe de R$ 7.712,00 (sete mil, setecentos e doze reais), eis que ocorreu a perda total de seu veículo.

Aduz também que sofreu danos morais, os quais são presumidos, eis que era o único bem deixado pelo *de cujus* à sua família, devendo haver indenização justa, conforme descrito na exordial.

Por fim, pugna pela reforma da sentença recorrida, julgando-se totalmente procedentes os pedidos contidos na inicial.

Às f. 239/249 seguem as contrarrazões ao recurso de apelação, onde o apelado pugna pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

MARIA TERESINHA RODRIGUES GOMES PALÁCIO interpõe recurso de Apelação Cível - Ordinário em face da sentença que, nos autos da ação de indenização que promove em face de MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE, julgou improcedente o pedido contido na exordial.

Com efeito, a matéria devolvida à apreciação deste Corte de Justiça cinge-se em pedido de indenização por danos materiais e morais que a apelante alega ter sofrido em razão da queda de uma árvore de grande porte, que caiu sobre os fios de baixa tensão causando a quebra de um poste de concreto que caiu sobre o veículo da apelante que encontrava-se estacionado em frente sua residência.

O magistrado julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de ocorrência de caso fortuito ou força maior, o que afasta a responsabilidade da Administração Pública, pois a queda das árvores decorreu do vendaval.

Inicialmente, consigno que a análise da preliminar de cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide resta prejudicada em razão da análise do mérito.

Conforme esclarece Yussef Said Cahali, a responsabilidade do Município é objetiva, porquanto as árvores plantadas ou existentes nas vias públicas integram o patrimônio urbanístico da cidade, por isso cabe ao administrador fiscalizar e conservar esses bens, sob pena de ter de pagar os prejuízos causados a terceiros pela queda da própria árvore ou de galhos.

Cabe, portanto, à municipalidade demonstrar que tomou todos os cuidados na preservação das árvores.

No caso, é fato que no dia em que as árvores caíram houve uma chuva forte seguida de rajadas de ventos na cidade, porém esse fato, por si só não é suficiente para afastar a responsabilidade do Município recorrido, considerando os indícios de que a queda da árvore decorreu da má-conservação.

Assim, de fato, a responsabilidade pela reparação dos danos materiais sofridos pela apelante é do Município, posto que é de sua competência administrativa a manutenção das árvores que se encontram em vias públicas e passeios. Não tendo cumprido com essa obrigação, a indenização por danos materiais é medida que se impõe.

Nesse sentido também já decidiu este Tribunal de Justiça:

> EMENTA–APELAÇÃO CÍVEL – MUNICÍPIO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – CHUVAS TORRENCIAIS – QUEDA DE ÁRVORE SOBRE VEÍCULO – DEVER DE INDENIZAR.
>
> As árvores plantadas nas vias públicas integram o patrimônio urbanístico da cidade, cabendo ao município a sua fiscalização e conservação. Assim, quem tem a obrigação em relação à árvore torna-se responsável pelos danos causados pela sua queda sobre bem particular do munícipe, considerando que chuvas torrenciais são acidentes naturais

plenamente previsíveis. (Apelação Cível n. 2005.006703-6, Rel Des. Josué de Oliveira, julgamento em 9.3.2006)

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRACONTRATUAIS – QUEDA DE ÁRVORE EM CIMA DE VEÍCULO – INÚMEROS DANOS CAUSADOS AO ADMINISTRADO – RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO PELA CONSERVAÇÃO DAS ÁRVORES – § 1º DO ARTIGO 48 DA LEI MUNICIPAL Nº 2.909/92 – SIMPLES FATO DE ESTAR CHOVENDO NO MOMENTO DO SINISTRO NÃO CARACTERIZA A IMPERATIVIDADE DE CASO FORTUITO – QUANTUM INDENIZATÓRIO CORRETAMENTE ARBITRADO COM BASE NOS DANOS ORIGINADOS E NA DEPRECIAÇÃO DO AUTOMÓVEL – VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA EM SALÁRIO-MÍNIMO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDOS.

Compete ao Executivo Municipal o controle fitossanitário da arborização pública, entendendo-se este como as medidas preventivas e mitigadores para o manejo de pragas (insetos) e doenças (fungos e bactérias) (artigo 48, § 1º, da Lei Municipal n. 2.909/92).

Demonstrados os prejuízos sofridos pelo ofendido em razão da omissa conduta adotada pelo Município, inquestionável torna-se a necessidade de que este venha a reparar os danos visualizados. (Apelação Cível n. 2005.009628-8, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgamento em 26.7.2005)

RECURSO OBRIGATÓRIO E APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – QUEDA DE ÁRVORE SOBRE VEÍCULO EM VIA PÚBLICA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MUNICÍPIO – CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR – NÃO-OCORRÊNCIA – CULPA DO MUNICÍPIO COMPROVADA – DANOS MATERIAIS – DEVIDOS DESDE QUE COMPROVADOS – DANOS MORAIS REDUZIDOS – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – NÃO CONFIGURADA – RECURSO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

O Município é responsável subjetivamente pelos danos causados por fatos da natureza que poderiam ser obstados por meio de uma prestação adequada do serviço, no caso, de conservação, tratamento e retirada de árvores doentes.

A ocorrência de tempestade não configura caso fortuito ou força maior se provado que poderia ter sido evitado pela prestação adequada do serviço pelo ente estatal.

Somente é devida a reparação dos danos materiais comprovados, visto que a certeza do dano é um dos requisitos para a responsabilidade administrativa, ou seja, a mera possibilidade do dano não pode ser indenizada pelo Estado.

O quantum indenizatório a título de danos morais deve se ater unicamente ao abalo sofrido pelas partes do processo, não sendo possível levar em consideração os danos morais sofridos por filho dos autores sequer representada no feito. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2007.003105-1/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini).

Com relação ao valor da indenização pelos danos materiais, constata-se que restou provado nos autos que o valor do bem à época do sinistro era de R$ 7.712,00 (sete mil setecentos e doze reais), conforme a tabela FIPE. Assim, restaram devidamente comprovados os danos materiais no valor citado acima, que deverão ser suportados pelo apelado.

Já com relação aos danos morais, também entendo como devidos, por serem evidentes os transtornos e as angústias por que passaram os recorrentes ao verem uma árvore caindo sobre seu único bem, além da sensação de impotência diante da situação.

Assim, considerando que os danos morais têm justamente a finalidade de amenizar o sofrimento e a angústia sofridos pelas vítimas, além de servir como sanção ao causador do infortúnio, resta evidente a necessidade de se fixar a indenização no caso.

Diante desses fatos, verifica-se que a quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais) apresenta-se razoável, tendo em vista que o fato aconteceu quando o *de cujus* necessitava da utilização do referido automóvel para sua locomoção, pois estava em tratamento quimioterápico, necessitando ir ao hospital várias vezes por semana, consoante a documentação acostada nos autos.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido, a fim de condenar o Município recorrido ao pagamento da quantia de R$ 7.712,00 (sete mil, setecentos e doze reais) por danos materiais, corrigidos pelo IGPM/FGV desde o efetivo pagamento das despesas pela recorrente, acrescido de juros de mora de 6% ao ano contados desde a citação e por danos morais em R$ 8.000,00 (oito mil reais), valor este que deve ser corrigido monetariamente pelo IGPM, desde a data da publicação do acórdão, a teor da súmula n. 362 do STJ e juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso.

Por terem os recorrentes decaído de parte mínima do pedido, inverte-se o ônus da sucumbência.

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. Joenildo de Sousa Chaves.

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, 2 de maio de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.009972-9 - Campo Grande
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO PARTICULAR – ASSINATURA DE SOMENTE UMA TESTEMUNHA – IRRELEVÂNCIA – TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – ART. 221 DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 585, INC. II, DO CPC – INSTRUMENTO CONTRATUAL QUE REVELA O ACORDO DE VONTADES E OBRIGA OS CONTRATANTES AO SEU CUMPRIMENTO – BOA-FÉ OBJETIVA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O fato de apenas uma testemunha ter assinado o contrato firmado entre as partes não afasta a qualidade de título executivo para efeito da norma do art. 585, inc. II, do CPC, isso porque basta que o contrato contenha a assinatura de ambas as partes contratantes, circunstância esta que revela o acordo de vontades e explica o surgimento da obrigação, nos termos do art. 221 do CC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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, 16 de maio de 2012.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Concremax Indústria de Pré-Moldados de Concreto Ltda., inconformado com a decisão que acolheu os embargos à execução opostos por Yacaré – Indústria e Comércio de Confecções Ltda., para declarar extinta a execução, sem análise do mérito, nos termos dos artigos 267, I; 295, V; 598; 614, I; 616; 795, I do CPC, apela a este Tribunal.

Afirma que nulidade do título, em razão da assinatura de apenas uma testemunha, não merece prosperar, pois a finalidade do ato realizado entre as partes é o próprio acordo de vontades e o instrumento contratual é somente a forma como esta manifestação foi externada.

Alega que "*pela análise da jurisprudência qualificada pode-se inferir que o art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil exige a presença de testemunhas instrumentárias como forma de indicar e verter em linguagem competente o acordo de vontade entre as partes. Portanto, a presença de uma única testemunha é suficiente para indicar e infirmar a obrigação contraída e plasmada no instrumento, considerado pela lei, título executivo extrajudicial*." (f.115)

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso.

A apelada apresentou contrarrazões onde pugna pelo improvimento do recurso e mantença da sentença.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Cláudio Moacir dos Santos contra sentença que julgou procedente os embargos à execução opostos pelo Município de Corumbá, a qual reconheceu a falta de interesse de agir do embargado para promover a ação executiva.

Tenho que assiste razão ao apelante.

Vejamos o disposto no art. 221 do Código Civil:

> Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

Não obstante a análise da higidez do título executivo seja matéria de ordem pública, apreciável, portanto, de ofício pelo juiz, de fato, é irrelevante a ausência de assinatura de duas testemunhas, para efeitos do art. 585, inc. II, do CPC, em especial se há assinatura de uma testemunha, como na hipótese. O instrumento contratual assinado pelas partes revela o acordo de vontades, obrigando o contratante ao cumprimento de seus termos (boa-fé objetiva), e explica o surgimento da obrigação, nos termos do art. 221 do Código Civil.

Mesmo que ausente a assinatura de uma testemunha no contrato discutido nos autos, como dito, uma testemunha assinou a avença, além, é claro, das próprias partes, que se obrigaram pelo conteúdo do contrato, tal fato não retira a sua qualidade de título executivo para efeito da norma contida no art. 585, inc. II, do CPC, isso porque basta que contenha a assinatura de ambos os contratantes, o que representa o acordo de vontades e a obrigação assumida.

Tal compreensão se deve ao fato de que o título que faz prova da relação negocial estabelecida inter pars, como na hipótese em testilha, só possui tal autonomia porque é um instrumento contratual e não um mero documento particular.

A propósito da distinção entre documento e instrumento, Washington de Barros Monteiro, elucida que:

> Documento e instrumento se distinguem por terem identidade própria.
>
> Documento não tem a finalidade pré-estipulada de fazer prova ou de criar o ato jurídico, embora possa, eventualmente, servir de prova preciosa de um ato jurídico, mas não é instrumento, pois quem o fez não teve a intenção de criar o ato jurídico ou de lhe fazer prova.
>
> Instrumento, entretanto, destina-se a dar vida (criar) o ato jurídico ou a ministrar-lhe prova, servindo de exemplo o pacto antenupcial, a nota promissória ou o contrato. (Curso de Direito Civil, vol. 1, Ed. Saraiva, 29ª ed., p.256)

Ainda sobre o instrumento particular leciona Humberto Theodoro Júnior:

> O instrumento particular, diante desse quadro geral da prova por documento, pode ser definido como o 'escrito que, emanado da parte, sem intervenção do oficial público, respeitada certa forma, se destina a constituir, extinguir ou modificar um ato jurídico' (em sentido amplo, de modo a compreender tanto o ato jurídico stricto sensu como o negócio jurídico). (Comentários ao Novo Código Civil, vol. 3, tomo III, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.468)

E, mais adiante, complementa referido doutrinador:

> Antigamente, o Código Civil (1916) exigia, além da firma do declarante, que o instrumento particular contasse com a subscrição de duas testemunhas (art. 135). Essa solenidade adicional que tanta celeuma causara acerca da determinação de sua influência, sobre a força probatória do documento privado, foi abolida pelo Novo Código Civil (art. 221). O que importa, no regime atual, é simplesmente a assinatura da parte. A força probante atua contra ela, porque todo conteúdo de escrito assinado presume-se verdadeiramente contra quem o firmou. (Ob. cit., p.472)

Sobre o tema vejamos jurisprudência, inclusive de minha relatoria:

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL – DESNECESSIDADE – PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO – CONTRATO PARTICULAR – ASSINATURA DE SOMENTE UMA TESTEMUNHA – IRRELEVÂNCIA – TERMO DE RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA – TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – RECURSO IMPROVIDO. [...] É irrelevante a ausência de assinatura de duas testemunhas, para efeitos do artigo 585, inciso II, do CPC, já que o instrumento contratual assinado pelas partes contratantes revela o acordo de vontades e explica o surgimento da obrigação. (TJMS, Ac 2004.004467-4, 4ª T., Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, j. 05/09/2006)

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CARTA DE FIANÇA EM DECORRÊNCIA DO ANALFABETISMO DO EMBARGANTE/FIADOR – ANALFABETISMO NÃO COMPROVADO – PROVA DE QUE O APELANTE CONHECIA O TEOR DO DOCUMENTO – ASSINATURA DE APENAS UMA TESTEMUNHA NO CONTRATO – IRRELEVÂNCIA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. [...] O fato de apenas uma testemunha ter assinado o termo de compromisso não afasta a qualidade de título executivo para efeito da norma contida no artigo 585, inciso II, do CPC, isso porque basta que o contrato contenha a assinatura de ambas as partes contratantes, circunstância esta que revela o acordo de vontades e explica o surgimento da obrigação. [...] (TJMS, Ac 2004.000954-2, 1ª T., Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, j. 01/04/2008)

Diante do exposto, conheço do presente recurso e dou–lhe provimento para, anulando a sentença recorrida, reconhecer como título executivo extrajudicial o instrumento particular firmado entre as partes, bem como para determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem e seu regular prosseguimento na esteira do devido processo legal.

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. Joenildo de Sousa Chaves.

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 Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 16 de maio de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.012613-6 - São Gabriel do Oeste
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INTERDIÇÃO DE PROPRIEDADE RURAL – PROPRIETÁRIO QUE NÃO VACINA O GADO NA DATA DETERMINADA PELO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – PROCEDIMENTO QUE OBSERVA O PREVISTO NA LEGISLAÇÃO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA – ARGUMENTAÇÃO DE QUE NÃO TINHA A POSSE DO GADO À ÉPOCA – ÔNUS PROBATÓRIO DO QUAL O RECORRENTE NÃO SE DESINCUMBIU – RECURSO IMPROVIDO.

A legislação estadual outorga poderes aos organismos de vigilância sanitária para fiscalização do rebanho, a fim de garantir a qualidade da carne, e consequentemente preservar a saúde dos consumidores, bem como salvaguardar a economia do Estado, que tem na pecuária um dos seus mais importantes pilares.

Ao interditar propriedade rural na qual se encontra rebanho não vacinado, a autoridade sanitária age em estrito observância da legislação, comportamento que se espera de todo agente público, em virtude do princípio da legalidade estrita.

Se o recorrente alega que não tinha posse do gado quando da realização da campanha de vacinação promovida pelo órgão de vigilância sanitária, é seu dever comprovar, com documentos atuais, este fato, em obediência às determinações do art. 333 do CPC.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de maio de 2012.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Jucemar dos Santos Vilalba irresignado com a sentença (f. 49-51) do Juiz de Direito da Comarca de São Gabriel do Oeste que indeferiu seu pedido no Mandado de Segurança que impetrou contra ato do Diretor da Agência Estadual de Defesa Sanitária Animal e Vegetal - IAGRO, apela a este Tribunal.

Alega o recorrente que teve sua inscrição de produtor rural bloqueada por ato ilegal da autoridade apontada como coatora, pois, não tinha a posse do gado quando foram realizadas as campanhas de vacinação

coordenadas pelo IAGRO e que, tão logo retomou a posse das reses, cumpriu com a determinação do órgão de vigilância sanitária, vacinando o gado.

Pede a reforma da sentença, para que seja desbloqueada a sua inscrição de produtor rural a fim de que não tenha injustos prejuízos decorrentes da impossibilidade de normal desenvolvimento de sua atividade.

O Recorrido devidamente intimado à f. 63 apresentou contrarrazões à f. 67/76 manifestando pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Jucemar dos Santos Vilalba irresignado com a sentença (f. 49-51) do Juiz de Direito da Comarca de São Gabriel do Oeste que indeferiu seu pedido no Mandado de Segurança que impetrou contra ato do Diretor da Agência Estadual de Defesa Sanitária Animal e Vegetal - IAGRO, apela a este Tribunal.

Alega o recorrente que teve sua inscrição de produtor rural bloqueada por ato ilegal da autoridade apontada como coatora, pois, não tinha a posse do gado quando foram realizadas as campanhas de vacinação coordenadas pelo IAGRO e que, tão logo retomou a posse das reses, cumpriu com a determinação do órgão de vigilância sanitária, vacinando o gado.

Pede a reforma da sentença, para que seja desbloqueada a sua inscrição de produtor rural a fim de que não tenha injustos prejuízos decorrentes da impossibilidade de normal desenvolvimento de sua atividade.

Tenho que o recurso deve ser indeferido.

Vejamos.

Primeiramente cabe observar que é incontroverso que quando da lavratura do auto de infração de f. 12, em 03/11/2010, o gado do recorrente ainda não estava vacinado.

É cediço que o Estado de Mato Grosso do Sul tem tradição e forte vocação para pecuária, e que esta é um dos pilares da economia estadual. Então, é indiscutível a importância do controle sanitário dos rebanhos deste Estado, especialmente no que tange à prevenção da febre aftosa.

Justamente por tais fatores é que a legislação estadual outorgou aos órgãos de vigilância sanitária vasta gama de atribuições e prerrogativas para o efetivo exercício de seu poder de polícia, como se extrai dos dispositivos da Lei Estadual nº 3.823, de 21 de dezembro de 2009, e seus regulamentos.

Não há dúvidas que a legalidade para o administrador é restrita e que deve pautar sua conduta na estrita legalidade, ou seja, somente pode fazer o que a lei expressamente lhe permite (art. 37, caput da CF/88). De outro lado, não pode deixar de fazer quando a lei expressamente lhe ordena.

Este é o comportamento esperado pelo sistema jurídico e dentro dele deve agir. Veja-se entendimento doutrinário sobre a legalidade estrita para o administrador:

> [...] além de não poder atuar contra legem ou praeter legem, a Administração só pode agir secundum legem (Michel Stassinopoulos. traité des Actes Administratifs; Athenas, Librairie Sirey, 1954; p. 69)
>
> O princípio da legalidade é uma das vigas mestras do ordenamento jurídico brasileiro, porque qualquer comando estatal – seja para ordenar ato (ação ou conduta positiva) ou

> abster fato (omissão ou conduta negativa) – a fim de ser juridicamente valido, deve nascer de lei em sentido formal (Uadi Lammêgo Bulos in Constituição federal anotada. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 86)
>
> O princípio da legalidade é talvez o princípio basilar de toda a atividade administrativa. Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe. Essa limitação do administrador é que, em última instancia, garante os indivíduos contra busos de conduta e desvios de objetivos (José dos Santos Carvalho Filho. Manual de direito administrativo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2003, p. 200)
>
> Estando o Estado adstrito ao interesse público, daí segue que o princípio imediatamente ligado à sua supremacia seja o da obediência, por seus agentes, da expressão da vontade geral que, em sentido amplo, é a lei – trata-se do princípio da legalidade. Por outro lado, consagrada à realização do interesse público, não há lugar, na administração, para a preponderância de interesses pessoais de seus agentes, o que dá uma conotação diferente da legalidade, quando comparada com o mesmo princípio em relação aos particulares. A grande conquista da democracia decorre das revoluções liberais, foi o Estado também submeter-se ao império da lei, deixando de ser o Estado policialesco dos regimes absolutistas (Edmir Netto de Araújo. Curso de direito administrativo. 3ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50)
>
> A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim", para o administrador público significa "deve fazer assim (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, 19ª ed. p. 82/83)
>
> O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis (Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de direito administrativo, p. 52, 5ª Ed., Malheiros, São Paulo, 1994).

Desta feita e com base na legalidade estrita (art. 37, *caput* da CF/88), não se verifica a ocorrência de violação à lei para se conceder a segurança pleiteada pelo recorrente.

A Lei Estadual nº 3.823/2009, em seu art. 6º, XI, dispõe que compete à IAGRO: "*indicar ou aplicar medida administrativa ou sanitária e sancionar comportamentos ilícitos, conforme cada caso*".

Regulamentando a legislação sanitária, o Decreto Estadual nº 11.716, de 3 de novembro de 2004, estabelece em seu art. 4º, V, que compete ao órgão de vigilância sanitária:

> [...] a interdição, por descumprimento de medidas sanitárias, profiláticas ou preventivas, de estabelecimento público ou particular, proibição de trânsito de animais e vegetais, seus produtos e subprodutos, e aplicação de multas e outras sanções a infratores de normas legais e administrativas de defesa e inspeção sanitária animal e vegetal.

Logo, não se encontrando o gado vacinado quando da lavratura do auto de infração, não se discute a subsunção do fato à norma, demonstrando que o ato praticado pela autoridade foi legítimo.

Apesar de o recorrente argumentar que não tinha a disponibilidade do gado à época e que por motivo de força maior ficou impedido efetuar a vacinação, verifica-se que não comprovou suas alegações, não se desincumbindo do ônus que lhe impõe o art. 333 do Código de Processo Civil.

Veja-se o disposto no artigo 333 do CPC:

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

Anote-se e repita-se que o apelante/requerido nada provou sobre estes fatos novos. Apenas se limitou a alegar. Se não cumpriu o ônus da prova, então, impossível acolher sua pretensão.

Pela Lição de Humberto Theodoro Júnior:

> No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados 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 (Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, 18ª ed., Forense, p. 421)

Veja por Cândido Rangel Dinamarco:

> 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 (Teoria Geral do Processo. 7 ed. São Paulo: RT, 1990, p. 312)

No caso, o recorrente argumenta que foi impossibilitado de realizar a vacinação dos animais porque estes estavam nas mãos de terceira pessoa. E, em que pese o documento de f. 14, emitido pelo juízo de São Gabriel do Oeste, declarar que o recorrente não era o responsável pelas reses, nota-se que tal documentação é datada de 15/10/2008, mais de três anos antes da ocorrência do ato apontado como ilegal, não servindo, portanto, como prova do que alega o recorrente.

Destarte, sobre a argumentação de que não se encontrava na posse do gado quando da realização das campanhas de vacinação, nada provou o recorrente, deixando incidir o princípio: o que não está nos autos não está no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*).

Isto posto nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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, 23 de maio de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.013944-9- Anaurilândia
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CIVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES DECORRENTE DE COBRANÇA INDEVIDA - ERRO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA – CLONAGEM – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA DE TELEFONIA – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO - DANO MORAL PURO QUE INDENPENDE DE PROVA PARA A SUA INDENIZAÇÃO - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO QUE SE MOSTRA RAZOÁVEL, NÃO DEVENDO SER MAJORADO NEM REDUZIDO - RECURSO IMPROVIDO.

Sendo as empresas de telecomunicações prestadoras de serviço público na modalidade concessão, possuem responsabilidade objetiva pelos danos causados aos seus consumidores, nos termos do que dispõe o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

O dano moral decorrente da ofensa é presumido, não sendo necessária a produção de prova para a sua demonstração.

Deve ser mantido o valor da indenização por danos morais quando se verifica que o juiz não o exacerbou a ponto de propiciar o enriquecimento sem causa por parte do autor, nem o fixou em *quantum* diminuto capaz de ilidir o caráter punitivo da indenização.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de junho de 2012.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Trata-se de recurso de apelação interposto por Vivo S/A, contra sentença prolatada nos autos da ação de indenização por danos morais que lhe move Ortiz e Inague Ltda. ME.

Sustenta que jamais agiu com dolo ou má-fé, sendo que cobrou de forma justa os valores devidos pela recorrida, não havendo falar em danos morais a serem indenizados.

Afirma que atualmente exige-se que os eventuais transtornos sofridos sejam necessariamente aqueles capazes de ofender a honra ou a integridade física ou psíquica da vítima, pois ao contrário não ocorrerá a

configuração do dano moral. E ainda, que não restou comprovado em nenhum momento pela apelante as aflições e angústias que o fatos descritos na inicial teriam lhe causado.

Sustenta ainda que a indenização deve ser fixada dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em consonância com a potencialidade do dano e o grau de culpa das partes, evitando, assim, o enriquecimento sem causa da parte contrária.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso.

Sem contrarrazões.

VOTO

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

Vivo S/A, inconformada com a sentença proferida pelo Juízo singular que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais que lhe move Ortiz e Inague Ltda. ME., apela a este Tribunal.

Consta nos autos, que a apelada teve seus aparelhos de telefonia celular clonados, onde constatou posteriormente a cobrança indevida de ligações nas contas dos meses de outubro e novembro de 2004, emitidas pela apelante.

A apelada contestou a cobraça daquelas ligações por meio do serviço de atendimento ao consumidor, e em razão da inércia da apelante, foi solicitado, via telefone, o cancelamento das linhas telefônicas e do contrato de prestação de serviços, sendo que posteriormente o pedido foi reiterado via fax.

O serviço telefônico foi suspenso e em fevereiro de 2005 a apelada recebeu uma fatura no valor de R$ 3.315,16, estando ainda incluídos os valores das ligações contestadas, que foram feitas através de clonagem.

Mesmo diante da controvérsia acerca do valor devido, a recorrente incluiu o nome da recorrida no cadastro de inadimplentes.

O magistrado singular julgou procedentes os pedidos da ação proposta, confirmando a liminar, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor correspondente a 40 salários mínimos, acrescidos de juros e correção monetária, além de custas processuais e honorários advocatícios.

Pois bem. Tenho que não assiste razão à apelante.

Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, *"as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"*.

Conforme é sabido, a apelante é concessionária de serviço público, atuando na área de exploração do serviço telefônico. Assim sendo, enquadra-se no artigo supracitado, ou seja, tem responsabilidade objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Outrossim, a jurisprudência pátria tem entendido que em relação fornecimento de serviços telefônicos, incide a responsabilidade objetiva, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe, *in verbis*:

> Art. 14 O fornecedor de serviços responde, independente 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.

Nesse sentido:

> AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS - EMPRESA DE TELEFONIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - COBRANÇA INDEVIDA - RISCO DA ATIVIDADE - Inclusão indevida do nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito. Configuração de danos morais. Quantum. 1 - Cabe à empresa de telefonia a certificação dos seus serviços, de modo a prezar pela vigilância e eficiência necessárias para evitar constrangimentos aos clientes. 2 - Responde objetivamente a empresa de telefonia que insere indevidamente o nome do consumidor nos cadastros de proteção ao crédito. [...] (TJDF - APC 2003.0111090850 - Rel. Des. Cruz Macedo - DJU 30.06.2005)

Certo é que, por se tratar de responsabilidade objetiva, era dever da empresa de telefonia provar a inexistência do fato, a inexistência do dano ou a inexistência do nexo causal entre o fato e o dano, o que não ocorreu.

Restou evidente, portanto, o equívoco da apelante, bem como o nexo de causalidade entre seu ato e o dano suportado pela apelada.

Assim, como bem consignou o magistrado singular (f.422-422v):

> No caso dos autos, além de dar causa aos danos suportados pela requerente, concorreu com culpa nas modalidades negligência e imprudência.
>
> A uma, seus serviços mostraram-se inadequados, não proporcionando a devida segurança aos seus usuários, ensejando a clonagem da linha telefônica utilizada pela requerente, a duas, procedeu a inclusão precipitada do nome da requerente no cadastro dos inadimplentes, visto que os valores cobrados estavam em discussão e mostraram-se posteriormente indevidos, e por fim, deixou de proceder a prévia notificação da autora de seu cadastro como inadimplente da dívida indevida.
>
> [...]
>
> Malgrado a desnecessidade da prova dos danos morais sofridos, conforme exposto no início da fundamentação, eles restaram comprovados e de grande monta.
>
> A requerente, empresa que fornece produtos agropecuários – sendo certo que a agropecuária é a principal atividade desta pacata cidade - teve o fornecimento de produtos suspenso por vários fornecedores (fls. 344/347) em virtude de sua inscrição em órgão de proteção ao crédito, o que o levou a ter seu estoque reduzido, (fl. 393), deixando de atender adequadamente seus clientes por falta de produtos, o que lhe um descrédito moral perante a atividade comercial que exerce.

Em relação à determinação da quantia arbitrada a título de danos morais, sabe-se que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o *quantum* a ser fixado a título de indenização por dano moral, esta é uma questão subjetiva, que deve apenas obedecer alguns critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

A determinação da quantia devida, a título de danos morais, fica ao arbítrio do juiz e deve atender a todos os prejuízos morais sofridos pela vítima, obedecendo aos pressupostos essenciais para a sua fixação.

Portanto, na quantificação do dano moral deve-se valer de critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas conseqüências, para que não constitua a reparação do dano, em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Posto isto, apesar da apelante ser conhecida nacionalmente e possuir um expressivo patrimônio, entendo que o *quantum* indenizatório fora fixado razoavelmente, não tão baixo, a ponto de não servir como uma punição à ré/apelante, e nem excessivamente elevado, o que ocasionaria o enriquecimento ilícito da autora, ora apelada.

Assim, o valor arbitrado pelo magistrado *a quo*, além de ser perfeitamente possível de ser reparado pela apelante, compensa, condignamente, os tormentos sofridos pela apelada em razão dos dissabores causados pelo evento ocorrido, mostrando-se em perfeita coerência com casos análogos apreciados por este Tribunal.

Por tais razões, conheço do recurso e **nego-lhe provimento**, mantendo inalterada a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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 junho de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.018550-8 - Bandeirantes
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO LOCAÇÃO – FIANÇA – DEVEDOR SOLIDÁRIO – NULIDADE POR AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA – MATÉRIA NÃO LEVANTADA NA INICIAL – INOVAÇÃO – LEGITIMIDADE DO OUTRO CÔNJUGE – ARTIGO 1.650 DO CC – CLÁUSULA EXPRESSA DISPONDO SOBRE RENUNCIA DO BENEFÍCIO DE ORDEM – AUSÊNCIA DE ABUSO NO DIREITO DE COBRANÇA – NEGADO PROVIMENTO.

1. Não se conhece de matéria de defesa, formulada somente em sede de recurso de apelação cível, que até então não havia sido suscitada.

2. *"A nulidade da fiança não pode ser apontada pelo cônjuge varão subscritor, mas somente pela mulher, em razão da ausência de outorga (art. 239 do Código Civil de 1916). Legitimidade passiva do co-réu que se impõe."* (STJ – AgRg nos EDcl no Ag 1165674/RS).

3. O benefício de ordem não aproveita ao fiador que se obriga como devedor solidário.

4. Na espécie, não restou caracterizado o abuso de direito (art. 187 do CC), no que se refere à demora do locador em ajuizar ação para cobrar 5 (cinco) meses de aluguéis atrasados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 12 de junho de 2012.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Espólio de Gedeão Nogueira da Rocha, qualificado nos Embargos à execução, opostos em face de Aurico Aparecido de Godoy Amaral, interpõe recurso de Apelação Cível contra a sentença que julgou improcedente os embargos.

Alega, em síntese, que: **a)** é nula a fiança celebrada, porquanto a sua esposa não autorizou a transação por meio da outorga uxória; **b)** segundo a Súmula nº 332 do STJ, a fiança prestada sem a autorização de um dos cônjuges implica na ineficácia total da garantia; **c)** a renúncia ao benefício de ordem resulta em ruptura da ordem jurídica; **d)** devem ser afastados os juros e a correção monetária de eventuais dívidas, uma vez que restou configurado o abuso do direito de cobrança, em razão de o locador não ter cobrado os valores do aluguel em um prazo razoável.

Requer o provimento do apelo, para que seja declarado nulo o contrato de locação firmado, tendo em vista a ausência de outorga uxória do fiador, ou que lhe seja concedido o benefício de ordem, a fim de que responda subsidiariamente, ou ainda que sejam revistos os encargos do inadimplemento, em razão da configuração do abuso do direito de cobrança dos aluguéis.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (fl. 42).

Na data de 03 de junho de 2011, a inventariante do Espólio de Gedeão Nogueira da Rocha, informou o falecimento do embargante, a substituição do polo ativo e o prosseguimento do feito (fl. 55-56).

O agravado não apresentou contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

Aurico Aparecido de Godoy Amaral ajuizou ação de execução contra o fiador (o apelante, Gedeão Nogueira da Rocha) de um contrato de locação firmado com o locatário, Joel Gonçalves de Albuquerque, reclamando o pagamento de R$ 4.980,00 (quatro mil, novecentos e oitenta reais), correspondente ao atraso na quitação de 5 (cinco) aluguéis.

Após a propositura da execução, o fiador/apelante, Gedeão Nogueira da Rocha, apresentou embargos à execução, no qual sustentou que: **i)** em razão do benefício de ordem, sua responsabilidade é subsidiária ao locatário, isto é, tem o direito de exigir que, primeiramente, os bens do locatário respondam pela dívida; **ii)** a omissão do locador em cobrar os aluguéis devidos pelo inquilino dentro de um prazo razoável afigura-se abuso do direito de cobrança

Após regular processamento dos embargos, sobreveio a sentença, julgou improcedente os embargos.

Feitas estas considerações, passa-se ao exame das questões deduzidas no recurso.

Entendo que não deve ser conhecida a alegação de nulidade da fiança, em razão da ausência de autorização da esposa do apelante a sua esposa, por meio da outorga uxória, tendo em vista que o apelante inova a matéria em sede recursal, pois em nenhum momento, no curso dos embargos à execução, foi levantada tal nulidade ou mesmo posta em discussão, e nem foi dada oportunidade de o apelado se defender dessa alegação.

Nesse sentido é o aresto, proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a seguir:

> A devolutividade ampla do recurso ordinário em mandado de segurança, tal como na apelação, não permite ao recorrente inovar, alterando o pedido e a causa de pedir formulados na inicial. (RMS 29.711/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009).

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com fulcro no artigo 1.650 do Código Civil,[1] tem se manifestado que a nulidade da fiança, nesses casos, não pode ser apontada pelo cônjuge varão subscritor, mas somente pela mulher, conforme se verifica do seguinte julgado:

1 Art. 1.650. A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros.

> A nulidade da fiança não pode ser apontada pelo cônjuge varão subscritor, mas somente pela mulher, em razão da ausência de outorga (art. 239 do Código Civil de 1916). Legitimidade passiva do co-réu que se impõe. (AgRg nos EDcl no Ag 1165674/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 08/04/2011).

Assim, não conheço da matéria referente à nulidade da fiança, por falta de outorga uxória.

No mais, ao examinar detidamente os autos, concluí que o Juiz Fernando Moreira Freitas da Silva, titular da Vara Única da Comarca de Bandeirantes, MS, analisou devidamente as provas existentes no processo e deu adequada solução ao caso concreto, motivo pelo qual adoto os mesmos fundamentos expostos na sentença para decidir o presente recurso, *in verbis*:

> O embargante alega que não é devedor principal da dívida cobrada nos autos da ação executiva, uma vez que figura apenas como fiador e, por isso, responderia apenas de forma subsidiária pela dívida contraída pelo locatário.
>
> Avocou o benefício de ordem deixando, contudo, de indicar bens do devedor principal, pleiteando que o débito seja cobrado unicamente do locatário.
>
> Ao cotejar os autos, denoto que o embargante figurou com fiador no contrato de locação firmado entre Joel Gonçalves de Albuquerque e o embargado, Aurico Aparecido de Godoy Amaral (f. 06/10 – autos em apenso), e assumiu a obrigação nos seguintes termos:
>
> "12) GARANTIAS: Em garantia do fiel cumprimento de cada uma das obrigações assumidas neste contrato, especialmente do pagamento dos aluguéis, assinam o presente instrumento, na qualidade de FIADOR (ES),anteriormente qualificados, e principais pagadores do LOCATÁRIO, obrigando-se solidariamente com este no cumprimento das cláusulas e condições desta avença e renunciando, expressamente, ao disposto no artigo 1.491, do Código Civil, sendo que tal responsabilidade, perdurará até a entrega efetiva e real das chaves do imóvel, inclusive ocorrendo a hipótese prevista no parágrafo único da cláusula décima e, é extensiva a toda e qualquer modificação na locação resultante da aplicação do texto legal, ou acordo entre as partes:
>
> a) o FIADOR declara, expressamente, reconhecer que a sua responsabilidade perdurará até a entrega das chaves, renunciando, desta parte, a faculdade contida no Código Civil vigente;"
>
> Extrai-se do teor da cláusula supramencionada que o embargante assinou o contrato de locação de f. 06/10, autos em apenso, não apenas como fiador, mas também como responsável solidário, de modo que deve responder pelas obrigações daí advindas até a entrega das chaves.
>
> Segundo Nelson Nery Júnior, a solidariedade "consiste numa relação jurídica obrigacional, baseada na identidade ou unidade da prestação, na qual cada credor e cada devedor tem direito e é obrigado in solidum, isto é, à prestação por inteiro, de sorte que, uma vez satisfeita esta, se extingue toda a dívida" (Soriano, Pareceres, vol. 2, p.181)" (Código Civil Comentado, 4ª edição, Ed. RT, pág. 346).
>
> Assim sendo, caso o locatário não efetue os pagamentos dos alugueres, assume o fiador a obrigação como responsável solidário, devendo responder pelos termos do contrato, ou seja, até a entrega das chaves.
>
> [...]

Portanto, no caso vertente, por se tratar de devedor solidário, fica o embargante responsável pelos pagamentos das prestações atrasadas que não foram realizadas pelo locatário.

Ademais, também não haveria se falar em nulidade da cláusula 12, posto que a renúncia ao benefício de ordem é perfeitamente possível, desde que declarada expressamente.

Na hipótese vertente, o embargante consta no contrato como devedor solidário e, por sua vez, também renunciou expressamente o benefício de ordem.

Logo, a cláusula décima segunda do contrato está em consonância com o artigo 828 do Código Civil, *ex vi*:

"Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador:

I – se ele o renunciou expressamente;

II – se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário."

Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUSPRÓPRIOSFUNDAMENTOS.CIVIL.LOCAÇÃO.ART.535DOCPC.VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE DA FIANÇA POR FALTA DE OUTORGA UXÓRIA. UNIÃO ESTÁVEL NÃO COMPROVADA. REEXAME DE PROVAS. ENUNCIADO Nº 7/STJ. FIANÇA. EXONERAÇÃO. PRORROGAÇÃO CONTRATUAL. SÚMULA Nº 214/STJ. INAPLICABILIDADE. BENEFÍCIO DE ORDEM. NÃO-INCIDÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

6. O benefício de ordem não aproveita ao fiador que se obriga como devedor solidário. Precedentes.

7. Esta Corte firmou compreensão de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locativos.

8. É inviável o exame de afronta a dispositivos constitucionais em sede de recurso especial, instrumento processual que se destina a garantir a autoridade e aplicação uniforme da legislação federal.

9. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp n.º 795731/RS - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL n.º2005/0185618-8 – Relator: Ministro PAULO GALLOTTI - Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 14/10/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 17/11/2008 Ementa) (fls. 21-25).

Como visto, ao contrário do que afirma o apelante, a renúncia ao benefício de ordem é permitida pelo ordenamento jurídico e não importa em *"ruptura da ordem jurídica"*.

Ademais, se o fiador se obrigou como devedor solidário, como é o caso do apelante, a esse não aproveita o benefício de ordem, conforme regra do artigo 828, do Código Civil.

Quanto a alegado abuso do direito de cobrança, não há como ser reconhecido no presente caso.

É certo que o artigo 187 do Código Civil, pune o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos costumes.

Entretanto, no presente caso, não houve demora exagerada do locador/apelado em cobrar, pela via judicial, os aluguéis atrasados, até mesmo porque, ao ajuizar a presente ação, esse pleiteia apenas o valor referente aos 5 (cinco) meses de aluguéis em atraso, acrescido de juros e multa contratual.

Com base em tal circunstância, não é possível concluir que o locador/apelado tenha aguardado 5 (cinco) meses para ajuizar a presente ação, apenas para cobrar juros e correção monetária do devedor.

Na verdade, o que se percebe é exatamente o contrário, isto é, o locador foi diligente ao ajuizar a presente ação de execução de contrato de aluguel em tão pouco tempo, demonstrando assim boa-fé no agir.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso, e na parte conhecida, nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM PARCIALMENTE DO RECURSO E, NA PARTE CONHECIDA, NEGARAM-LHE PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, Dorival Renato Pavan e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 12 de junho de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.001933-6 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – OFENSAS IRROGADAS PELO VIZINHO POR FATO ENVOLVENDO ANIMAL DE ESTIMAÇÃO – PROVA QUE AUTORIZA A CONCLUSÃO NO SENTIDO DO ILÍCITO PRATICADO – DANO MORAL – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A prova dos fatos deduzidos pelas partes deve ser feita por aquele a quem a demonstração de sua ocorrência produz o efeito jurídico de reconhecimento da veracidade dele e, conseqüentemente, da obtenção da vantagem processual corresponde ao acolhimento ou rejeição do pedido contido na inicial.

O demandado, quando incitado a tanto, não se mostrou zeloso em produzir a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora (CPC, art. 333, inciso II), devendo arcar com o ônus processual decorrente de sua desídia.

Comete ato ilícito (CC, art. 186) e deve ser responsabilizado pelo dano moral, aquele que irroga palavras de baixo calão a outrem, derivadas de dissidência de vizinhança envolvendo animal de estimação, proferidas com claro propósito de atingir a honra subjetiva da demandante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara 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 junho de 2012.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

JORGE AURÉLIO LUGO, inconformado com a sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais decorrentes de Calúnia e Difamação[2] promovida por **MARIA ANTÔNIA BERNAL GONÇALVES,** que julgou **procedente** o pedido contido na inicial, **condenando-o** ao pagamento de R$ 2.000,00 (dois mil reais), a título de indenização por danos morais, corrigido monetariamente pelo IGPM, a partir da sentença, acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação, bem como ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios ao patrono da autora, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, interpõe **recurso de apelação**, objetivando sua reforma.

2 Autos nº 0054802-86.2010.8.12.0001, da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande.

Sustenta, em síntese, que: **(a)** a questão de fato posta em julgamento não restou cabalmente demonstrada nos autos; **(b)** não há provas da existência do dano, mas somente a existência de indícios, sem consistência para lastrear uma condenação; **(c)** não há validade nos depoimentos produzidos pela autora, por constituir-se de uma testemunha suspeita de depor e que, no contexto dos autos, sequer deveria ter sido inquirida, mostrando-se inidôneos para efeito de prova; **(d)** uma vez que a transação penal efetivada não gera efeitos civis, tampouco implica o reconhecimento de culpa na esfera civil, cumpria a apelada comprovar o fato constitutivo de seu direito, a teor do art. 333, I, do CPC, do que não se desincumbiu, devendo ser excluída a condenação imposta.

Contrarrazões pelo desprovimento do apelo (fls. 102/109).

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por **JORGE AURÉLIO LUGO,** contra a sentença de fls. 81/82, proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais decorrentes de Calúnia e Difamação promovida por **MARIA ANTÔNIA BERNAL GONÇALVES,** que julgou **procedente** o pedido contido na inicial, **condenando-o** ao pagamento de R$ 2.000,00 (dois mil reais), a título de indenização por danos morais, corrigido monetariamente pelo IGPM, a partir da sentença, acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação, bem como ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios ao patrono da autora, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Síntese fática:

Extrai-se dos autos que a autora ajuizou ação indenizatória, objetivando a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes de calúnia e difamação, no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), alegando que foi vítima de agressões verbais, ocorridas no dia 10/11/2009, quando se encontrava sentada, juntamente com seu marido, na calçada de sua casa, tomando tereré, ocasião em que o requerido saiu para a rua para passear com seu animal de estimação, uma cadela.

Por estar sem um guia, o animal saiu desvairado pela rua e, como de costume, foi para a calçada da autora para fazer suas necessidades físicas; em outras ocasiões, sempre limpou a sujeira deixada pelo animal, mas nesse dia, porque viu o olhar de cinismo do requerido, comentou com seu esposo as atitudes que tinham de suportar do vizinho.

Este, ao ouvir a reclamação, começou a ofendê-la gratuitamente, com palavras de baixo calão, dizendo: "*Cala boca sua vagabunda, vadia, filha da puta. O xixi da minha cadela é mais limpo que sua boca. Vai limpar você sua calçada imunda, cadela*".

Abalada com as ofensas contra si irrogadas, a autora registrou um boletim de ocorrências na Delegacia da Mulher, o qual foi encaminhado para o Juizado Especial Criminal Central, transformando-se na queixa-crime (autos nº 110.10.002066-5), do qual resultou a transação penal, ficando estabelecido que o requerido pagaria quatro cestas básicas para o Hospital do Câncer.

Sustenta a autora que, desde a audiência criminal, se encontra em estado depressivo, tendo que tomar remédios e fazer acompanhamento psiquiátrico, pois foi acometida de fobia social, tendo como conseqüência o fato de que não sai mais de casa, com medo de passar por situação idêntica.

Além do mais, diz, mesmo tendo transacionado na ação penal, o requerido ainda a trata com desdém, pois sempre que cruza com a autora age com cinismo, dando risadas e fazendo comentários quanto ao ocorrido.

Citado, o requerido ofertou contestação (fls. 35/43), aduzindo em sua defesa que: em momento algum teria proferido as palavras de baixo calão mencionadas na inicial; sempre sai para passear com sua cachorra, presa na guia e carrega um saquinho para recolher suas fezes; jamais teve algum problema com qualquer vizinho por causa do animal; a árvore localizada na calçada da vizinha é alvo de todos os animais que passam por ali; não há como deduzir, automaticamente, a admissão de culpa pelo fato de aceitar a transação penal; não há prova dos fatos narrados na inicial, o que impõe a improcedência da demanda, com a condenação da autora nas penas de litigância de má-fé.

A autora impugnou a contestação (fls. 49/51), rejeitando as alegações do requerido e reiterando os termos da inicial.

Instadas a especificarem as provas que pretendiam produzir (fls. 52), o requerido protestou pelo depoimento pessoal da autora e afirmou seu desejo de produzir prova oral em audiência (fls. 66). A autora, por sua vez, também asseverou que pretendia produzir a prova testemunhal (fls. 57).

Na audiência de instrução e julgamento, ouvidas as testemunhas arroladas pela parte autora (fls. 83/86), sobreveio a sentença de fls. 81/82, de julgamento de procedência do pleito indenizatório, em cujo fundamento consta, *verbis*: *"Assim, tenho que a ocorrência da ofensa ficou comprovada e causou à autora dano moral passível de ser indenizado nos termos do art. 186 do Código Civil. A prática do ato ilícito gerador de abalo moral, qual seja, as palavras de baixo calão proferidas pelo réu contra a requerente, o qual, por sua vez, segundo ficou constatado, trouxe efetivos danos para a parte autora e extrapolaram o que se pode entender como mero dissabor do dia-a-dia, mera discussão de vizinhos, sendo que, neste caso, a procedência do pedido é medida que se impõe." (*trecho da sentença – fls. 81).

Feito este breve retrospecto dos fatos, passo ao enfrentamento, em conjunto, das questões jurídicas deduzidas no apelo.

Mérito recursal:

Sustenta o apelante, que a questão de fato posta em julgamento não restou cabalmente demonstrada nos autos, bem como que não há provas da existência do dano, mas somente a existência de indícios, sem consistência para lastrear uma condenação.

A alegação não prospera, como se verá.

Da prova produzida nos autos, pode-se vislumbrar que os fatos se passaram exatamente conforme narrados na inicial. Aliás, há uma coerência nas afirmações da apelada, autora da ação, desde o início, ao contar os fatos da causa.

Basta ver que o próprio recorrente admitiu, em sua contestação (fls. 35/43), que houve sim, um desentendimento entre ambos, causado pela sua cachorra que, ao ser solta, *"correu para uma árvore que existe na calçada da casa da autora e fez xixi"* (fls. 36).

A questão posta sob julgamento é: diante desse desentendimento, ocorreu ou não a ofensa que a apelada afirmou ter sido proferida pelo apelante, na qual ele teria dito: "*Cala boca sua vagabunda, vadia, filha da puta. O xixi da minha cadela é mais limpo que sua boca. Vai limpar você sua calçada imunda, cadela".*

Conquanto a prova oral esteja restrita àquela produzida em razão do depoimento pessoal da autora (fls. 83), da oitiva de seu marido (fls. 85) e de uma vizinha que foi contraditada e teve que ser ouvida como informante (fls. 86), fácil perceber uma coerência entre as essas declarações e o que restou afirmado desde a inicial.

Com efeito, é possível vislumbrar dos depoimentos testemunhais, a ofensa gratuita irrogada à requerente, ao que o seu marido tudo ouviu e assistiu passivamente, já que estava sentado ao lado da apelada, na calçada, enquanto tomavam tereré.

As mesmas expressões agressivas que afirmou terem sido proferidas pelo apelante, a apelada repetiu também quando do registro do boletim de ocorrências na 1ª Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher – DEAM (fls. 11).

O fato de ter sido registrado seis dias depois do ocorrido não lhe retira o seu valor informativo, porquanto pressupõe que a parte teve tempo suficiente para refletir se compensava iniciar a demanda contra seu vizinho.

Ademais, em casos dessa natureza, em que o pleito indenizatório se origina da alegação de injúria verbal, de pouca duração e por dissidência de vizinhança, não há como produzir outro meio de prova que não seja a testemunhal, e assim mesmo restrito àqueles que efetivamente presenciaram o ocorrido.

Assevera também o apelante, que não há validade nos depoimentos produzidos pela autora, por constituir-se de uma testemunha suspeita de depor e que cumpria a apelada comprovar o fato constitutivo de seu direito, a teor do art. 333, I, do CPC, do que não se desincumbiu, devendo ser excluída a condenação imposta.

Sem razão, no entanto.

O apelante não tem sequer o direito de reclamar quanto à precariedade da prova do alegado, pois quando instado pelo juiz da causa a apresentar o rol de testemunhas (fls. 59), quedou-se inerte (fls. 60), dando causa à declaração de preclusão para o ato (fls. 61).

Como se sabe, é da essência do ônus da prova a regra de que cada parte deve sempre produzir a prova das alegações que fizer. Na espécie, a autora se desincumbiu do ônus de provar a existência dos fatos constitutivos de seu direito à indenização que reclama.

Nesse passo, a prova dos fatos deduzidos pelas partes deve ser feita por aquele a quem a demonstração de sua ocorrência produz o efeito jurídico de reconhecimento da veracidade dele e, conseqüentemente, da obtenção da vantagem processual corresponde ao acolhimento ou rejeição do pedido contido na inicial.

No caso dos autos, o apelante, quando teve oportunidade para tanto, não se mostrou zeloso em produzir a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, ora apelada (CPC, art. 333, inciso II), devendo, portanto, arcar com o ônus processual decorrente de sua desídia.

Vale dizer: *"a sistemática do ônus da prova no Processo Civil Brasileiro (CPC, art. 333, I e II) guia-se pelo interesse. Regula-se pela máxima: "o ônus da prova incumbe a quem dela terá proveito" (STJ – REsp. 311370/SP, 3ª. Turma. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. DJ 24.05.2004, p. 256)*.

Sobre o tema, oportuna a lição de ANTONIO CARLOS MARCATO, em seu "Código de Processo Civil Interpretado", 3ª Ed. Revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 2008, p. 1060:

> Na prática, o ônus da prova indica a parte que deixará de ser beneficiada com a consideração, nos termos de sua versão, de um fato (afirmado ou negado) de seu interesse, quando acerca do mesmo não se tenha prova suficiente. Se a parte a quem toca o ônus afirma a existência do fato, a sentença não o levará em conta, e se pretende negá-lo, tratará do mesmo como se ocorrido; em qualquer hipótese, contudo, é relevante notar que a conclusão judicial nesses casos não será da mesma ordem que aquela advinda da certeza em torno do fato, já que a própria dúvida aqui tomada como pressuposto impede uma afirmação peremptória. O juiz se limitará a fazer alusão ao critério legal previsto em matéria de ônus, e por força dele à impossibilidade do acolhimento, na decisão, desta ou daquela versão, sem necessariamente excluí-la no plano real.

Considerados os termos chulos irrogados pelo apelante contra a apelada, evidente que aquele se excedeu na resolução de uma questão tão banal, envolvendo seu animal de estimação. Por isso, é evidente que cometeu ato ilícito, consistente nas palavras de baixo calão, derivadas de dissidência de vizinhança, proferidas que foram com claro propósito de atingir a honra subjetiva da apelada.

Resta claro, pois, que as ofensas verbais enunciadas pelo apelante contra a autora da ação realmente aconteceram, na presença de seu marido e de uma vizinha que assistiu a tudo, e que dos insultos proferidos a apelada experimentou os danos morais, cuja obrigação de repará-los deve ser, sim, atribuída ao recorrente, exatamente como reconhecido pela sentença combatida.

A propósito, confira-se a jurisprudência pátria:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. OFENSAS VERBAIS. PROVA QUE AUTORIZA A CONCLUSÃO NO SENTIDO DO ILÍCITO PRATICADO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. Preliminar de intempestividade do apelo afastada. Apelação desprovida. (TJRS, AC nº 74766-34.2011.8.21.7000 – Bagé, Nona Câmara Cível, rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 29/06/2011, DJERS 04/07/2011 - destaquei).

Logo, nenhum reparo está a merecer a sentença, cuja manutenção, por seus próprios e judiciosos fundamentos, é medida que se impõe.

Dispositivo:

Forte no exposto, conheço do recurso, mas lhe **nego provimento**, mantendo inalterada a sentença guerreada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, Dorival Renato Pavan e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 12 de junho de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.011947-8 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA–APELAÇÃOCÍVEL–AÇÃODEOBRIGAÇÃODEFAZER–FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO – DIREITO À SAÚDE – DEVER DO ESTADO (SENTIDO AMPLO) ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE – RESERVA DO POSSÍVEL – OBSERVÂNCIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL – RECURSO PROVIDO.

1. Constitui dever do Estado, em sentido lato (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), zelar pela saúde do indivíduo, de sorte que o Município requerido pode ser compelido a fornecer o alimento indispensável ao tratamento de doença que acomete pessoa desprovida de recursos financeiros.

2. O princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial, visto que se deve garantir ao cidadão um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais se inclui o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara 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 maio de 2012.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Antônio Olivio da Silva Neto, menor impúbere representado por sua genitora Mirlaine Fernandes de Melo, apela (f. 50-3) contra a sentença (f. 48-9) que julgou improcedente o pedido de tratamento de saúde que formulou em face do Município de Campo Grande.

Narra que tem 2 anos e 9 meses de idade e está acometido de grave enfermidade, qual seja, alergia alimentar grave com manifestações gastrointestinais (diarreia crônica), manifestações cutâneas (dermatite disseminada), baixo ganho ponderal (baixo ganho de peso) e estatural (baixo ganho de estatura), CID T78.1.

Alega que, em virtude da doença e da negativa do Município a fornecer-lhe o alimento prescrito por médico, necessita da intervenção do Poder Judiciário.

Aduz que a sentença desconsiderou o laudo de f. 14 e, com relação ao laudo de f. 30, é de se observar que em momento algum disse que o alimento recomendado é o único que deva usar, tanto que há afirmação

no sentido de que está fazendo alimentação baseada em sucos e alimentos sólidos, isentos de leite de vaca ou de soja.

Acentua que, todavia, o alimento indicado serve para complementar sua alimentação, porque seu organismo não encontra todos os nutrientes para seu desenvolvimento somente nos sucos e alimentos sólidos que possa consumir.

Requer seja reformada a sentença, a fim de obrigar o apelado a fornecer o alimento descrito na inicial, por tempo indeterminado.

Em contrarrazões (f. 57-60), o apelado pugna pelo desprovimento do recurso.

A 8ª Defensoria Pública Cível de Segunda Instância manifesta-se (f. 64-95) pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

Antônio Olivio da Silva Neto, menor impúbere nascido aos 15.4.2009, representado por sua genitora, ajuizou a presente ação de obrigação de fazer em face do Município de Campo Grande, narrando que é portador de alergia alimentar grave com manifestações gastrointestinais (diarreia crônica), manifestações cutâneas (dermatite disseminada), baixo ganho ponderal (baixo ganho de peso) e estatural (baixo ganho de estatura), CID T78.1, necessitando, para tratamento da doença, de leite hidrolisado proteico.

Aduziu que o tratamento possui custo elevado, no valor aproximado de R$ 500,00 (quinhentos reais) cada lata, perfazendo custo mensal de R$ 7.000,00 (sete mil reais), valor que não pode ser suportado por sua família.

Juntou aos autos dois laudos emitidos pela Dra. Marcela Barbosa Correia de Farias, médica de castro e hepatologia pediátrica, CRM-MS 4908.

No primeiro, em receituário exclusivo para rede municipal de saúde da Prefeitura Municipal de Campo Grande (f. 14), a médica descreve a patologia e esclarece que:

> Não houve sucesso com o início de fórmulas de soja, sendo necessário o uso de hidrolisado proteico.
>
> O leite em questão não é fornecido na via pública sendo este alimento essencial para a criança no momento.
>
> Tempo de uso – Indeterminado
>
> Sugestão – Neocate.

Os autos foram remetidos à Câmara Técnica em Saúde (Cates), que emitiu parecer (f. 21-3) no qual aludiu aos tratamentos possíveis e apresentando as seguintes conclusões:

> II – Tratamentos possíveis e tratamentos realizados.
>
> Até o momento, não existe um medicamento específico para prevenir a alergia alimentar. Uma vez diagnosticada, são utilizados medicamentos específicos para o tratamento dos sintomas (crise), sendo de extrema importância fornecer orientações ao paciente e familiares para que se evitem novos contatos com o alimento desencadeante.

> Há outros tipos de fórmulas a serem utilizadas por crianças com alergia alimentar que são: fórmulas à base de soja, fórmulas isentas de lactose, fórmulas semi-elementares e somente após estas tentativas, as fórmulas elementares, nas quais o hidrolisado proteico está incluído.
>
> No laudo médico apresentado, é citada a tentativa anterior com o uso do leite de soja.
>
> [...]
>
> IX – Conclusão favorável ou desfavorável ao pedido.
>
> Considerando que o requerente apresenta Alergia Alimentar não especificada;
>
> Considerando que não foram apresentados exames que demonstram o tipo de alergia que acomete o requerente;
>
> Considerando que há requisitos a serem seguidos, de acordo com o American Academy os Pediatrics Committee, que indica o uso de fórmula à base de soja para crianças: cujas necessidades nutricionais não são preenchidas pelo leite materno; com deficiência transitória de lactase; nascidas com galactosemia ou deficiência hereditária de lactase; documentada alergia ao leite de vaca mediada por IgE;
>
> Considerando que há outros tipos de fórmulas a serem utilizadas por crianças com alergia alimentar, antes da solicitada, que são: fórmulas à base de soja (já utilizadas pelo paciente), fórmulas isentas de lactose, fórmulas semi-elementares e somente após estas tentativas, as fórmulas elementares, nas quais o hidrolisado proteico está incluindo;
>
> Considerando que não há risco iminente à vida do requerente;
>
> Esta Câmara Técnica é desfavorável ao atendimento do pedido.

O autor foi então intimado para trazer aos autos laudo médico esclarecendo se as fórmulas mencionadas no item II do parecer da Cates já foram utilizadas (f. 24).

Sobreveio o segundo laudo (f. 30) da médica que assiste o paciente, esclarecendo que:

> O menor é portador de Alergia Alimentar. Esta doença nem sempre apresenta exames laboratoriais compatíveis com as manifestações clínicas.
>
> Os principais sintomas do menor são:
>
> 1. Diarreia aquosa raias de sangue variando de 7 a 10 episódios ao dia.
>
> 2. Descamação profunda da pele com pontos hemorrágicos e feridas que se tornam pústulas.
>
> 3. Irritabilidade extrema devido a cólicas intestinais.
>
> 4. Baixo ganho pondero-estatural.
>
> Inicialmente foi dado ao paciente leite de soja não havendo regressão dos sintomas e leite de cabra. Com este último houve piora dos sintomas. Após foi iniciado fórmula isenta de lactose sem sucesso novamente.
>
> Conversei com a família e conseguimos emprestado 1 lata de Hidrolisado Proteico.

> O paciente teve regressão total dos sintomas. Até o momento sem condições de comprar o leite, indiquei o uso de mamadeira de frango porém houve recusa da criança na aceitação.
>
> Agora a alimentação é baseada em sucos e alimentos sólidos isentos de qualquer derivado de leite de vaca ou soja.
>
> Em razão do quadro, a dieta mais apropriada é a totalmente isenta de leite de vaca. Por isso o produto solicitado para complementar a alimentação é composto de aminoácidos que representam a menor porção de proteína do leite – Hidrolisado Proteico.

Apesar desse segundo laudo, o Juízo *a quo* entendeu que a pretensão exordial não se encontra abrigada pela razoabilidade, uma vez que *"o autor já tem mais de dois anos de idade, e consta no laudo de f. 30 que 'a dieta mais adequada é a totalmente isenta do leite de vaca'. No entanto, o mesmo laudo de f. 30 afirma, após descrever as diversas tentativas de tratamento do autor, que 'agora a alimentação é baseada em sucos e alimentos sólidos isentos de qualquer derivado de leite de vaca ou soja'."* (f. 49).

Inferiu que, assim, *"por não ser o alimento pleiteado o único que poderá ser consumido pelo autor, não há que se falar em obrigação do Estado em custeá-lo apenas por opção do médico"* (f. 30).

Sem deslustrar o brilho da sentença, peço vênia para proferir entendimento contrário.

O parecer da Cates foi emitido quando ainda não se encontravam nos autos as informações prestadas pela médica que assiste o autor no segundo laudo (f. 30).

Neste segundo documento, porém, a gastro-pediatra narra que a receita do leite hidrolisado proteico só foi emitida depois de haver tentado fazer o tratamento do paciente com leite de soja e leite de cabra, bem assim de fórmula isenta de lactose, sem sucesso em todos os casos.

A regressão total dos sintomas só ocorreu quando se experimentou o leite hidrolisado proteico.

Logo, a meu ver, as tentativas frustradas e o sucesso com o alimento mencionado são suficientes para evidenciar que o tratamento deve ser feito de acordo com a prescrição médica.

Em repetidas oportunidades, tenho manifestado o entendimento de que o médico que assiste o paciente é o profissional a quem incumbe a responsabilidade de prescrever o tratamento e a oportunidade adequados à pessoa.

De fato, não cabe ao Poder Judiciário a missão de, baseado numa tese de defesa jurídica, definir se tal ou qual medicamento ou procedimento cirúrgico é ou não apropriado para a crise de saúde que embasa o pedido formulado e se há ou não urgência.

Se o paciente confia sua saúde e vida a um facultativo, a quem está acometido o dever profissional e moral de estabelecer os caminhos mais adequados para a sustentação da vida, a manutenção ou recuperação da saúde, a amenização da dor e do sofrimento, devem-se respeitar suas prescrições farmacológicas e cirúrgicas.

O médico, em contato imediato com o paciente, atende a pessoa física de acordo com suas necessidades etiológicas.

A Medicina, a seu turno, não é uma ciência exata.

Por isso, não é possível aferir, a priori, com certeza matemática, se determinada proposta será ou não viável para assegurar a sobrevivência, manter ou recuperar a saúde, aliviar a dor.

Os protocolos clínicos e os estudos científicos indicam direções válidas a seguir, mas não garantem sucesso absoluto no combate à doença.

É natural, portanto, até mesmo esperável que haja diferentes pontos-de-vista médicos acerca do melhor caminho para tratar os males que afligem determinada pessoa.

Logo, se houver discordância entre diferentes médicos acerca do tratamento a ser oferecido ao paciente, impõe-se respeitar aquele proposto pelo facultativo que atende a pessoa, por ser o profissional encarregado de oferecer-lhe as opções mais convenientes.

Ao Poder Público incumbe propiciar as condições para o tratamento adequado, ainda que seja por meio de ordem judicial para que sejam fornecidas as medicações prescritas pelo médico.

No caso vertente, o apelante está sendo assistido por médica da rede municipal de saúde do Município de Campo Grande (f. 14), portanto, integrante do Sistema Único de Saúde, a qual demonstrou pleno conhecimento das alternativas disponíveis no SUS para o tratamento da doença e, ainda assim, tendo em conta as tentativas infrutíferas e o sucesso com a última solução, prescreveu o alimento negado pelo apelado.

Portanto, penso que deve ser prestigiada a indicação médica favorável ao paciente.

A respeito da questão litigiosa, colhem-se no acervo deste Tribunal de Justiça os seguintes julgados:

> REEXAME DE SENTENÇA E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO – PRELIMINARES: ILEGITIMIDADE ATIVA DO MP; ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO; CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADAS – DIREITO À SAÚDE – DEVER DO ESTADO (SENTIDO AMPLO) ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE – RESERVA DO POSSÍVEL – OBSERVÂNCIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL – RECURSOS IMPROVIDOS.
>
> [...]
>
> Como constitui dever do Estado, em sentido lato (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), zelar pela saúde do indivíduo, pode ser compelido a fornecer medicamentos indispensáveis ao tratamento de doença que acomete pessoa desprovida de recursos financeiros.
>
> O princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial, visto que se deve garantir ao cidadão um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais se inclui o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade.[1]
>
> APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – DEVER IMPOSTO PELA NORMA INSCULPIDA NO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – FORMALIDADE BUROCRÁTICA IMPOSTA POR PORTARIA QUE NÃO DEVE PREVALECER ANTE UM DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.
>
> Possui o Estado o dever constitucional de proporcionar assistência médica ao cidadão que a necessite, não podendo o poder público esquivar-se de sua obrigação, tendo

1 TJMS, Apelação Cível - Lei Especial - N. 2010.032424-8/0000-00 - Paranaíba. Quarta Turma Cível. Rel. Des. Josué de Oliveira. J. em 10.2.2011.

em vista a o estado clínico do apelado, que necessita de atendimento ortopédico para ter uma melhor qualidade de vida.[2]

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINARES – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – CHAMAMENTO AO PROCESSO – AFASTADAS – MÉRITO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO AOS NECESSITADOS – OBRIGAÇÃO QUE É IMPOSTA A TODOS OS DEVEDORES, DE FORMA SOLIDÁRIA – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

[...]

Havendo laudo médico comprovando a enfermidade e a necessidade de utilização de medicamento para o seu tratamento, somando-se ao fato de a União, o Estado e o Município têm o dever de garantir a saúde a todos os que dela necessitam, não é crível meras Portarias ou acordos restrinjam o alcance de uma norma constitucional (artigo 196), a ponto de vedar um direito garantido.

O dever de fornecer medicamentos indispensáveis para a manutenção da saúde e da vida do cidadão não viola a teoria da reserva do possível, tendo em vista que, por se tratar de resguardo de um padrão básico de vida, não se deve cogitar de sobrecarga orçamentária, devendo a competência reservada ao legislativo quanto à escolha do momento e dos meios necessários ao adimplemento dessas normas ceder espaço à dignidade da pessoa humana.

Recursos conhecidos e não providos.[3]

Saliente que, no caso em apreço, não vigora a concepção de que deve ser respeitado o princípio da reserva do possível. Isto porque tal princípio não pode ser oposto a outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial, que é o conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana digna.

Desse modo, primeiro deve-se garantir ao cidadão um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais se inclui o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade, para então ser cogitada a efetivação de outros gastos.

Esse mínimo essencial não pode ser postergado e deve ser a primeira prioridade do Poder Público.

Julgado que representa bem esse conflito entre a reserva do possível e o mínimo existencial é o seguinte:

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

[...]

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada

2 TJMS, Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.023146-5/0000-00 - Campo Grande. Primeira Turma Cível. Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves. J. em 17.8.2011.

3 TJMS, Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.022256-9/0000-00 - Campo Grande. Terceira Turma Cível. Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. J. em 2.8.2011.

> política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. [...].[4]

Convém ressaltar, por outro lado, que, embora tenha sido prescrito tratamento por prazo indeterminado, o autor deve, periodicamente, comprovar que ainda tem necessidade do alimento, sem olvidar que o tratamento efetivamente terá início com o julgamento favorável à sua pretensão.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido inicial e condenar o Município de Campo Grande a fornecer ao paciente Antônio Olivio da Silva Neto, mensalmente, a partir da intimação do acórdão, 14 (quatorze) latas de leite hidrolisado proteico (marca sugerida: Neocate), enquanto durar o tratamento, mediante comprovação feita pelo paciente, a cada trimestre, de que ainda tem necessidade do alimento.

Fica o requerido condenado a pagar R$ 1.000,00 (mil reais) de honorários advocatícios da sucumbência.

Sem custas.

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. Dorival Renato Pavan.

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, 15 de maio de 2012.

***

4 STJ, AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010.

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.013791-9 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – TERMO DE COMPROMISSO DE PAGAMENTO DE DÍVIDA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR – COAÇÃO – ASSINATURA DO TERMO EM MOMENTO DE DANO EFETIVO E IMINENTE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 17 de maio de 2012.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Cuida-se de recurso de apelação interposto pela UNIMED Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico, contra a decisão singular que julgou improcedente sua ação de cobrança intentada em desfavor de Afrânio Quadros Nantes e Jorge da Silva, por entender que o contrato ora cobrado foi celebrado mediante coação.

Aduz a Cooperativa apelante a decisão não pode ser proferida pela de forma sentimentalista. Que a sentença possui vício, pois impôs à si a responsabilidade estatal de garantia à saúde e proteção a vida dos cidadãos. Que os apelados buscaram o hospital particular por vontade livre e consciente e que os serviços prestados não eram triviais, mas sim tratamentos complexos. Por iso, requer o reconhecimento da validade do crédito constituído, bem como a reforma integral da sentença, para que ao final sejam os apelados condenados ao pagamento da dívida executada.

Contrarrazões às fls. 208/210.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação interposto pela UNIMED Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico, contra a decisão singular que julgou improcedente sua ação de cobrança intentada em desfavor de Afrânio Quadros Nantes e Jorge da Silva.

DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO:

Inicialmente, entendo por bem clarear qualquer dúvida que possa vir a surgir quanto no que diz respeito à tempestividade do recurso.

No caso dos autos, tenho que o equívoco, quanto à folha de rosto apresentada no recurso, não tem o condão de gerar a intempestividade recursal, principalmente pelo fato de que tal erro material não trouxe qualquer prejuízo às partes, tampouco ao processo.

Ainda, ressalto que, mesmo diante do erro material, a petição da folha de rosto do recurso de apelação cumpriu com sua principal finalidade, qual seja, foi eficaz para comprovação da data da interposição do recurso. Por isso, diante dos princípios da instrumentalidade das formas, celeridade e efetividade processual. Tenho o recurso como tempestivo.

São os julgados sobre a matéria:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPLEMENTAÇÃO DE PREPARO. INTEMPESTIVIDADE. INOCORRÊNCIA. ERRO MATERIAL. DESERÇÃO AFASTADA. PRECEDENTES. 1. Trata-se de recurso especial interposto por Micti Indústria Metalúrgica Ltda. contra acórdão que negou provimento a agravo regimental que objetivava afastar a deserção decretada ao agravo de instrumento. O Tribunal de origem entendeu que a deserção somente poderia ser relevada quando presente justo impedimento que implicasse a ausência de prova atinente à complementação do preparo, concluindo que o extravio da petição que comprovaria a tempestividade não configura tal impedimento, posto que se deu em razão de indicação de número de feito diverso na referida petição. No recurso especial, alega-se violação dos artigos 511, § 2º, 522 e 524 do CPC, argumentando que a determinação de complementar o preparo foi cumprida dentro do prazo insculpido no artigo 511, § 2º, do CPC, e que a pena de deserção aplicada consubstancia obstrução ao exercício do amplo direito de defesa. Aduz dissídio jurisprudencial com julgado desta Corte Superior que entendeu ser possível a complementação das despesas processuais até mesmo quando do retorno dos autos à instância de origem. 2. Na espécie, a despeito de a recorrente ter feito referência ao processo de modo equivocado na petição que comprovaria a complementação do preparo, anotou nela, acertadamente, o número dos autos de origem. Além do mais, na guia DARF anexada estavam corretos os registros, tanto do processo, quanto do feito originário. Ocorrência de mero erro material. 3. É entendimento desta Corte que o erro material não tem o condão de obstar o prosseguimento do recurso mediante a deserção, sob pena de abraçar o excesso de rigor formal em detrimento da prestação jurisdicional pleiteada. 4. Precedentes: REsp 572312/SC, 1ª Turma, DJ 08.03.2004; EDcl no REsp 462842/MG, 2ª Turma, DJ 27.06.2005; REsp 541266/RJ, 3ª Turma, DJ 24.11.2003; AgRg no REsp 329009/SP, 2ª Turma, DJ 31.03.2003; REsp 160788/SP, 5ª Turma, DJ 06.09.1999. 5. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 751.938/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2006, DJ 14/12/2006, p. 262)

> RECURSO. APELAÇÃO. INTERPOSIÇÃO TEMPESTIVA, MAS COM ENDEREÇAMENTO EQUIVOCADO. MERO ERRO MATERIAL SANADO. RECURSO CONHECIDO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. ICMS. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO ACERCA DO AN DEBEATUR. Certidão de Dívida Ativa como documento hábil e apto para representar o crédito tributário. Aplicação da taxa SELIC. Cabimento. Recurso desprovido. (TJ-SP; APL 0007953-08.2009.8.26.0161; Ac. 5608960; Diadema; Décima Terceira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Borelli Thomaz; Julg. 14/12/2011; DJESP 16/01/2012)

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EXTINÇÃO PROCESSO. APELAÇÃO. IMPULSO PROCESSUAL. PETIÇÃO. ENDEREÇAMENTO. ERRO MATERIAL 1)

> Padece de nulidade consubstanciada em cerceio de defesa e, por isso deve ser cassada, a sentença que extingue o feito por inatividade processual, se a parte praticou o ato que lhe incumbia, tempestivamente, mesmo tendo protocolado a petição em juízo diverso daquele em que tramita sua causa. Precedente do TJAP. 2) Apelo provido. (TJ-AP; APL 0001542-19.2005.8.03.0002; Câmara Única; Rel. Des. Edinardo Souza; Julg. 11/11/2011; DJEAP 17/11/2011; Pág. 27)

Assim, tenho o recurso como tempestivo e, consequentemente, passo à análise do mérito recursal.

MÉRITO:

No mérito a apelante insurge-se contra a decisão singular alegando, em síntese, que o magistrado não pode julgar com sentimentalismo, que o contrato celebrado e a dívida contraída de forma voluntária e consciente, assim, faz *jus* ao recebimento da contraprestação do serviço despendido aos apelados.

O magistrado singular julgou improcedente a ação de cobrança, entendendo que houve coação no momento da celebração do contrato, uma vez que quando da assinatura do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares, o apelado Afrânio encontrava-se em situação de desespero, ao socorrer o apelado Jorge da Silva que sofria um AVC naquele momento, sendo que o Hospital Miguel Couto era o local mais próximo de onde estavam os executados/apelados e o estabelecimento exigiu a assinatura do termo de compromisso para que realizasse o atendimento médico de emergência.

Após detida análise dos autos, verifico que a prestação do serviço médico-hospitalar, bem como a assinatura do termo de compromisso são fatos aceitos por ambas as partes, de forma que a única controvérsia existente cinge-se à existência ou não de coação quando da assinatura do termo de compromisso.

Sobre o tema leciona Sílvio de Salvo Venosa:

> A questão primordial que se analisa é aquela na qual o indivíduo, de acordo com as circunstâncias, não possui outra saída ou alternativa viável. Stolze Gagliano e Pamplona Filho apontam, como atual exemplo, o ato de garantia (fiança, aval ou emissão de cheque) prestado por indivíduo que pretenda internar, em caráter de urgência, um parente seu ou pessoa grada em estabelecimento hospitalar e se vê na contingência de só obter a internação mediante a emissão da garantia (2002:379). Essa situação corriqueira é mórbida, para dizer o mínimo, e se amolda perfeitamente ao tema sob enfoque. (Direito Civil, Parte Geral, Terceira Edição, Editora Atlas, pág. 464)

Assim, nota-se que a coação se dá quando da existência de uma ameaça de dano, o que entendo como devidamente caracterizado no caso em testilha.

Vejamos o depoimento da testemunha Nilton César dos Reis em juízo:

> [...] o requerido Jorge foi encaminhado para uma UTI móvel para que fosse deslocado para outro hospital; os atendentes apresentaram alguns papéis para o depoente e o requerido Afrânio a fim de que assinassem para que o requerido Jorge fosse encaminhado para fazer o exame, pois naquele local não se realizava tal exame; esclarece que apenas o requerido Afrânio assinou a documentação e o depoente apenas presenciou; o requerido Afrânio assinou a documentação porque se não assinasse não seria feito o exame e também porque trabalhava na mesma empresa que o requerido Jorge, sendo que o declarante trabalhava em outra empresa; a família do requerido Jorge não se encontrava no local, sendo que chegou depois que o requerido Afrânio havia assinado a documentação; [...].

Assim, inconteste que o requerido/apelado assinou o termo de compromisso em momento que se via diante de uma ameaça iminente e concreta de dano, colocando à prova a vida de um dos apelados/executados.

Aliás, em casos semelhantes, não foi diferente o posicionamento da jurisprudência dominante neste Tribunal, in verbis:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA – DESPESAS HOSPITALARES E HONORÁRIOS MÉDICOS – INTERNAÇÃO PARTICULAR EM NOSOCÔMIO CONVENIADO AO SUS DE VÍTIMA DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – CONDUTA NEGLIGENTE DO HOSPITAL – DEVER DE INFORMAR ACERCA DO ATENDIMENTO – COAÇÃO CARACTERIZADA – NULIDADE DO TERMO DE RESPONSABILIDADE E DEVOLUÇÃO DO VALOR PRESTADO A TÍTULO DE CAUÇÃO DETERMINADAS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Sendo possível a internação de pessoa, com poucos recursos econômicos, pelo SUS, não deve ser acolhido o pedido de cobrança para pagamento das despesas médico-hospitalares do terceiro que prestou socorro ao acidentado. É dever do nosocômio informar ao paciente ou interessados, no momento da internação de urgência, sobre o atendimento pelo SUS, sob pena de eivar de má-fé qualquer ato posterior de cobrança, caracterizando vício de vontade na constituição do crédito cobrado, o que o torna inexigível. (TJ/MS Apelação Cível - Ordinário - N. 2006.017317-4/0000-00 - Corumbá. Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.4.6.2009)
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA – PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – APLICAÇÃO DO CDC – INTERNAÇÃO DE EMERGÊNCIA – LEUCEMIA MIELOIDE AGUDA – COBRANÇAS DE VALORES – INDEVIDA – PREVISÃO CONTRATUAL E LEGAL – PROCEDIMENTO DE EMERGÊNCIA – RISCO IMEDIATO DE VIDA – OBRIGAÇÃO DE COBERTURA – LEI N. 9.656/98 – CONTRATO COLETIVO DE ADESÃO CELEBRADO ENTRE DUAS PESSOAS JURÍDICAS – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA PAGAMENTO DAS DESPESAS – NULO – COAÇÃO – CARACTERIZADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Não é devida a cobrança das despesas médicas e hospitalares efetuadas pelo paciente, quando se conjugar a ocorrência de uma situação de urgência ou emergência à impossibilidade de utilização dos serviços conveniados e à previsão contratual.
>
> Os consumidores não intervêm na formação do vínculo contratual, pois a contratação não é feita por eles, e sim pela empresa empregadora (ou entidade representativa deles), mas os direitos que nascem da contratação, dentre os quais o de auferir prestação continuada de serviços e cobertura de custos de assistência à saúde, revertem em favor deles.
>
> Caracterizado o defeito do negócio jurídico (Termo de Autorização), ante a ocorrência de vício de consentimento da coação, deve ser anulado o ato. (Apelação Cível n° 2007.020785-6 – Três Lagoas – Relator Rêmolo Letteriello)
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DESCONSTITUTIVA DE NEGÓCIO JURÍDICO. CONTRATO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR. AVENÇA FIRMADA POR PESSOA QUE LEVOU PACIENTE EM ESTADO GRAVE PARA INTERNAÇÃO. CONTRATO PREVIAMENTE REDIGIDO ONDE ASSUMIU RESPONSABILIDADE PELAS DESPESAS. CONVENÇÃO CELEBRADA EM ESTADO DE PERIGO. SITUAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO A QUAL DEVEM SER APLICADOS OS PRINCÍPIOS DA COAÇÃO. COBRANÇA

> INSUBSISTENTE. NÃO PROVIDO. O parágrafo único do artigo 156 do Código Civil que trata sobre o estado de perigo dispõe que em não sendo pessoa da família, o magistrado decidirá segundo circunstâncias do caso concreto acerca da configuração da referida necessidade de assumir obrigação para salvar outrem. Analisando detidamente o caderno processual, verifica-se que não há como responsabilizar a apelada pelo montante da dívida. Isso porque quando da internação no paciente em estado grave, a pessoa que o acompanhava era funcionário de outra empresa, sem nenhum vínculo com a vítima, entretanto, por questão de humanidade e, na recusa do nosocômio ao atendimento de emergência sem a caução, telefonou para a empresa que autorizou o pagamento do valor requerido, qual seja, R$ 7.900,00. Corrobora com a tese os documentos colacionados às fls. 84/87, quais sejam Termo de Autorização de Responsabilidade previamente redigidos pelo Hospital, sendo que, a promissória assinada e pela qual a apelada se responsabilizou é de R$ 7.000,00 (conforme infere-se à f. 86). Verifica-se que o Hospital aproveitou-se de um momento emocional negativo do acompanhante para cobrar-lhe pela internação e fazer com que apostasse assinatura em contratos prontos responsabilizando-o pelas despesas o valor de R$ 126.316,00. (TJ-MS; AgRg-AC-Or 2011.022801-1/0001-00; Três Lagoas; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran; DJEMS 29/08/2011; Pág. 15)

Diante do exposto, tratando-se de matéria com latro respaldo jurisprudencial e doutrinário, **conheço do recurso** de apelação interposto por UNIMED Campo Grande MS – Cooperativa de Trabalho Médico, **contudo nego-lhe provimento**, mantendo inalterada a decisão singular.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 17 de maio de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.014616-9 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURADORA – QUEIMA DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS EM RAZÃO DE OSCILAÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA – PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ARTIGO 37, §6° DA CF – NEXO CAUSAL COMPROVADO – RESSARCIMENTO DEVIDO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 14 de junho de 2012.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Enersul - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. interpôs recurso de apelação contra decisão proferida pelo juízo da 14ª Vara Cível desta capital que, nos autos da ação de cobrança, julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, a fim de condenar a apelante ao ressarcimento dos valores despendidos pela parte autora no pagamento de seguro no valor de R$ 7.042,95 (sete mil, quarenta e dois reais e noventa e cinco centavos) a uma contratada sua, com correção monetária pelo IGPM/FGV e juros de mora de 1% ao mês, desde o desembolso.

Alega a recorrente, em síntese, que a apelada não logrou êxito em comprovar a existência do dano e do nexo causal entre o fato e o evento danoso, requisitos estes indispensáveis para gerar a responsabilidade ao pagamento de qualquer indenização.

Afirma ainda que a época noticiada na inicial como a data da ocorrência dos danos ressarcidos pela recorrida, na realidade, não foram verificadas as anomalias elétricas relatadas.

Pugna, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja reformada a decisão *a quo*, no sentido de afastar a condenação ao pagamento de indenização.

Contrararzões às fls. 190/198.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **Enersul - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A.** contra decisão proferida pelo juízo da 14ª Vara Cível desta capital que, nos autos da ação de cobrança, julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, a fim de condenar a apelante ao ressarcimento dos valores despendidos pela parte autora no pagamento de seguro no valor de R$ 7.042,95 (sete mil, quarenta e dois reais e noventa e cinco centavos) a uma contratada sua, com correção monetária pelo IGPM/FGV e juros de mora de 1% ao mês, desde o desembolso.

Depreende-se dos autos que Bradesco Auto/RE Companhia de Seguros S/A ajuizou ação de cobrança contra a apelante – Enersul - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A., com o objetivo de obter o ressarcimento, regressivamente, pelo pagamento de indenização paga a uma segurada sua, em razão desta ter sofrido danos em alguns equipamentos eletrônicos em virtude de oscilações de energia elétrica e a autora ter arcado com referidos danos em decorrência de um contrato de seguro firmado com a segurada.

Através da sentença a quo (fls. 165/166), o pleito foi julgado procedente, diante a responsabilidade objetiva que entendeu o magistrado singular recair sobre a empresa fornecedora de energia.

Irresignada, a apelante interpôs o presente recurso de apelação, sob o argumento de que, muito embora seja a responsabilidade objetiva, há de ser comprovado o dano e o nexo causal para então ser obrigada a ressarcir a apelada pela indenização paga à sua segurada.

Com efeito, o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, assim estabelece quanto à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público:

> 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.

Neste diapasão, nota-se que competia a parte autora - ora apelada - comprovar apenas os danos experimentados e o nexo causal entre o fato ocorrido e o efetivo prejuízo, para então obter sucesso na presente ação indenizatória.

Em relação ao nexo causal, Caio Mário da Silva Pereira nos ensina que[1]:

> Não basta que o agente haja procedido contra direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um "erro de conduta"; não basta que a vítima sofra um "dano", que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória. É necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, "é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria (Traité des Obligations em General, vol. IV, n. 366). O nexo causal se torna assim "indispensável", acrescenta Leonardo A. Colombo, para que a culpa aquiliana possa gerar conseqüências para seu autor (Culpa Aquiliana (Cuasidelitos) n. 56, p.158). [...] Para que se concretize a responsabilidade é indispensável se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano "porque" o agente procedeu contra direito.

Caminhando, ao analisar os autos, vejo que em que pese as razões externadas pela apelante, a ratificação da sentença a quo é medida que se impõe, isto porque, a partir das provas anexadas aos autos,

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.83.

foi possivel extrair a ligação entre a queima dos equipamentos da empresa segurada e a falha na prestação do serviço pela concessionária.

Em verdade, de acordo com o relatório de regulação de sinistro (fls. 26/30) e o laudo técnico (43/58), verifica-se, de modo irrefutável, a ocorrência do prejuízo sofrido pela segurada, eis que os equipamentos de propriedade desta foram danificados em decorrência de "*uma sobretensão na rede elétrica*", ou seja, por uma "*forte oscilação de energia elétrica*"

Ressalta-se que nenhum dos laudos foram impugnados oportunamente pela apelante.

Detona-se, desta forma, que muito embora a recorrente busque eximir-se da responsabilidade de reparar o valor do prejuízo suportado pela segurada, fato é que restou indubitavelmente corroborado no caderno processual que a variação de tensão elétrica foi o que ocasionou sobretensões nos aparelhos, os quais vieram a deteriorar.

Destarte, à míngua de outros elementos capazes de demonstrar a isenção da apelante do dever de indenizar, não se esquecendo ainda de ser seu o ônus de provar a existência de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora (art. 333, inciso II do CPC), no caso, a inocorrência de quaisquer anomalias na rede elétrica naquele período, impõe-se a procedência do pleito inicial.

Não destoa desse entendimento este Egrégio Tribunal de Justiça:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURADORA – SUBROGAÇÃO NOS EVENTUAIS DIREITOS E AÇÕES QUE COMPETIAM AO SEGURADO – ART. 786 DO CÓDIGO CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – VARIAÇÃO NA REDE DE ENERGIA ELÉTRICA – COMPROVAÇÃO DO DANO E NEXO CAUSAL – RESSARCIMENTO DEVIDO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> Com o pagamento da indenização, a seguradora sub-roga-se nos eventuais direitos e ações que competiam ao segurado, nos termos do art. 786 do Código Civil.
>
> Demonstrada a relação de causalidade entre a conduta da prestadora de serviços e o dano causado em virtude de variação na rede de energia elétrica, soa nítido o dever de ressarcir. (TJMS; Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.006073-5/0000-00 - Campo Grande; Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves; Primeira Câmara Cível; Julgamento: 28/03/2012)
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – SEGURADORA E DIREITO DE REGRESSO CONTRA ENERSUL – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA OPE LEGIS – EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE NÃO COMPROVADAS – ÔNUS DA CONCESSIONÁRIA – DANOS E NEXO CAUSAL EVIDENCIADOS – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> I - A responsabilidade civil das concessionárias exploradoras de energia elétrica é objetiva, calcada no risco do administrativo (art. 37, §6º, da CF).
>
> II - O Código do Consumidor presume o defeito do produto ou serviço, permitindo-se ao fornecedor, todavia, provar que o defeito não existe (arts. 12, §3º, II, e 14, §3º, I). Por esta razão, a inversão do ônus da prova é ope legis, isto é, decorre da própria lei, cabendo ao fornecedor a comprovação da inexistência do defeito ou que o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima/terceiro.

> III - Se os documentos dos autos corroboram a existência do defeito na prestação do serviço e os danos materiais decorrentes, e tendo a concessionária descurado de refutar definitivamente o fato constitutivo do direito da requerente, cumpre à demandada arcar com o ônus da própria desídia.
>
> IV - Comprovados os danos e o nexo causal, inegável se mostra a obrigação de a concessionária ressarcir à seguradora os valores pagos às seguradas, nos termos do art. 786, do Código Civil. (TJMS; Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.001191-4/0000-00 - Campo Grande; Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson; Terceira Câmara Cível; Julgamento: 07/02/2012)

Desta forma, outro caminho não há senão o de manter intacta a sentença singela que corretamente julgou procedente a ação de cobrança movida pela apelada em desfavor da apelante.

Conclusão

Diante de todo o exposto, conheço do recurso interposto pela **Enersul - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul**, contudo nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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, 14 de junho de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.017230-8 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - AFASTADA – DUPLICATA MERCANTIL – PROTESTO POR INDICAÇÃO – COMPROVAÇÃO DA REMESSA DO TÍTULO AO SACADO PARA ACEITE – DESNECESSIDADE – ART. 15, II, DA LEI 5.474/68 – PRESENÇA DO INSTRUMENTO DE PROTESTO, DA NOTA FISCAL DA FATURA, DO COMPROVANTE DE ENTREGA DE MERCADORIA E DA PRÓPRIA DUPLICATA – DOCUMENTOS SUFICIENTES PARA EMBASAR UMA DEMANDA EXECUTIVA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 21 de junho de 2012.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Bom Jesus Distribuição e Logística Ltda interpõe recurso de apelação em face da r. sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS, a qual julgou improcedentes os embargos à execução ajuizados em face de **Arrozeira Sepeense S/A.**

A empresa apelante requer, preliminarmente, que seja declarada a nulidade do processo ante o cerceamento de produção de prova testemunhal, remetendo os autos à instância singela para instauração da dilação probatória. Alega que, no caso sub judice, a prova testemunhal se destina a demonstrar a falta de cumprimento da obrigação contratual. Pugna, assim, pela inaplicabilidade do art. 401 do CPC.

Assevera que o protesto teria se dado por indicação, baseado em mero boleto bancário e sem prova acerca da remessa dos títulos ao devedor, situação que contraria os comandos expressos nos dispositivos das Leis n. 5.474/1968 e 9.492/97. Destarte, requer a inexigibilidade dos títulos executados.

Aduz a existência de desacordo comercial entre as partes, o que também afastaria a liquidez e certeza dos títulos.

Por fim, requer o provimento do recurso para que sejam julgados integralmente procedentes os presentes embargos à execução, por ausência de título executivo ou pelo desacordo comercial, extinguindo o feito. Prequestiona os dispositivos legais aventados no apelo.

Contrarrazões aforadas às fls. 98-107.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Bom Jesus Distribuição e Logística Ltda** contra a decisão proferida pelo juízo da 5° Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS que, nos autos dos embargos a execução movidos contra **Arrozeira Sepeense S/A**, julgou improcedentes os pedidos contidos na exordial.

Preliminar de cerceamento de defesa

A apelante salienta que o indeferimento da produção de prova testemunhal constitui arrematada injustiça e cerceamento do direito de defesa. Assevera que o indeferimento da prova oral lhe proporcionará imenso prejuízo, e que a conduta ofende o princípio do devido processo legal.

Ao final, pede o provimento do apelo, determinando-se a regular instrução probatória, para que seja colhida a produção de prova testemunhal.

O magistrado a quo indeferiu o pedido de produção de prova testemunhal requerida pela embargante, ora recorrente, ao fundamento de que a matéria é de direito, sendo desnecessária a produção de prova oral. Colhe-se, nesta oportunidade, excerto da r.sentença que motivou a interposição do presente recurso, *in verbis*:

> Com relação ao mérito, alega o embargante que não efetivou o pagameto dos boletos encaminhados, tendo em vista que a embargada não observou os termos e prazos contratados, uma vez que cobrou de uma só vez toda a dívida, sendo que o acordado entre as partes foi o pagamento em três parcelas mensais: a primeira em 45 dias a partir de cada nota fiscal e as demais a cada 30 dias.
>
> Ocorre que o embargado não juntou qualquer prova documental a comprovar ao menos, indícios de veracidade de suas alegações, requerendo a prova exclusivamente testemunhal às f. 28 e 50. Todavia, o valor da dívida executada é de R$175.181,99, datada de 16/12/06, quando do ingresso da ação de execução, o que ultrapassa o limite estabelecido no artigo 401 do digesto processual, para produção de prova exclusivamente testemunhal de negócio jurídico no valor até o décuplo do salário mínimo vigente no país ao tempo de sua celebração.

Ao meu juízo, a decisão mantém-se por seus próprios fundamentos. O indeferimento da prova testemunhal deve ser mantido, pois a matéria tratada nos embargos independe de oitiva de testemunhas, **sendo exclusivamente de direito**. Acredito que a oitiva em nada contribuiria com o desfecho do processo. Designar a audiência de instrução é confrontar a primazia do princípio constitucional da duração razoável do processo, o que não pode ser chancelado pelo Poder Judiciário.

Ademais, em que pese o inconformismo da recorrente, o certo é que a prova testemunhal não é admitida nos contratos em geral cujo valor exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, conforme disposição expressa no art. 401 do Código de Processo Civil, salvo em alguns contratos agrários, protegidos pelo Estatuto da Terra, o que não é o caso dos autos.

Assim, considerando que o valor do contrato, que é de R$ 175.181,99, excede em muito o somatório dos dez salários mínimos previstos no dispositivo legal supra, não há como dar guarida ao pleiteado neste recurso.

Acerca da produção de prova testemunhal como no caso versando, onde o valor do contrato supera os limites do art. 401 do CPC, já decidiu esta Corte, confira-se:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA COM VALOR SUPERIOR A 10 SALÁRIOS MÍNIMOS – PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL – IMPOSSIBILIDADE – ARTIGO 401 DO CPC – EXCEÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 402 DO CPC E HIPÓTESES RESSALVADAS PELA JURISPRUDÊNCIA – NÃO-CABIMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. A teor do art. 401 do CPC, os contratos com valor superior a 10 (dez) salários mínimos não podem ser comprovados por meio de prova exclusivamente testemunhal. Não se tratando das exceções previstas no artigo 402 do CPC e das hipóteses ressalvadas pela jurisprudência, deve ser aplicada a regra prevista no artigo 401 do CPC. (TJMS. Apelação Cível - Execução - N. 2002.007089-0/0000-00 - Sidrolândia. Relator-Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves. Julgamento: 23/05/2006. Órgao Julgador: 1ª Turma Cível). (grifei).

Assim, inocorrendo as exceções previstas no art. 402 do CPC, deve ser aplicada a regra do dispositivo legal antecedente, que não admite a produção de prova testemunhal quando o valor do contrato excede o décuplo do maior salário mínimo vigente no país.

Mérito

Nas razões recursais, a empresa apelante sustentou a inexistência de título executivo, uma vez que as duplicatas foram protestadas por indicação sem a prova que houvessem sido remetidas ao sacado para aceite.

Argumenta que a modalidade de protesto em questão, baseado em mero boleto bancário e sem prova acerca da remessa dos títulos ao devedor, contraria os comandos expressos nos dispositivos das Leis n. 5.474/1968 e 9.492/97.

O recurso, todavia, não reúne condições para prosperar.

Nos termos da jurisprudência majoritária, a cobrança de duplicata mercantil sem aceite expresso, por meio de demanda executiva baseada em título executivo extrajudicial, é viável desde que preenchidos os requisitos elencados no artigo 15, inciso II da Lei n° 5474/68, que assim dispõe:

> Art 15 - A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil,quando se tratar:
>
> II - de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente: 1970-1979/L6458.htm
>
> a) haja sido protestada; 1970-1979/L6458.htm
>
> b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e
>
> c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei. (grifei) - 1970-1979/L6458.htm

Da análise do ordenamento regente nota-se, ao contrário do que enfaticamente defendeu a recorrente, que não obstante inexistir nos autos a demonstração da remessa da duplicata à devedora para fins de aceite, tal ato é meramente formal e não possui o poder de desqualificar a força executiva do título, eis que além do caderno probatório estar instruído com o instrumento de protesto, as respectivas notas fiscais das faturas, os comprovantes de entrega dos produtos, bem como da própria duplicata, há que se destacar a necessidade do reconhecimento de aceite presumido na hipótese vertente, diante da incontrovérsia do recebimento das

mercadorias e ainda pela ausência de motivos ou provas a demonstrar o equívoco do valor constante nas cártulas com relação aos referidos objetos entregues ao comprador.

Nesse sentido:

> EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PROTESTO POR INDICAÇÃO. NOTA FISCAL. COMPROVANTE DE RECEBIMENTO DA MERCADORIA. LEI Nº 5.474/68 (LEI DE DUPLICATA). A execução poderá ser promovida sem a apresentação da duplicata ou da triplicata, desde que a petição inicial venha acompanhada do comprovante do protesto e de documento hábil a comprovar a entrega e o recebimento da mercadoria, com fulcro no art. 15, § 2º, da Lei nº 5.474/68. - Recurso não provido. (TJ-MG; APCV 2308718-29.2007.8.13.0313; Ipatinga; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Alvimar de Ávila; Julg. 25/01/2012; DJEMG 06/02/2012) LEI 5474-1968, art. 15

> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DUPLICATAS SEM ACEITE. APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS ACOMPANHADAS DOS RESPECTIVOS COMPROVANTES DE ENTREGA E RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS. PROTESTOS. TÍTULOS HÁBEIS A EMBASAR A EXECUÇÃO. EXCESSO NA COBRANÇA DOS ENCARGOS. EXCESSO DE PENHORA. DISCUSSÃO EM SEDE DE EMBARGOS. INADMISSIBILIDADE. I - A instrução do feito executivo com as notas fiscais, os comprovantes de entrega da mercadoria e os respectivos instrumentos de protesto por indicação, supre a ausência da duplicata não aceita. II - Atendidos pela exequente os requisitos legais exigidos para a cobrança das duplicatas mercantis, constituem estas títulos executivos hábeis a embasar a execução. III - Não há que se falar em excesso na cobrança dos encargos pela exequente se os executados/embargantes não se desincumbiram de apontar em que consistiam tais excessos, através de planilha contábil. lV - O excesso de penhora deve ser arguido após a avaliação dos bens, nos próprios bojo da execução, sendo inoportuna sua apreciação em sede de embargos (CPC, art. 685). APELO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO. (TJ-GO; AC 103633-56.2006.8.09.0142; Santa Helena de Goiás; Rel. Des. João Waldeck Félix de Sousa; DJGO 08/09/2011; Pág. 226) CPC, art. 685

Desta forma, tendo em vista as considerações acima elencadas, não verifico qualquer óbice na constituição do título executivo, estando, pois, dotada de certeza, liquidez e exigibilidade a duplicata protestada por indicação, devidamente acompanhada das notas fiscais e recibo de entrega/recebimento de mercadorias, e portanto apta a embasar a presente demanda executiva, de acordo com os artigos 585 e 586 do Estatuto Processual Civil.

De outro giro, no que tange a alegação de ocorrência de desacordo comercial entre as partes, importante realçar, prefacialmente, que restou indene de dúvidas a existência de transação a autorizar a emissão das duplicatas mercantis, objeto da controvérsia, bem como a ausência de questionamento do débito quando do recebimento das mercadorias adquiridas.

Desta forma, simples alegações, neste momento, de descumprimento de prazos e forma de pagamento pela apelada, as quais não excederam a esfera argumentativa, eis que desprovidas de qualquer lastro probatório, definitivamente não possuem o poder de desconstituir a validade do negócio jurídico que ocasionou a emissão das duplicatas.

Conclusão

Diante de todo o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por **Bom Jesus Distribuição e Logística Ltda**, todavia nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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, 21 de junho de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.002225-4 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TRANSFERÊNCIA A TERCEIRO DE PONTUAÇÃO DECORRENTE DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – POSSIBILIDADE PELA VIA JUDICIAL MESMO APÓS O PRAZO ADMINISTRATIVO – PRECEDENTE DO STJ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O proprietário tem direito de demonstrar, pela via judicial e de forma justificada, que não conduzia o veículo no momento da infração e requerer a transferência da pontuação para a CNH do condutor, ainda que ultrapassado o prazo previsto no CTB.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara 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, 8 de maio de 2012.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Eliane da Silva interpõe apelação (f. 81-8) contra sentença (f. 74-7) que, na *ação de anulação de auto infracional* movida contra o Departamento Estadual de Trânsito – Detran/MS, julgou improcedentes os pedidos que objetivavam anular a multa e transferir a pontuação para a Carteira Nacional de Habilitação (CNH) de Adriano Soares Calixto, pois era ele o condutor da motocicleta na data da infração. Condenou-a, ainda, ao pagamento de custas e honorários advocatícios em favor dos procuradores do apelado, estes fixados em R$ 1.500,00 (art. 20, § 4º do CPC), ressalvado o disposto no artigo 12 da Lei 1.060/50.

Argui preliminar de cerceamento de defesa em razão de sua testemunha não ter sido ouvida pelo juiz. No mérito, defende a anulação do auto de infração, pois só foi notificada 30 dias após a sua ocorrência. Alternativamente, pleiteia a transferência da pontuação de sua habilitação para a de Adriano Soares Castilho, por ser este o condutor do veículo na ocasião da multa. Prequestiona dispositivos legais e, ao final, requer o provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, a apelante se insurge contra sentença em que se julgou improcedentes os pedidos iniciais. Argui preliminar de cerceamento de defesa em razão de sua testemunha não ter sido ouvida pelo

magistrado de primeiro grau. No mérito, pretende a anulação do auto de infração, pois só foi notificada 30 dias após sua ocorrência. Alternativamente, pede a transferência da pontuação de sua habilitação para a de Adriano Soares Castilho, por ser este o condutor do veículo no momento da multa.

Preliminar - cerceamento de defesa - julgamento antecipado da lide

Não há falar em nulidade da sentença, visto que o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, dispensando a realização de outras provas, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento.

A propósito:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINARES – ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIA DO CONSUMIDOR – NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO JULGAMENTO QUE REJEITOU A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE AD CAUSAM – CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – REJEITADAS. [...] Não caracteriza nulidade de sentença por cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o magistrado de instância singela tiver elementos suficientes para decidir o feito e, ademais, afirmar ser desnecessária a produção de outras provas. (Ap. Cível n. 2001.010389-3 - 2ª T. - Relª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j. em 12.08.2008).

Assim, considerando que as provas são produzidas com essa finalidade, ou seja, formar a convicção do magistrado sobre determinados fatos, impõe-se que somente os acontecimentos relevantes para a solução da lide devem ser comprovados.

Neste sentido, observam Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa[1]: *Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia.* (STJ-4ª Turma, Ag 14.952-DF-AgRg, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4.12.91, negaram provimento, v.u., DJU 3.2.92, p.472).

No caso, o feito está devidamente instruído com provas suficientes para seu deslinde e, portanto, maduro para julgamento antecipado, razão pela qual voto por se rejeitar a preliminar.

> Mérito
>
> Da nulidade do auto de infração
>
> O artigo 281 do Código de Trânsito Brasileiro (CBT) estabelece:
>
> A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível.
>
> Parágrafo único: O auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente:
>
> I – se considerado inconsistente ou irregular;
>
> II – se, no prazo máximo de trinta dias, não for expedida a notificação da autuação. (grifado).

1 Código de Processo Civil, 41ª ed., Saraiva, 2009, pág. 483.

A autoridade possui o prazo de 30 (trinta) dias para expedir a notificação da autuação e remetê-la ao infrator, o que foi devidamente cumprido neste caso, pois a infração foi cometida em 30/07/2007 (f. 14) e, diante do fato de a recorrente ter fornecido endereço incompleto, a notificação foi realizada via Diário Oficial do Estado nº 7.035, em 21 de agosto de 2007, ou seja, dentro do prazo de 30 dias, conforme comprova o documento de f. 50.

Logo, se a autora deixou de receber as notificações em razão de endereço incompleto, não se pode atribuir ao DETRAN/MS a responsabilidade por sua desídia, uma vez que cabe ao proprietário do veículo a atualização de seus dados nos órgãos de trânsito. Segundo o artigo 282, § 1º do CTB, *A notificação devolvida por desatualização do endereço do proprietário do veículo será considerada válida para todos os efeitos*.

Em síntese, remetida a notificação para o endereço existente na repartição de trânsito e certificado endereço incompleto, desde que publicados os editais, é de se considerar regularmente notificado o infrator.

Analisando o artigo 281 do CTB, Arnaldo Rizzardo observa:

> [...] impõe a lei a remessa no mencionado prazo, e não a efetivação do ato de notificação. Incumbe à autoridade o cumprimento de sua obrigação. Se não conseguir notificar o infrator, não se imputará a falta à autoridade. Ademais, presume-se válida a notificação, por força do conteúdo do art. 282, § 1º, do Código, eis que é obrigação de quem possui habilitação comunicar, à autoridade, no prazo de trinta dias, a mudança de endereço, segundo se verá no item seguinte. (Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, Ed. RT, 5ª edição, pág. 728/729).

Neste sentido o julgado abaixo:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA - LICENCIAMENTO ANUAL DE VEÍCULO - MULTAS DE TRÂNSITO - NOTIFICAÇÕES REMETIDAS PARA O ENDEREÇO CONSTANTE NO CERTIFICADO DE REGISTRO DO VEÍCULO - MUDANÇA DE ENDEREÇO - NÃO COMUNICAÇÃO AO DETRAN - NOTIFICAÇÕES VÁLIDAS - ART. 282, § 1º, CTB - AUSÊNCIA DE FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.
>
> Presumem-se válidas, até prova em contrário, as notificações remetidas ao endereço constante do certificado de propriedade do veículo, ainda que o proprietário não as tenha recebido, em face de sua incúria em não comunicar ao DETRAN sua mudança de endereço, conforme dispõe o art. 282, § 1º, CTB. E presumindo-se regular a notificação, a exigência do pagamento das multas para licenciamento, pelo menos em princípio, parece ser legal, já que autorizada pelo art. 131, § 2º, do CTB, de sorte que não se revela presente a plausibilidade do direito invocado, requisitos que impedem o deferimento da liminar no mandado de segurança. (SEGUNDA TURMA CÍVEL - AGRAVO - N. 2000.0655-6 - CAMPO GRANDE - REL. DES. JOENILDO DE SOUSA CHAVES.)

Cumpre ressaltar que a data do documento acostado à f. 15 corresponde a da notificação acerca da imposição da penalidade decorrente da infração cometida e não de sua autuação, a qual, conforme comprovado nos autos (f. 50), ocorreu dentro do prazo de 30 dias previsto no artigo 281, parágrafo único, do CTB.

Transferência da pontuação da multa para a CNH do condutor

Razão assiste à recorrente.

O artigo 257, § 7º, do Código de Trânsito Brasileiro estabelece: *Não sendo imediata a identificação do infrator, o proprietário do veículo terá quinze dias de prazo, após a notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o CONTRAN, ao fim do qual, não o fazendo, será considerado responsável pela infração.*

O Superior Tribunal de Justiça[2] já se decidiu acerca do prazo de quinze dias disposto no artigo 257, § 7º do CTB, nos seguintes termos:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ILEGITIMIDADE ATIVA DA AUTORIDADE COATORA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APRECIAÇÃO POR ESTA CORTE SUPERIOR. POSSIBILIDADE CONDICIONADA À ABERTURA DA INSTÂNCIA ESPECIAL POR OUTROS ARGUMENTOS. NECESSIDADE DE DISCUSSÃO QUE REQUER ANÁLISE DE LEI LOCAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 280 DO STF, POR ANALOGIA. NÃO-INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL VIOLADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF, TAMBÉM POR ANALOGIA. TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÃO IMPUTADA AO PROPRIETÁRIO EM RAZÃO DO QUE DISPÕE O ART. 257, § 7º, DO CTB. PRECLUSÃO TEMPORAL ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE DE ANDAMENTO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. COMPROVAÇÃO, EM SEDE JUDICIAL, DE QUE O INFRATOR NÃO ERA O PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO. RESPONSABILIDADE DO CONDUTOR. INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL.
>
> 1. [...]
>
> 10. Trata-se de medida instituída unicamente para frear a busca incessante pela verdade material no âmbito administrativo e compatibilizá-la com a necessidade de andamento dos procedimentos desenvolvidos pela Administração Pública - no caso, no que tange à aplicação de sanções de trânsito.
>
> 11. Obviamente, o proprietário, em sede judicial, tem direito de demonstrar que não guiava o veículo por ocasião do cometimento da infração, mesmo que tenha perdido o prazo administrativo para tanto. Entendimento diverso resultaria em desconsideração ao que dispõe o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República vigente.
>
> 12. [...]
>
> 13. Assim sendo, a verdade dos fatos a que chegou o Judiciário é suficiente para afastar a presunção jurídica de autoria (e, conseqüentemente, de responsabilidade) criada na esfera administrativa.
>
> 14. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (REsp 765970/RS, Rel. Ministro Mauro Cambell Marques, Segunda Turma, j. 17/09/2009, DJe 02/10/2009).

Desse modo, conclui-se que a proprietária, mesmo após o prazo previsto no Código de Trânsito, mediante justificativa plausível, pode buscar a via judicial para que o registro dos pontos recaia sobre a habilitação de quem conduzia o veículo no momento da infração.

Na hipótese, o documento de f. 16, no qual o Sr. Adriano Soares Castilho assume a responsabilidade pela infração e pelos pontos decorrentes do ato mostra-se suficiente para sustentar a transferência da pontuação para a CNH do condutor.

2 REsp 765970/RS

Saliente-se que não se revela razoável alijá-la desse direito por conta do pedido efetuado a destempo, especialmente pelo fato justificável de não ter sido encontrada em razão da divergência do endereço, conforme dito anteriormente.

Do prequestionamento

Por derradeiro e quanto aos prequestionamentos, esta Corte tem entendido ser desnecessária a manifestação expressa dos dispositivos legais utilizados para a conclusão do julgamento, bastando que as matérias postas em discussão tenham merecido apreciação judicial.

Conclusão

Ante o exposto, voto por se dar parcial provimento ao recurso, apenas para que os pontos na Carteira Nacional de Habilitação de Eliane da Silva, advindos do auto de infração nº MS 00288962, sejam transferidos para a CNH nº 01026930408 de Adriano Soares Castilho.

Por conseguinte, dada a sucumbência recíproca, nos termos do art. 21, *caput,* do CPC, as partes arcarão com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes no valor fixado em primeiro grau, na proporção de 50%, compensados na forma da Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade em relação à apelante (art. 12 da Lei nº 1.060/50).

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. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Paulo Alfeu Puccinelli e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 8 de maio de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.002843-8 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CURSO SUPLETIVO PARA CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO – DIPLOMA FALSO – ACORDO HOMOLOGADO NO PROCON – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – RECURSO NÃO PROVIDO.

O acordo celebrado entre as partes na presença e homologado pelo Procon, dando plena quitação dos danos morais e materiais, impede o ajuizamento de ação judicial posterior pelo mesmo fundamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 10 de abril de 2012.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Walneide Loureiro Grance Carvalho interpõe *apelação* contra sentença (f. 118/120) que, na *ação de indenização por danos materiais e morais* movida em face do Curso Paulistec Ltda., acolheu a preliminar de carência de ação arguida na contestação e extinguiu o feito sem resolução de mérito, por ausência de interesse de agir, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. Condenou-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais), com as ressalvas do artigo 12 da Lei 1.060/50.

Aduz que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o amplo acesso ao judiciário e o direito de ação estão consagrados no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, devendo seu pedido indenizatório ser apreciado. Afirma que foi induzida a erro, pois o apelado incluiu nos acordos celebrados no Procon cláusula em que o consumidor lesado só receberia o ressarcimento dos prejuízos materiais se lhe desse quitação integral. Os direitos da personalidade são absolutos, indisponíveis e irrenunciáveis, razão pela qual o mérito da ação proposta deve ser resolvido com a procedência dos pedidos formulados.

Pondera que se matriculou no supletivo oferecido pela Paulistec para concluir o ensino médio, cumprindo todas as fases exigidas, porém seu diploma não tem qualquer validade, porque o curso não possui autorização do MEC, fato que lhe causou danos morais, pois perdeu tempo, a mídia nacional e local divulgaram amplamente a fraude e ficou sem o diploma que lhe permitiria buscar uma melhor condição de vida.

Ao final, requer o provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Walneide Loureiro Grance Carvalho matriculou-se no supletivo oferecido pelo Curso Paulistec Ltda. com o objetivo de concluir o ensino médio. Após cumprir os créditos necessários, recebeu o diploma de conclusão, o qual, posteriormente, descobriu ser falso porque o curso não tinha validade, eis que o apelado não possuía autorização do Ministério da Educação e Cultura – MEC para oferecê-lo.

As partes realizaram um acordo no Procon para devolução dos valores gastos com o curso, restando consignado que a apelante não mais poderia reclamar danos morais e materiais, dando plena quitação.

Diante deste fato, a magistrada singular extinguiu o presente processo que buscava indenização por danos morais e materiais, em face da ausência de interesse de agir.

A sentença deve ser mantida sem reparos.

Incontroverso que o supletivo oferecido na Paulistec não tinha validade e que o diploma entregue ao final do curso era falso, fato que culminou no Termo de Acordo de f. 101-2, homologado no Procon no dia 07.08.2010, oportunidade em que foi devolvido à apelante o valor despendido de R$ 630,00 (seiscentos e trinta reais), conforme documento de f. 105.

No referido termo restou consignado:

> Foi proposto pelo fornecedor e aceito pelo consumidor o seguinte acordo: presentes as partes, a empresa Paulistec propõe restituição do valor de R$ 630,00 (seiscentos e trinta reais) e entrega do Certificado, mediante revogação do curso.
>
> O valor será restituído através do cheque nº 001558, banco Bradesco, ag. 2741 c/c 003782.
>
> Diante disto, o consumidor dá plena quitação irrevogável da presente reclamação não podendo reclamar danos morais e materiais.

Como dito, o acordo foi realizado na Superintendência para Orientação e Defesa do Consumidor - Procon, diante de um funcionário público que estava ali para orientar e defender os interesses do consumidor, que consentiu em dar plena quitação da reclamação, renunciando expressamente ao direito de pleitear no futuro os danos morais que ora se pretende.

O Código Civil estipula: "*Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas." (destacado).*

Logo, a avença é válida, pois resulta da vontade das partes, estando presentes os requisitos de capacidade, licitude do objeto, regularidade formal e recíproco consentimento. Além disso, não foram alegadas e nem restam demonstradas quaisquer espécie de nulidades relativas do ato jurídico, como erro, dolo ou coação.

A possibilidade de a parte abrir mão do direito à indenização por danos morais, não quer dizer que renunciou a sua honra, imagem ou moral. Entender de modo diverso, ensejaria a nulidade de todos os acordos porventura realizados em processos por indenização extrapatrimonial, o que não se afigura viável.

A propósito, a lição de Rui Stoco[1]:

> Não obstante a dicção dos arts. 25 e 51, I, do CDC, não nos parece que o consumidor não possa renunciar ao direito de reparação, ou celebrar acordo de vontades, em juízo ou fora dele, para desistir da ação e, assim, indiretamente, renunciar à pretensão, desde que essa manifestação seja livre e espontânea, isenta de qualquer vício de vontade.
>
> Diante do princípio da autonomia da vontade, seria ilógico impor a quem quer que seja a obrigação de ser indenizado ou de receber qualquer benefício, ou, ainda, de prosseguir com a ação judicial, desde que o faça conscientemente e tenha capacidade de discernimento.

Assim, a quitação extrajudicial plena e irrevogável leva à extinção do processo e desautoriza o ajuizamento de ações judiciais posteriores pelo mesmo fundamento. E não existindo prova de qualquer vício de consentimento na transação firmada, não pode, agora, pleitear direito que livremente renunciou.

Nesse sentido:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ACORDO. VALIDADE. EFEITOS. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. SUCUMBÊNCIA. Estando presentes os requisitos de capacidade, licitude do objeto, regularidade formal e recíproco consentimento, considera-se válido o acordo feito entre o autor que busca ressarcimento pela morte de vítima de acidente e a empresa proprietária do veículo causador do acidente. - A quitação extrajudicial plena e geral leva à extinção da ação e desautoriza o ajuizamento de ações judiciais posteriores pelo mesmo fundamento, pondo fim ao conflito. - [...] (Proc.1.0024.01.016022-4/001, TJMG, Rel. Des. José Flávio de Almeida, j. em 06.07.2011).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. CAPAF. DIFERENÇA DA RESERVA DE POUPANÇA. QUITAÇÃO PLENA. 1. Em casos como em tela, em que há termos expressos de "haver, nesta oportunidade, recebido tudo o que era devido, dou plena, geral e irrevogável quitação, declarando nada mais ter a reclamar contra a CAPAF, em qualquer juízo, foro ou instância" é impossível à autora pretender demandar contra a sua declaração, porque esta produz todos os efeitos jurídicos decorrentes dos atos jurídicos lícitos praticados por pessoa plenamente capaz e na administração de seus bens. 2. A quitação outorgada pela autora é clara e dispõe que a demandante nada mais tem a reclamar da entidade previdenciária demandada. 3. Tendo a entidade previdenciária cumprido integralmente o acordado e não restando demonstrado vício capaz de anular a quitação plena e total, por conta do resgate de sua reserva de poupança, possível concluir que não se mostra presente o interesse de agir da autora no exame do mérito proposto na presente ação. Apelação desprovida. (Ap. n. 70043211002, 5ª Câm. Cível, TJRS, Rel. Romeu Marques Ribeiro Filho, j. em 24.08.2011).

Portanto, tendo o Curso Paulistec cumprido integralmente o acordo e não restando demonstrado vício capaz de anular a quitação plena e total, não se mostra presente o interesse de agir da apelante para o pleito ora deduzido.

Conclusão

Ante o exposto, voto por se negar provimento ao recurso.

1 Tratado de Responsabilidade Civil, 7ª ed. RT, 2007, pág. 222.

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 Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 10 de abril de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.009920-0 - Três Lagoas
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – NOME EMPRESARIAL – MARCA – CONFUSÃO E CONCORRÊNCIA DESLEAL NÃO DEMONSTRADAS – RECURSO NÃO PROVIDO.

A proteção de nome empresarial é restrita ao ramo de atividade ou similaridade de produtos e vendas em mercado comum.

A atuação em segmentos diversos afasta a possibilidade de gerar confusão ao consumidor e concorrência desleal no mercado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de maio de 2012.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

W R Construtora, Eletricidade e Iluminação Ltda. interpõe *apelação cível* (f. 110/122) contra sentença (f. 94/106) que, na *ação de obrigação de não fazer c.c. indenização por danos morais* movida em face de W R Construção Civil Ltda. ME, julgou improcedentes os pedidos por entender ausentes os requisitos para abstenção de utilização do nome e marca, bem como para concessão de danos extrapatrimoniais.

Sustenta que não procede o entendimento de que atuam em segmentos diversos, pois ambas trabalham com o ramo da construção, apesar de também se dedicar à engenharia elétrica, o que é possível extrair das denominação WR Construtora e WR Construção, tornando inequívoca a identidade entre suas atuações e que a atividade de construção consta do registro da marca WR perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

Alega que a similaridade entre suas denominações tem causado confusão nos consumidores, fornecedores e prestadores de serviços públicos, representada por cobranças indevidas e intimação policial, fazendo jus à concessão da medida para que a recorrida se abstenha de continuar utilizando a atual denominação WR, bem como altere a marca e registro empresarial ou, caso não cumprido, que seja decretada a anulação do registro.

Defende que o nome empresarial deve respeitar o princípio da novidade, sem colidência por identidade ou semelhança com outro já protegido dentro da mesma unidade federativa, a teor dos artigos 33, 34, 35 e 62 da Lei 8.934/94, de modo que tendo o seu registro precedido ao da recorrida, possui direito à proteção do nome, marca e logotipo. Colaciona julgados em defesa de sua tese e, ao final, pede provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

A recorrente se insurge contra a sentença em que se julgou improcedentes os pedidos que objetivava obrigar a recorrida a alterar seu nome empresarial e marca WR, por entender ausentes os requisitos exigidos pela legislação.

Em que pesem seus argumentos, a sentença deve ser mantida.

A respeito da proteção ao nome empresarial, estabelece o Código Civil:

> Art. 1.156. O empresário opera sob firma constituída por seu nome, completo ou abreviado, aditando-lhe, se quiser, designação mais precisa da sua pessoa ou do gênero de atividade.
>
> Art. 1.163. O nome de empresário deve distinguir-se de qualquer outro já inscrito no mesmo registro.
>
> Parágrafo único. Se o empresário tiver nome idêntico ao de outros já inscritos, deverá acrescentar designação que o distinga.

A Lei 8.934/94 que regula o Registro Público de Empresas Mercantis e atividades afins dispõe:

> Art. 33. A proteção ao nome empresarial decorre automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos de firma individual e de sociedades, ou de suas alterações.
>
> Art. 35. Não podem ser arquivados:
>
> [...];
>
> V - os atos de empresas mercantis com nome idêntico ou semelhante a outro já existente;

Destarte, em conformidade a legislação é vedada a utilização de nomes idênticos ou semelhantes e, havendo esse vício, devem ser acrescentados sufixos para que tornem distintos.

Conforme entende o Superior Tribunal de Justiça, "*A análise da identidade ou semelhança entre duas ou mais denominações integradas por expressão de fantasia comum ou vulgar deve considerar a composição total do nome, a fim de averiguar a presença de elementos diferenciais suficientes a torná-lo inconfundível*". (REsp 555086/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, j. 14/12/2004).

A respeito, Sérgio Campinho anota:

> O nome empresarial deverá atender aos princípios da veracidade e da novidade (Lei nº 8.934/94, art. 34, Código Civil/2002, artigos 1.163 a 1.165 e Instrução Normativa nº 99, do Departamento Nacional de Registro de Comércio – DNRC, de 21/12/2005, artigos 4º e 6º).

> O primeiro princípio,... Impõe que a firma individual seja composta a partir do nome do empresário... poderá deparar-se com problemas homonímia, o que não é raro acontecer [...]. A solução reside na adição de designação mais precisa de sua pessoa ou do gênero de atividade, a fim de diferenciá-los (Código Civil/2002, artigo 1.156 e parágrafo único do artigo 1.163).
>
> No segundo princípio, o da novidade, traduz que não poderão coexistir, na mesma unidade federativa, dois nomes empresariais idênticos ou semelhantes [...]. (O Direito de Empresa à luz do novo Código Civil, 7ª ed, 2006, Ed. Renovar, p. 328-9). (destacado)

Na hipótese a recorrente tem como nome empresarial WR Construtora, Eletricidade e Iluminação Ltda. e a recorrida WR Construção Civil Ltda ME.

Apesar da identidade existente no nome WR, o sufixo diferencia suas denominações e atividades, características corroboradas com a análise do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ (f. 17-8) e o contrato social (f. 22).

De acordo com o Contrato Social da empresa WR Construtora, Eletricidade e Iluminação Ltda., ela foi constituída em 24/04/1986 com o nome de WA Eletrificações Ltda., cujo objeto principal era a Prestação de Serviços de Obras e Instalações Elétricas (f. 19/21).

Na 3ª alteração contratual realizada em 06/11/98, mudou-se a denominação para W.R. Constutora, Eletricidade e Iluminação Ltda., bem como o objeto de exploração para *Instalações elétricas (alta e baixa tensão). Elaboração de projetos elétricos* (f. 22-3).

Na 7ª alteração contratual em 14/04/2011, novamente houve mudanças no objeto de exploração da empresa para: *Construção de estações e redes de distribuição de energia elétrica (alta e baixa tensão) - (42.21-9/02), manutenção de redes de energia elétrica, bem como, a montagem e operação de subestações - (42.21-9/03), montagem e instalação de iluminação em vias públicas e ornamentais - (43.29-1/04), elaboração de projetos para instalações elétricas - (71.12-0/00) e o comércio varejista de materiais elétricos - (47.44-0/99).*

Em seu CNPJ consta como atividade econômica principal a *construção de estações e redes de distribuição de energia elétrica* e, secundárias, *manutenção de redes de distribuição de energia elétrica; montagem e instalação de sistemas e equipamentos de iluminação e sinalização em vias públicas, portos e aeroportos; serviços de engenharia; comércio varejista de materiais de construção em geral.*

Já em relação à empresa WR Construção Civil Ltda. ME, na certidão simplificada expedida pela Junta Comercial de Mato Grosso do Sul e CNPJ consta que ela foi constituída em 01/06/2007, cujo objeto de exploração como atividade econômica principal é *obras de alvenaria*, e secundárias, *obras de terraplanagem; transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, municipal; fabricação de produtos de trefilados de metal, exceto padronizados; comércio varejista de ferragens e ferramentas*.

Como se vê, as atividades principal e secundária das demandadas são totalmente distintas, pois a recorrente trabalha com construção de estações e redes de distribuição de energia elétrica enquanto a recorrida com obras de alvenaria, o que descaracteriza a confusão e a concorrência desleal junto ao consumidor.

O mesmo ocorre em relação à marca WR e logotipos de propaganda das empresas (f. 17-8), tendo em vista que, além de possuírem características diferentes, deixam bem claro o ramo de atividades que executam.

Aliás, o artigo 129 da Lei 9.279/96, estabelece que *A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.*

Em caso semelhante:

> CIVIL E COMERCIAL. CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO. RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. DEPÓSITO EFETUADO JUNTO AO INPI. PENDÊNCIA DE REGISTRO. INTERESSE DE AGIR. CONFIGURAÇÃO.
>
> [...]..
>
> 3. A finalidade da proteção ao uso das marcas é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto.
>
> 4. O art. 129 da Lei 9.279/96 subordina o direito de uso exclusivo da marca ao seu efetivo registro no INPI, que confere ao titular o direito real de propriedade sobre a marca. Mas a demora na outorga do registro não pode andar a favor do contrafator.
>
> [...]. 6. Recurso especial provido. (REsp 1032104/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 18/08/2011). (destacado)

Conforme bem salientou o juiz *a quo,* a recorrente não comprovou o registro da marca WR no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), de modo que não faz jus ao seu uso exclusivo.

Assim, inexistente qualquer circunstância que permita modificar a conclusão do magistrado de primeiro grau, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar provimento ao recurso.

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. Desembargador Julizar Barbosa Trindade, Juiz Marcos José de Brito Rodrigues e Desembargador Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 29 de maio de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.004025-2 - Ponta Porã
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – ATRASO DE UMA ÚNICA PARCELA – RECUSA DO BANCO EM RECEBER OS VALORES – TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – APLICABILIDADE – PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS – RECURSO IMPROVIDO.

Aplica-se a teoria do adimplemento substancial dos contratos quando demonstrado o pagamento considerável do pacto, respaldado nos princípios da boa-fé objetiva e função social dos contratos, especificamente o que dispõem os arts. 421 e 422 do Código Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara 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, 26 de abril de 2012.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Banco do Brasil S.A interpõe recurso contra a sentença do juízo da 2ª Vara Cível de Ponta Porã que, na ação de consignação em pagamento ajuizada por **Rolpel Rolamentos e Peças Ltda**, julgou procedente o pedido consignatório, extinguindo o processo nos termos do art. 269, I do CPC, condenando-o ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como nos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Em suas razões (f.155.v-158), alega que é legítima a recusa do banco em receber os valores apresentados pelo apelado, tendo em vista que no contrato há cláusula determinando que, não havendo saldo suficiente para a quitação da parcela, poderá o financiador dar por antecipadamente vencido o contrato.

Sustenta a aplicação do *pacta sunt servanda*, visto que o apelado não cumpriu com suas obrigações, mesmo ciente das consequências.

Diz que não é cabível a consignação em pagamento, ante a mora inicial do apelado, não condizente com o disposto no art. 335 do Código Civil.

Prequestiona toda matéria tratada no presente recurso para fins de interposição de recurso extraordinário ou especial, em caso de não provimento deste.

Requer o provimento do recurso.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo **Banco do Brasil S.A**. contra a sentença do juízo da 2ª Vara Cível de Ponta Porã que, na ação de consignação em pagamento que lhe move **Rolpel Rolamentos e peças Ltda**., julgou procedente o pedido consignatório, extinguindo o processo nos termos do art. 269, I do CPC, condenando-o ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários no valor de 10% sobre o valor da causa.

O autor sustenta na inicial que nos anos de 2002 e 2003 celebrou contratos de empréstimo com o banco-réu; informou, também, que os contratos vinham sendo descontados regularmente de sua conta corrente. No entanto, em junho de 2010, o banco réu não conseguiu efetuar o desconto das parcelas em razão da ausência de fundos na referida conta corrente.

Diante da inadimplência do autor o banco informou que só caberia o pagamento integral do contrato, face o seu descumprimento, por liquidação antecipada.

Dessa forma, o autor recorreu ao judiciário para consignar as parcelas vencidas e manter o contrato anteriormente pactuado, o que foi julgado procedente pelo juiz.

O banco apela para que o pedido consignatório seja julgado improcedente.

Tenho que agiu com acerto o juízo *a quo*, não merecendo reparos a sentença.

A teoria do adimplemento substancial, embora não contenha previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, respalda-se nos princípios da boa-fé objetiva, função social e conservação dos contratos, especificamente o que dispõem os arts. 421 e 422 do Código Civil.

Segundo essa teoria, ainda que lícito a uma das partes, no exercício potestativo, invocar a resolução contratual com base em inadimplemento, essa prerrogativa não há de ser absoluta quando, no caso concreto, ocorrer o cumprimento substancial da avença pela outra parte, verificando-se tão somente inadimplemento de parte da obrigação.

Sobre o tema ensina Orlando Gomes que:

> Por fim, há a função corretiva do princípio da boa-fé. Nessa área, ele atua principalmente no controle das cláusulas abusivas e como parâmetro para o exercício das posições jurídicas. Sob esse aspecto, destaca-se o adimplemento substancial (substantial performance), hipótese em que o contratante executa grande parte de suas obrigações e somente deixa de executar parte insignificante perante o todo, cuja consequência principal é impedir a resolução do contrato sob alegação de inadimplemento, além de outras figuras ligadas ao abuso do direito (v.g., a proibição do comportamento contraditório, também denominado venire contra factum proprium).[1]

No caso dos autos, o inadimplemento de uma parcela do contrato não está apto a ensejar a resolução contratual por inadimplemento, isto porque, considerando os anos de duração do contrato entre as partes,

1 *Contratos*. 26ª ed. - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 45.

bem como o regular pagamento das parcelas anteriores, a aplicação desta teoria é admitida, conforme bem pontuado pelo juízo *a quo*:

> Na espécie é perfeitamente aplicável a teoria do adimplemento substancial, porquanto denota-se que os contratos em debate foram firmados em 2002 e 2003 (fls. 35/44), sendo que desde então a parte autora tem adimplido com sua avença (fato não impugnado pelo réu), só deixando de fazê-lo em junho/2010, quedando-se inadimplente, razão pela qual a instituição financeira negou-se a dar continuidade aos contratos (descontos mensais automáticos), com fulcro no princípio do pacta sunt servanda, que se revela no documentos de f. 104.
>
> Ora, ao meu sentir, a inadimplência no caso vertente é ínfima a ensejar a rescisão do contrato e o vencimento antecipado das demais parcelas, sobretudo pelo longo período em que a parte autora regularmente honrou com suas obrigações junto ao banco réu. O inadimplemento parcial (atraso) de uma única parcela, assim, não se afigura motivo razoável e proporcional (preceitos constitucionais), a ensejar a rescisão dos contratos em questão, mormente quando as diretrizes de nosso ordenamento jurídico primam pela Boa-fé e pela conservação dos negócios jurídicos. (*sic*, f. 149).

Nesta linha de raciocínio, temos que a incidência da teoria do adimplemento substancial visa impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, no caso dos autos do banco-apelante, em prol da preservação da avença, com vistas aos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

Nesse sentido, colaciono alguns julgados:

> PROCESSO CIVIL - APELAÇÃO - TEMPESTIVIDADE - CONTRATO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - ATRASO PAGAMENTO - CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - REQUISITOS - ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL - PRINCÍPIO DA BOA FÉ - [...] 2- A ação consignatória tem suas hipóteses não-exaustivas previstas no artigo 335 do código civil e tem lugar, dentre outras, quando o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma e se pender litígio sobre o objeto do pagamento. 3- No caso vertente, embora o pagamento de duas parcelas do total de 36 não tenha sido providenciado até a data de seu vencimento, com base no princípio do adimplemento substancial, regido pelo princípio da boa-fé, mostra-se desarrazoada a recusa do réu em receber as referidas parcelas e ainda considerar vencido antecipadamente todo o débito. 4- Preliminar de intempestividade afastada. No mérito, recurso não provido. (TJDFT - Proc. 20070110123010 - (491994) - Rel. Des. Flavio Rostirola - DJe 31.03.2011 - p. 116).
>
> EMENTA – AÇÃO DE RESCISÃO PARCIAL DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – INADIMPLEMENTO PARCIAL PELO RÉU – APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – VALOR DA AVENÇA – INADIMPLEMENTO IRRISÓRIO CONSIDERANDO O VALOR TOTAL DO CONTRATO E O TEMPO DA AVENÇA – PRINCÍPIOS DA CONSERVAÇÃO, BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS – CIRCUNSTÂNCIA EVIDENCIADAS NO CASO CONCRETO – GRAU DO DESCUMPRIMENTO – SENTENÇA MANTIDA – AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO CONEXA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. [...]II - O adimplemento substancial analisa a obrigação em seu aspecto essencial e não secundário, pois analisa se a obrigação pactuada foi cumprida em seus pontos relevantes, avaliando-se o grau do "descumprimento" da obrigação pactuada, e não o inadimplemento de forma isolada, com base na literalidade das cláusulas contratuais firmadas ou em eventuais disposições legais aplicáveis." (TJMS, Terceira Câmara Cível, Apelação Cível n. 2011.006725-5, Campo Grande, Rel. Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 5.4.2011).

> PLANO DE SAÚDE CANCELAMENTO AUTOMÁTICO DE CONTRATO POR INADIMPLEMENTO DE UMA ÚNICA MENSALIDADE - AUSÊNCIA DE RECEBIMENTO DO BOLETO DE COBRANÇA - Dúvida acerca da existência de tempo hábil para a purgação da mora. Resolução automática que infringe o próprio ajuste entre as partes e se mostra abusiva. Aplicação da teoria do adimplemento substancial, pela qual não se justifica a resolução contratual por inadimplemento se houve descumprimento de pequena parte do contrato, mantendo-se a utilidade, contudo, do recebimento das prestações pelo credor. Comportamento concludente da operadora, que após o inadimplemento de única parcela, recebeu as subsequentes e prestou cobertura contratual aos sinistros. Manutenção do contrato entre as partes. Recurso provido. (TJSP - Ap 994.09.037205-0 - Osasco - 5ª CDPriv. - Rel. Moreira Viegas - DJe 17.04.2012). Portanto, não vejo razões para modificar a sentença objurgada.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pelo **Banco do Brasil S.A**, 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

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 Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 26 de abril de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.007539-6 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – DEVEDORA QUE PROMOVE DEPÓSITO EXTRAJUDICIAL – PRETENSÃO DE SEU LEVANTAMENTO POR MEIO DE ALVARÁ JUDICIAL – PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – MEIO INADEQUADO – NECESSIDADE DE AÇÃO DE CONHECIMENTO PARA A REPETIÇÃO DO INDÉBITO – RECURSO IMPROVIDO.

O pedido de simples alvará é inadequado para que a requerente possa reaver valor que depositara a título de consignação extrajudicial não impugnada pelo credor. Necessidade de ação de conhecimento, com o estabelecimento do contraditório, para a pretensão da apelante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara 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 abril de 2012.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Campo Rural Comércio de Produtos Agropecuários Ltda interpõe recurso de apelação contra decisão judicial que, ao apreciar pedido de alvará judicial formulado nos autos n. 00593397-94201181200001, julgou a parte apelante *"carecedor do direito de ação por inadequação da via escolhida"* (f.39), com a extinção do processo nos termos do artigo 267, inciso VI do CPC.

Narra o apelante que: 1) o seu representante legal realizou junto ao Banco Volkswagen dois contratos de alienação fiduciária em garantia para aquisição de dois caminhões, mas que em razão de problemas financeiros deixou de efetuar o pagamento das parcelas referentes aos meses de dezembro de 2005 e janeiro de 2006; 2) que para evitar a busca e apreensão dos veículos, efetuou junto à Caixa Econômica Federal dois depósitos para o pagamento das parcelas em atraso, depósitos que totalizam a quantia de R$ 15.964,31 (quinze mil, novecentos e sessenta e quatro reais e trinta e um centavos); 3) que o Banco Volkswagen foi notificado, na via extrajudicial, acerca dos depósitos acima mencionados, mas que permaneceu inerte e *"ato contínuo, ingressou com duas ações de busca e apreensão"* (f.46), conseguindo recuperar ambos os veículos; 4) em vista os fatos acima narrados, a apelante ingressou com pedido de alvará judicial que foi negado na decisão recorrida ao argumento de falta de interesse processual por inadequação da via escolhida; 5) que referida decisão merece ser reformada haja vista que: a) *" o pedido de alvará judicial se mostra o mais adequado, útil e necessário para tanto, visto que no presente caso a quantia que se pretende levantar é líquida, certa, preexistente e pertence ao apelante como foi demonstrado na inicial será no presente recurso"* (f.47); b) o Banco

Volkswagen não concordou com os valores consignados extrajudicialmente na Caixa Econômica Federal, pois, se tivesse concordado, não teria afirmado nas duas ações de busca e apreensão que a ora apelante não pagou as prestações vencidas em dezembro de 2005 e janeiro de 2006 e c) que a omissão da informação acerca dos valores depositados junto à Caixa Econômica Federal implica na conclusão de que o Banco Volkswagen promoveu *"cobrança em dobro"* (f.50).

Pede provimento ao recurso *"para que seja autorizado o levantamento, mediante alvará, dos valores depositados junto à Caixa Econômica Federal referente ao pagamento das parcelas em atraso dos contratos de alienação fiduciária mencionados, vez que o Banco Credor conforme demonstrado praticou ato incompatível com sua aceitação, bem como se não houver a reforma da referida sentença, o banco nitidamente enriquicerá sem causa, recebendo duas vezes por um mesma dívida"*. (f. 53).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

A apelante **Campo Rural Comércio de Produtos Agropecuários Ltda**. ingressou com pedido de alvará judicial com o objetivo de levantar o valor de R$ 15.964,31 (quinze mil, novecentos e sessenta e quatro reais e trinta e um centavos), depositado junto à Caixa Econômica Federal, valor que, a princípio, se encontrava à disposição do **Banco Volkswagen S/A**.

A requerente apelante, na condição de devedora, resolveu depositar na CEF as prestações vencidas em dezembro de 2005 e janeiro de 2006, objeto de dois contratos de alienação fiduciária em garantia celebrados com o referido Banco Volkswagen S/A, depósitos à disposição deste último.

Explicou que a Caixa Econômica Federal, nos termos do § 1º do artigo 890 do CPC, promoveu a notificação extrajudicial do Banco Volkswagen S/A acerca do valor depositado, mas que este permaneceu inerte.

Sustentou que o silêncio do Banco Volkswagen não pode ser interpretado como aceitação do valor depositado, isto porque praticou o banco ato incompatível com a aceitação, qual seja, ajuizou duas ações de busca e apreensão em que noticiou o não pagamento das parcelas objeto do depósito feito na Caixa Econômica Federal.

Tendo em vista os fatos acima narrados, sustentou ter o direito de levantar o valor depositado, invocando em sua inicial suposta aplicação do § 4º do artigo 890 do Código de Processo Civil.

O julgador de primeiro grau, de plano extinguiu o processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC, por ser a apelante *"carecedora do direito de ação por* ***inadequação da via escolhida****"* (f.39).

Sustentou o magistrado de primeiro grau que a via eleita pela recorrente, qual seja, pedido de alvará judicial, é inadequada *"para pleitear o recebimento de eventual crédito decorrente dos contratos de financiamento n.84.983 e 12515130"*.

Ressaltou também o sentenciante que *"o autor equivoca-se ao afirmar que o silêncio do banco credor quanto à notificação da Caixa Econômica Federal acerca dos valores consignados importa em recusa. Ao contrário, nos termos do § 2 º, do art. 890, do CPC, o decurso de prazo de 10 dias sem manifestação do credor, importa em aceitação tácita.*

Apesar dos fundamentos expostos na sentença recorrida, a apelante pede a reforma do *decisum* pelas razões já resumidas no relatório.

O recurso não merece provimento.

Toda a tese da apelante está fundamentada em uma única premissa, qual seja, a desnecessidade de instauração de processo de conhecimento, tendo em vista que lhe pertence o valor que depositou junto à Caixa Econômica Federal, depósito que foi efetuado para pagar as prestações em atraso referentes ao contrato de *leasing* que celebrou com o Banco Volkswagen.

A respeito do depósito extrajudicial, é ilustrativa a doutrina de Antonio Carlos Marcato[2], para quem,

> 20.2- A realização de depósito extrajudicial: Presente qualquer das situações autorizadoras do pagamento por consignação e sendo de natura pecuniária a prestação devida, o devedor (ou o terceiro interessado no pagamento) poderá valer-se, a seu exclusivo critério, do depósito extrajudicial junto a estabelecimento bancário efetuando-o em conta com correção monetária, em nome e em favor do credor.
>
> Efetuado o depósito e cientificado o credor por via postal, este poderá adotar qualquer das seguintes atitudes: a) comparece a agência bancária e levanta o depósito, assim manifestando a aceitação expressa, operando-se, em consequência , o pagamento por consignação previsto em lei (CC, art. 334), com a liberação do devedor da obrigação, ainda que o depositante seja terceiro; b) **não recusa formalmente o depósito no decêndio previsto em lei (que começa a fluir da data da recepção da carta que lhe foi encaminhada), caso em que, diante da aceitação tácita do depósito, opera-se o pagamento por consignação previsto em lei, com a liberação do devedor da obrigação, permanecendo a quantia depositada à disposição do credor;** c) manifesta por escrito, junto ao banco depositário, a sua recusa à recepção da quantia depositada; frustrada, então, a tentativa de liberação da dívida pela via extrajudicial, poderá o depositante valer-se da judicial, promovendo a ação consignatória no prazo de 30 dias a contar da ciência da recusa; decorrido o prazo sem o ajuizamento da ação, ficará sem efeito o depósito bancário, facultado o seu levantamento pelo depositante .

Embora não houve a necessidade do juízo de adentrar ao mérito no que concerne à assertiva de que o valor depositado pertenceria ao credor, por força de seu silêncio, o certo é que não há nos autos nenhum elemento que pudesse permitir uma aferição de que tivesse ocorrido ou não o pagamento das referidas obrigações, já que a requerente apelante não trouxe aos autos nenhuma prova nesse sentido.

Inobstante esse argumento, o certo é que, a partir do momento em que a questão relativa aos depósitos tornou-se conflituosa entre a partes, mormente em decorrência do ajuizamento da busca e apreensão, para que a requerente pudesse, eventualmente, reaver os valores depositados, necessitaria ela do processo de conhecimento, com o estabelecimento do contraditório, jamais pelo rito simplificado do procedimento especial de jurisdição voluntária.

Mas não é só.

Também sustenta a apelante que o Banco Volkswagen S/A agiu de má-fé e promoveu cobrança em dobro, deixando de mencionar, na ação de busca e apreensão, que já havia ocorrido o pagamento das parcelas vencidas em dezembro de 2005 e janeiro de 2009. Daí mais um motivo para que a apelante escolha a via da ação de conhecimento, para a repetição do possível indébito, assegurado o contraditório e a

2 Procedimentos Especiais, 13 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 76-77.

ampla defesa. Afinal, essa afirmação da apelante, por si só, demonstra que somente pode ser acolhida a sua pretensão de levantamento dos valores depositados junto a CEF, caso, antes, seja reconhecida ter ela saldo credor. Isso, obviamente, só é possível na ação de conhecimento.

Desse modo, se a recorrente entende que foi injustiçada por ter o Banco Volkswagen S/A promovido cobrança em dobro, deve ela ingressar com pedido de repetição de indébito, em ação ordinária (processo de conhecimento) e não pela via eleita, que cuida de simples alvará judicial regulado por procedimento especial de jurisdição voluntária.

Conclusão

Ante o 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. Sideni Soncini Pimentel.

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 Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 12 de abril de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Agravo Regimental em Agravo n. 2012.013012-8/0001-00 - Bandeirantes
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – CREDOR – PEDIDO DE ADJUDICAÇÃO DO BEM PENHORADO APÓS A ARREMATAÇÃO POR TERCEIRO ADQUIRENTE – IMPOSSIBILIDADE – PRECLUSÃO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O direito de adjudicação garantido ao credor deve ser exercido antes da alienação do bem penhorado, sob pena de preclusão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara 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 maio de 2012.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator2

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Assis Ferreira da Silva interpõe agravo regimental em face da decisão monocrática de minha relatoria que, nos termos do art. 557, *caput*, 2ª e 4ª figuras do CPC, negou seguimento ao agravo de instrumento.

Em resumo, repisando os argumentos do recurso anterior, diz que, em sendo mantida a arrematação em favor do terceiro Aristides Borges de Esquivel, ocorrerá mera amortização da dívida em execução, que prosseguirá pelo saldo remanescente. Contudo, caso *"se aceite a adjudicação do bem em favor do exequente, o processo será extinto com o pagamento total do débito, e todos ficarão satisfeitos, o credor por receber integralmente a dívida, o devedor por pagar e ainda receber 'volta em dinheiro' "* (sic, f. 525).

Sustenta que o seu pedido de adjudicação do bem penhorado não traz prejuízo algum ao terceiro especulador, pois o numerário será devolvido com correção monetária e juros. Da mesma forma, não haverá prejuízo algum ao leiloeiro, pois o exequente, ora agravante, irá depositar sua comissão. Pondera no sentido de que finalidade do processo de execução é satisfazer o credor e a justiça, e não o "terceiro especulador" que *"quer ganhar dinheiro com a compra de bens levados a leilão em preço muito abaixo ao valor de mercado"*. (f. 326).

Ao final, requer o provimento do recurso, para o fim de autorizar a adjudicação do bem penhorado, permitindo a quitação do crédito em execução, com menor onerosidade ao executado.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Cuida-se de agravo regimental interposto por **Assis Ferreira da Silva** em face da decisão monocrática de negativa de seguimento ao agravo de instrumento.

Como relatado, repisando os argumentos do recurso anterior, diz que, em sendo mantida a arrematação em favor do terceiro Aristides Borges de Esquivel, ocorrerá mera amortização da dívida em execução, que prosseguirá pelo saldo remanescente. Contudo, caso *"se aceite a adjudicação do bem em favor do exequente, o processo será extinto com o pagamento total do débito, e todos ficarão satisfeitos, o credor por receber integralmente a dívida, o devedor por pagar e ainda receber 'volta em dinheiro' "* (sic, f. 525).

Sustenta que o seu pedido de adjudicação do bem penhorado não traz prejuízo algum ao terceiro especulador, pois o numerário será devolvido com correção monetária e juros. Da mesma forma, não haverá prejuízo algum ao leiloeiro, pois o exequente, ora agravante, irá depositar sua comissão. Pondera no sentido de que finalidade do processo de execução é satisfazer o credor e a justiça, e não o "terceiro especulador" que *"quer ganhar dinheiro com a compra de bens levados a leilão em preço muito abaixo ao valor de mercado"*. (f. 326).

Ao final, requer o provimento do recurso, para o fim de autorizar a adjudicação do bem penhorado, permitindo a quitação do crédito em execução, com menor onerosidade ao executado.

A decisão recorrida está assim fundamentada, *in verbis:*

> Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Assis Ferreira da Silva em face da decisão que deferiu a adjudicação do bem penhorado em favor do arrematante Aristides Borges de Esquivel, pelo valor ofertado em 2º leilão judicial, nos autos da execução n. 0001559-29.2008.8.12.0025, movida pelo agravante contra Inácio Nunes Corvalan e outro.
>
> Na parte que interessa, eis os fundamentos do decisum interlocutório:
>
> '[...]A questão a decidir nos presentes autos está em favor de quem deve ocorrer a adjudicação do bem penhorado, se do terceiro que arrematou o bem por meio do leilão eletrônico (Aristides Borges Esquivel) ou se em favor do exequente que, posteriormente à alienação eletrônica, apresenta pedido de adjudicação pelo valor da avaliação.
>
> Entendo que a adjudicação deva prevalecer em favor do terceiro.
>
> Ora, o artigo 685-A do CPC permite ao exequente a adjudicação do bem penhorado. Contudo, o prazo para o exequente manifestar o seu desiderato em adjudicar não é após a realização do praceamento do bem, mas, sim, antes. Neste sentido, é a orientação da doutrina:
>
> 'Momento da manifestação: Ao prever que a adjudicação deve coincidir com o valor da avaliação, a lei deixa claro que a petição que requer a adjudicação só pode ser apresentada após a avaliação, e sempre antes da realização da hasta pública.' (FILHO, Misael Montenegro. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Atlas, 2008. p.719).
>
> É claro que o exequente poderá mudar de idéia e decidir disputar a alienação judicial. Contudo, neste caso, deverá concorrer, em igualdade de condições, com os demais interessados, participando ativamente na venda judicial, ex vi do artigo 690-A, parágrafo único, do CPC, não podendo o exequente, após o encerramento do praceamento, pretender a adjudicação do bem penhorado.

Pelas razões expostas, defiro a adjudicação do bem penhorado em favor do arrematante Aristides Borges de Esquivel pelo valor ofertado.

Autorizo o exequente a levantar o valor por ele depositado.

Após o trânsito em julgado, faça-me concluso o auto de adjudicação para lançar assinatura.'

Neste recurso, o recorrente diz que não participou do leilão virtual porque é pessoa muito simples, quase analfabeto, não sabe manusear o computador e não tem condições de se cadastrar no site da leiloeira e fazer lances.

Pondera no sentido de que não adjudicou o imóvel antes do praceamento porque esperava que o bem fosse vendido em valor superior ao crédito em execução, e quiça acima da avaliação, a fim de satisfazer o interesse do credor e também do devedor, ora agravado.

Sustenta que tem o direito de requerer a adjudicação do bem até o término da hasta pública, sendo que o vocábulo 'término' deve ser interpretado como sendo o momento que antecede a assinatura do magistrado no auto de arrematação, sendo certo que o juízo a quo, até o presente momento, não assinou o auto de arrematação. Entende, portanto, como tempestivo o pedido de adjudicar o imóvel penhorado como pagamento integral da dívida em execução.

Assevera que o pedido de adjudicação não traz prejuízo ao arrematante do bem, pois 'o seu dinheiro será devolvido com correção monetária e juros. Da mesma maneira, não haverá prejuízo algum ao leiloeiro, pois o exequente irá depositar sua comissão' (f. 06). Salienta que o fim do processo de execução é satisfazer o credor e a justiça, e não o 'terceiro especulador que quer ganhar dinheiro com a compra de bens levados a leilão em preço muito abaixo ao valor de mercado' (f. 07).

Por derradeiro, apontado como tese subsidiária, pede a decretação de nulidade da arrematação realizada pelo Sr. Aristides Borges de Esquivel, porquanto detém o cargo público de cartorário de Bandeirantes-MS.

Sem razão o agravante.

Refuto o argumento do credor-recorrente, no sentido de que deixou de participar o 1º e 2º leilões judicias porque é pessoa muito simples e não sabe manusear o computador. O recorrente tem advogado constituído nos autos e, portanto, se deixou de participar dos praceamentos do imóvel penhorado, é porque não tinha interesse na licitação, uma vez que tinha expectativa de que o bem seria arrematado por valor superior ao da avaliação, situação que não ocorreu. Pois bem.

O Código de Processo Civil deixou de fixar prazo para que o credor requeira a adjudicação do bem penhorado, tendo a doutrina, destarte, entendido que o termo final para o pedido de adjudicação, por parte do exequente, seria após a avaliação do bem, desde que a execução não tenha alcançado o estágio de alienação por iniciativa particular ou mesmo por hasta pública, sempre pelo valor da avaliação.

Por todos, os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior[1]:

'Duas são as exigências legais para que a adjudicação se torne admissível, seja qual for o credor pleiteante:

1 *Processo de execução e cumprimento da sentença*. 24. ed. São Paulo: Leud, 2007. p. 338

a) é preciso que a execução não tenha alcançado o estágio da alienação por iniciativa particular (art. 685-C) ou da hasta pública (art. 686, *caput*); e

b) que o preço oferecido pelo pretendente não seja inferior ao da avaliação (art. 685-A, *caput*).

Não se permite, como outrora fazia o Código de 1939, o pedido de adjudicação em concorrência com o lanço do arrematante. No sistema atual, o requerimento do interessado deve ser apresentado logo após a penhora e avaliação, antes, portanto, de que os bens penhorados sejam submetidos à venda por iniciativa ou à arrematação. Se o credor pretender adquirir os bens penhorados, já colocados em hasta pública, terá de licitar na disputa com os demais interessados [...]'

Assim, inoportuno o pedido de adjudicação do bem penhorado pelo exequente, ora agravante, porquanto formulado após a arrematação realizada pelo licitante, Sr. Aristides Borges de Esquivel (f. 298-303-TJ).

Evidente que o terceiro adquirente não pode ficar exposto ao pedido de adjudicação extemporâneo do credor. E a razão é lógica: quando o licitante participa do certame, e estando ausente o exequente, tem a expectativa de que este não tem interesse na adjudicação do bem penhorado. Não é preciso muito esforço de inteligência para se chegar a essa conclusão.

Portanto, arrematado o bem por terceiro, inviável a adjudicação pelo credor, ante a ocorrência da preclusão. Confira-se:

'AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADJUDICAÇÃO DO BEM PENHORADO. CÔNJUGE, DESCENDENTE OU ASCENDENTE. PRAZO. LIMITE. PRECLUSÃO. **O exercício do direito de adjudicação garantido ao executado, seu cônjuge, descendente ou ascendente (art. 685-A, *caput* e §2º, CPC), deve ser exercido antes da alienação do bem (art. 647, II e III, CPC).** O terceiro adquirente não pode ficar exposto ao tardio exercício do direito de preferência em questão, pois quando adquire o bem tem a legítima expectativa de que não houve interesse na adjudicação. A aplicação analógica do direito de remição garantido ao devedor hipotecário (artigo 1.482, CCB) não tem guarida, na medida em que importaria em desconsideração da revogação do instituto pela reforma processual promovida através da Lei n.º 11.382/2006. Para imprimir maior eficiência e celeridade à execução, quis o legislador adotar como forma preferencial de expropriação para a satisfação do direito do credor a adjudicação (art. 647, I, CPC), pelo que não é dado ao intérprete contrariar o objetivo da norma, o que se daria no caso de admitir a postergação do seu exercício.' (TJMG - Agravo n. 0117337-90.2011.8.13.0000), Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. 09.06.2011)

'EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CARTA PRECATÓRIA EM EXECUÇÃO – ARREMATAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE ADJUDICAÇÃO DO BEM ARREMATADO PELO DESCENDENTE – REVOGAÇÃO DO INSTITUTO DA REMIÇÃO APÓS A ARREMATAÇÃO PELA LEI 11.382/2006 – REMIÇÃO PREVISTA NO ART. 1.482 DO CC – INAPLICABILIDADE – PEDIDO DE DEGRAVAÇÃO DA HASTA E NULIDADE DA ARREMATAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

1. Com o advento da Lei 11.382/2006 foi revogado o instituto da remição, que a instituiu pela adjudicação, ampliada para o cônjuge, ascendente ou descendente do executado, com preferência sobre os credores (art. 685-A, § 3º).

A adjudicação, por sua vez, será possível ao cônjuge, ascendente e descendente do executado desde que haja requerimento do interessado e a oferta do pretendente

> à adjudicação se dê por preço igual ao da avaliação. Acaso o credor ou terceiro interessado (aqui inclua-se cônjuge, ascendente ou descendente) pretendam adquirir o bem penhorado por valor inferior ao da avaliação deverão concorrer em igualdade de condições na hasta pública.
>
> 2. Uma vez publicado o edital de praça do bem, resta preclusa a oportunidade de quaisquer pessoas enumeradas no artigo 685-A da Lei Instrumental Civil exercerem o direito de adjudicação (antiga remição).
>
> 3. A remição prevista no artigo 1.482 do CC somente se aplica as hipóteses de bem hipotecado, instituição inerente ao direito material, não aplicável aos casos de crédito quirografário comum. [...]' (TJMS – Agravo n. 2009.034575-0, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, 3ª Turma, j. 22.02.2010).
>
> Por fim, deixo de analisar a tese subsidiária do agravante, no sentido de decretar a nulidade da arrematação realizada pelo adquirente Sr. Aristides Borges de Esquivel, tendo em vista que a matéria não foi levada ao pronunciamento do juízo a quo, sob pena de supressão de instância.
>
> Isto posto, conheço em parte do recurso e, na parte conhecida, nego-lhe seguimento nos termos do art. 557, caput, 2ª e 4ª figuras do CPC.

Reafirmo o posicionamento externado na decisão recorrida, no sentido de que, uma vez publicado o edital de praceamento, resta preclusa a oportunidade de quaisquer pessoas enumeradas no artigo 685-A, do CPC, de exercerem o direito de adjudicação do bem penhorado.

Não se pode prejudicar o terceiro arrematante, pois quando adquire o bem tem a legítima expectativa de que não houve interesse na adjudicação.

Isto posto, **nego provimento** ao agravo regimental.

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. Vladimir Abreu da 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, 24 de maio de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.001115-8 - Eldorado
Relator Designado Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C PEDIDO DE LUCROS CESSANTES E CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA – SERVIDOR PÚBLICO IMPEDIDO DE SER NOMEADO E EMPOSSADO NO CARGO APROVADO – ATO ADMINISTRATIVO ILÍCITO RECONHECIDO JUDICIALMENTE – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE PÚBLICO – MAJORAÇÃO DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO FIXADO A TÍTULO DE DANO MORAL PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU – CONCEDIDA – LUCROS CESSANTES – INDEFERIDO DIANTE DA EXISTÊNCIA DA COISA JULGADA – TEMPO DE SERVIÇO – DEVIDO – RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PARA FINS DE APOSENTADORIA – ÔNUS DO ENTE PÚBLICO RESPONSABILIZADO – CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU – MANTIDOS NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR REVISOR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O *quantum* indenizatório deve ser fixado observando as circunstâncias específicas na hipótese em concreto, como capacidade econômica das partes, vedação ao locupletamento indevido, função pedagógica e gravidade do dano.

A coisa julgada é uma exigência de ordem social, política, prática, por ser imperioso dar solução à situação de incerteza, devendo prevalecer uma delas, a fim de que haja certeza nas relações jurídicas.

O servidor que se manteve à disposição da Administração durante o período em que se tramitava a ação onde se reconheceu o ato ilícito praticado pelo Ente Público, faz *jus* ao cômputo do tempo de serviço respectivo para fins de aposentadoria, por força do princípio da *restitutio in integrum*.

O ônus das contribuições previdências correspondentes ao período em que o servidor ficou à disposição da Administração, deve ser suportado pelo Ente causador do dano.

Nos termos do parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil, "se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários".

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso após o relator aderir ao voto do vogal. E, por unanimidade, nos termos do voto do revisor, foi redimensionada a verba honorária.

Campo Grande, 3 de abril de 2012.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de Apelação Cível - Ordinário interposta por José Brusarosco contra sentença proferida pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Eldorado/MS nos autos da Ação Indenização Por Danos Morais e Lucros Cessantes movida contra **Município de Eldorado.**

Alega, em síntese, que:

I – foi aprovado em concurso público para o Cargo de Fiscal de Tributos Municipais, porém, ficou impedido de assumir o concurso em razão de intrigas políticas;

II – a posse do cargo para exercer sua função ficou suspensa pois houve um atestado médico que considerou o mesmo inapto em 19.02.199, sendo que o apelante só realizou os exames em 25.02.1999, devendo o laudo ser desconsiderado;

III - argumenta que devido a perseguições políticas o administrador da época não cumpriu com a decisão do mandado de segurança;

IV – afirma que só assumiu o cargo 10 anos depois de aprovado, deixando de lucrar com o seu trabalho (além da remuneração, com o tempo de aposentadoria);

V – foi impedido de tomar posse em virtude de ato ilícito praticado pela Administração, por esta razão requer indenização por danos morais e materiais;

Ao final, requer a reforma da sentença para majorar o valor da indenização por danos morais e condenar o Município ao pagamento de danos materiais referente à remuneração mensal que teria direito no período de 1991 até 2001, bem como que este período seja adicionado para a contagem de tempo de serviço para sua aposentadoria.

Requer ainda, a majoração da verba honorária.

Intimado, o apelado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões.

O Ministério Público deixou de se manifestar a respeito (f. 376/377).

VOTO (EM 13.3.2012)

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

Trata-se de Apelação Cível - Ordinário interposto por José Brusarosco contra sentença proferida pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Eldorado/MS nos autos da Ação Indenização Por Danos Morais e Lucros Cessantes movida contra **Município de Eldorado.**

Necessário se faz um compêndio dos fatos.

Extrai-se dos autos que o apelante através do ofício nº 225/2011 (f. 26) foi convocado para tomar posse no cargo de Fiscal de tributos Municipais, datado em 25/04/2001, em razão do mandado de segurança interposto pelo autor.

No dia 13/09/1994, o apelante impetrou mandado de segurança contra os atos do Prefeito Municipal do Município de Eldorado/MS, na época, Manoel Gomes da Silva, argumentando que seu direito liquido e certo foi preterido pois quando se apresentou para assumir o cargo foi surpreendido com a negativa de tomar posse, pois haviam contratado outros dois funcionários com classificação inferior a do impetrante (f. 31/34).

Em 07/01/1995, foi concedida a segurança impetrada para "*declarar a invalidade do ato praticado pela Autoridade, Sr. Prefeito Municipal de Eldorado, no pertinente à contratação de pessoal para o exercício do cargo de Fiscal de Tributos Municipais. Da Prefeitura Municipal de Eldorado-MS*" (f. 84/89), porém, esta decisão foi anulada pelo TJMS que acolheu a preliminar de nulidade para "*que o magistrado conceda prazo ao impetrante para providenciar a citação dos litisconsortes passivos necessários, com o prosseguimento do processo como de direito*" (f. 99).

Em 07/10/1996, foi concedida a segurança impetrada (f. 120/124). A decisão foi mantida pelo TJMS (f. 130/136).

Em 24/02/2005 ajuizou a presente ação com o intuito de receber danos morais c/c pedido de lucros cessantes.

O magistrado a quo sentenciou o presente feito julgando parcialmente procedente "o pedido para condenar p Município de Eldorado a pagar a José Brusarosco a importância de R$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais) a título de danos morais, cujos juros de 1% ao mês a atualização monetária com base no IGPM passarão a incidir a partir da data da intimação do réu desta sentença" (f. 338/341).

O recurso intentado objetiva a reforma da sentença de primeiro grau que versa sobre a majoração dos danos morais e o pagamento dos lucros cessantes no período de 1991 até 2001 decorrentes da preterição do autor em concurso público.

O ponto nodal é acerca da imputada responsabilidade do Município por ato do equivocado do administrador e o nexo causal entre o fato e o alegado prejuízo pelo retardo da nomeação.

Passo à análise do mérito das questões levantadas.

I – DOS LUCROS CESSANTES E VANTAGENS (TEMPO DE SERVIÇO)

Verifica-se que o apelante já havia ajuizado ação de cobrança contra o Município com o intuito de receber os vencimentos e as vantagens que teria direito, ou seja, os mesmos pedidos desta ação.

Sendo que a sentença da demanda supracitada julgou improcedente os pedido do recorrente, conforme f. 188/193.

A Promotoria de Justiça da Comarca de Eldorado se manifestou acerca da matéria (f. 203/207):

> No que diz respeito ao pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais sofridos quanto ao lucro cessante consistente em todas as vantagens pecuniárias que deveria ter recebido se a decisão judicial que lhe garantia do direito ao cargo de Fiscal de Tributos tivesse sido prontamente cumprida, é de rigor seu indeferimento de plano, na medida en que tal pleito já se encontra definitivamente julgado nos autos da ação de cobrança de nº 286/99 (vide fls. 188/193).

A coisa julgada ocorrerá nos casos em que houver a mesma identidade entre ações (partes, pedido e causa de pedir), mas sobre uma dessas demandas já houver decisão de mérito transitada em julgado.

Nos termos do disposto no art. 474 do CPC, passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

O artigo 467, do CPC, conceitua o que venha ser coisa julgada material, *in verbis*: "*Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário."*

Sobre coisa julgada, importante a lição de Eduardo Talamini:

> A coisa julgada material apresenta duas diferentes facetas, dois distintos modos de expressão. Por um lado, tem uma função (ou aspecto, ou eficácia) "negativa". Consiste na proibição, nos limites acima expostos, de que qualquer órgão jurisdicional torne a apreciar o mérito do objeto processual sobre o qual já recai a coisa julgada. É nesse sentido que a coisa julgada funciona como pressuposto processual negativo" (CPC, art. 267, V). (TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 37, p. 130 e p. 154).

A coisa julgada também deve ser enfocada como garantia a estabilidade jurídica, já que não comporta mais reapreciação das matérias decidas.

Restou comprovada no caso dos autos a identidade entre ações (partes, pedido e causa de pedir), bem como a existência do trânsito em julgado em uma das ações.

Assim, não assiste razão o apelante quanto ao pedido de lucros cessantes e tempo de aposentadoria.

II – DANOS MORAIS

Pleiteia o apelante a reforma da r. Sentença, para que seja majorado o *quantum* indenizatório.

Considerando tal insurgência, resta-nos ponderar acerca dos critérios para fixação dos valores, considerando que o magistrado *a quo* entendeu por bem fixar R$ 10.200,00 a título de danos morais.

Em relação ao pedido de aumento da indenização, tenho que para quantificar a compensação pelo dano moral sofrido, não existe uma regulamentação específica, ou um critério que imponha valores. Dessa forma, para se definir o valor do dano moral, é preciso levar em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido pela dor experimentada, devendo, portanto, guardar a fixação sintonia com o princípio da razoabilidade.

Contudo, a reparação do dano moral não tutela tão-somente o interesse particular, mas também todo o meio social porquanto, a partir do momento que se pune uma pessoa por violação previamente estabelecida em lei, tal sanção passa a tutelar repressivamente o caso concreto e preventivamente em relação aos demais membros da sociedade.

Ademais, é cediço que a fixação do dano moral tem caráter subjetivo, não havendo critérios pré-estabelecidos para o seu arbitramento, cabendo ao juiz, por seu prudente arbítrio, e tendo sempre em mente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estimar, no caso concreto, um valor justo a título de indenização.

Com efeito, a dificuldade na mensuração do valor da indenização (que, por óbvio, não pode ser tarifada) exige que o magistrado busque em seu senso prático, atentando às peculiaridades de cada caso concreto, estabelecer critérios para embasar sua decisão, devendo sopesar especialmente as condições econômicas e sociais do ofendido e do ofensor, as circunstâncias do fato, a extensão do dano e seus

efeitos, sem esquecer que a indenização deve ser suficiente para reparar o dano, não podendo importar em enriquecimento indevido.

Em suma, para o causador do dano, o valor da indenização tem de ser relevante, atentando-se à sua capacidade econômica. E para a vítima, não pode esse valor ser desproporcional ao seu sofrimento (nem para menos, nem para mais).

Nesse contexto, entendo que para a controvérsia examinada, a quantia fixada pelo juiz *a quo* de R$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais), mostra-se tímida, razão pela qual retifico o valor fixado pela sentença, majorando-o para R$ 25.000,00 (vinte cinco mil reais), assegurando, assim, o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais, sem mostrar-se tão elevado a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa.

Assim sendo, merece reparos a sentença objurgada.

Passo à análise da verba sucumbencial

Não há se falar que a parte saiu vencedora quanto ao pedido principal, uma vez que o pleito de indenização moral não é acessório do pedido de lucros cessantes.

São pedidos principais distintos, razão pela qual o fato de o julgador singular ter reconhecido os danos morais não significa que o autor saiu vitorioso em grande parte do seu pedido a justificar a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 21 do CPC.

O juiz *a quo* distribuiu corretamente os ônus da sucumbência, uma vez que a parte autora saiu vencida e vencedora em proporção idêntica.

Vejamos julgado de caso semelhante:

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. 1. RELAÇÃO DE CONSUMO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO. CONSUMIDOR EQUIPARADO. ARTS. 14 E 17 DO CDC. TEORIA DO RISCO. [...] 2. INSCRIÇÃO INDEVIDA. CADASTRO DE INADIMPLENTES. ILÍCITO CARACTERIZADO. DANO MORAL PRESUMIDO. [...] 5. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. 6. VERBA HONORÁRIA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. Há possibilidade de compensação da verba honorária, o que encontra ressonância no entendimento sumulado do tribunal superior (Súmula 306, do STJ). APELAÇÃO DO AUTOR DESPROVIDA. APELAÇÃO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70041391087, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 29/06/2011)

E mais, consoante posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 306[1]), é possível a compensação de honorários advocatícios de sucumbência em caso de sucumbência recíproca, ainda que uma das partes litigue sob o pálio da gratuidade judiciária (AJG), uma vez que o beneplácito legal apenas suspende a exigibilidade da verba sucumbencial.

O fundamento adotado é no sentido de que o art. 23 da Lei n. 8.404/94 não fere o dispositivo do art. 21 do CPC, assim como ambos podem ser aplicados conjuntamente sem ferir o direito de autônomo do advogado para executar a sentença nesta parte.

Destaco que a referida compensação incide mesmo na hipótese de a parte litigar sob o abrigo da assistência judiciária gratuita. Nos termos do artigo 19, primeira parte, do Código de Processo Civil,

1 **Súmula 306, STJ:** "Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte".

combinado com o artigo 12 da Lei nº 1.060/50, a sentença contrária ao beneficiário da justiça gratuita deve igualmente condená-lo ao pagamento das custas e honorários, permanecendo apenas suspenso, até que possa realizar tal pagamento. Portanto, a suspensão concedida ao beneficiário da AJG incide apenas no plano da eficácia, considerando a tríplice divisão adotada por Pontes de Miranda em relação aos planos do mundo jurídico: existência, validade e eficácia.

Consigno que o argumento segundo o qual não seria possível a compensação neste caso, pois a dívida não seria exigível, não merece prosperar, considerando que a compensação do artigo 21 do CPC não possui o mesmo sentido da compensação, por exemplo, prevista no Código Civil como encontro de duas condenações.

Neste sentido, vale referir a seguinte lição doutrinária:

> A orientação cristalizada nessa súmula parece ser a mais correta. A distinção entre as pessoas dos devedores e credores das obrigações a serem compensadas é um falso problema. A compensação decorrente da sucumbência recíproca não tem o significado de uma verdadeira compensação, com o encontro de duas condenações, mas sim de uma inexistência de condenação. Ao identificar que ambas as partes deram causa ao processo, o julgador não as condena a pagar os honorários do advogado de seu adverso, para então ocorrer a extinção das obrigações por compensação. Ele simplesmente não condena nenhuma das partes, ou condena uma delas a pagar honorários calculados sobre o excedente do encontro entre as duas sucumbências. Compensar, no contexto do art. 21 do Código de Processo Civil, significa considerar as derrotas parciais de ambas as partes no momento de definir quem arcará com o custo do processo, e, adotado tal significado, não há sentido em sustentar a incompatibilidade entre tal norma e o art. 23 do Estatuto da Advocacia. Por tal raciocínio, a compensação ocorre mesmo que uma das partes seja beneficiária da justiça gratuita, pois desaparece o óbice de a obrigação imposta ao beneficiário não ser exigível de imediato, do que decorreria a impossibilidade da compensação (CC, art. 369)[2]

Diante disso, caracterizando-se o caso concreto nos casos abrangidos por sucumbência recíproca entre as partes, admite-se a compensação.

Considerando que não houve grandes alterações na decisão, pois só foi majorado o valor dos danos morais, deve ser mantida a douta sentença.

Ex positis, conheço do recurso e dou parcial provimento ao apelo, para majorar a indenização de danos morais, fixando-a no *quantum* de R$ 25.000,00 (vinte cinco mil reais).

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL (DES. MARCO ANDRÉ N. HANSON). O RELATOR DAVA PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. O REVISOR SE RESERVA.

VOTO (EM 20.3.2012)

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

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por **José Brusarosco** em face da sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na ação de indenização ajuizada em desfavor do Município de Eldorado.

2 Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Honorários Advocatícios no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 80-81.

O Juízo recorrido reconheceu a preliminar de coisa julgada em relação ao pedido de reparação de dano material (lucros cessantes) e julgou improcedente o pedido de anotação de serviço para fins de aposentadoria, valendo-se do mesmo fundamento exarado na sentença proferida nos autos da ação de cobrança n. 286/99, anteriormente interposta pelo recorrente (f.188-193).

No que pertinente ao pedido de dano moral, o Município recorrido foi condenado ao pagamento de R$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais), acrescido de juros e correção, em favor do apelante.

Diante desse *decisum*, o recorrente apresentou apelo objetivando a reforma da sentença de primeiro grau para o fim de majorar o *quantum* fixado a título de dano moral, ser indenizado pelos lucros cessantes e obter o reconhecimento do tempo de serviço do período de 1995 até maio de 2001, para fins de aposentadoria.

Questão de Ordem

Em primeira abordagem, peço vênia para divergir parcialmente do e. Des. Relator Fernando Mauro Moreira Marinho, pois ao analisar as questões dos lucros cessantes e do tempo de serviço, entendeu que ambos os pedidos já estariam acobertados pelo manto da coisa julgada.

Entretanto, analisando a exordial da ação de cobrança (f.38-41), bem como a sentença proferida nessa demanda (f.188-193), verifico que apenas o pedido de indenização pelos danos materiais, consistente em obtenção "de vencimentos e vantagens pecuniárias", teria sido acobertado pela coisa julgada.

Na verdade, na sentença de primeiro grau (f.339), o Juízo assentou que: "[...] nego o pedido de anotação em ficha funcional para fins de aquisição de benefício previdenciário."

Logo, é evidente que houve enfrentamento do mérito da questão atinente ao tempo de serviço, conforme pleiteado na inicial.

Dessa maneira, considerando que a pretensão acerca do tempo de serviço não foi objeto da demanda anteriormente julgada, e tendo sido tal pretensão negada pelo Juízo *a quo*, tenho que tal questão deve ser reanalisada por esta Corte, inclusive com o voto do i. Relator, razão pela qual passo a tecer as imprescindíveis considerações.

Da Contagem de Tempo de Serviço para Fins de Aposentadoria

O recorrente alega que em 08 de maio de 1991 foi aprovado no concurso para o cargo de fiscal de tributos municipais, realizado pelo Município de Eldorado – MS, tendo sido convocado em 29/01/1993 para sua possível lotação (f.56).

Contudo, somente por meio da ordem concedida nos autos do mandado de segurança n. 087/94, ajuizado no dia 13/09/1994, foi possível a sua nomeação e empossamento no cargo pretendido, que ocorreu em 1º de maio de 2001.

Alega que mesmo não tendo obtido sucesso na ação de cobrança de vencimentos ajuizada anteriormente, acredita que possui o direito de somar ao seu tempo de serviço o período em que o mandado de segurança, impetrado para nomeá-lo no cargo, se encontrava s*ub judice,* correspondente ao período de janeiro de 1.995 (sentença de primeiro grau que invalidou o ato praticado pela recorrida e concedeu a segurança pleiteada - f.82-89) até maio de 2001 (quando tomou posse no cargo).

Assiste razão ao recorrente. Explico.

O Juízo *a quo*, em janeiro de 1995, nos autos do Mandado de Segurança n. 87/94, invalidou o ato praticado pela autoridade apontada como coatora - Prefeito Municipal de Eldorado, no que pertine à contratação de pessoal para o cargo de fiscal de tributos municipais (decreto n. 772/90), pois reconheceu que o candidato impetrante havia sido ilicitamente preterido na ordem de convocação para o cargo aprovado e, por isso, determinou a sua nomeação e subseqüente posse.

Entretanto, em sede de reexame necessário, acolheu-se a preliminar de nulidade processual por ausência de citação dos litisconsortes necessários (dos demais candidatos aprovados no certame).

Em suma, o referido *mandamus* demorou cerca de 7 (sete) anos para ser definitivamente julgado, o que ensejou na concessão da ordem e em seu cumprimento em maio de 2001, conforme se afere do ofício acostado à f.26.

Destarte, tenho que a partir do momento em que se reconheceu judicialmente a ilicitude do ato praticado pelo recorrido, que preteriu o recorrente na ordem de convocação, este passou a ter direito ao tempo de serviço, como se em exercício estivesse, pois o apelante não pode ser prejudicado pelo ato ilícito cometido pela Administração Pública e tampouco pela morosidade Judiciária que infelizmente, dada a vultosa demanda que assola o Judiciário brasileiro, acabou por reconhecer, definitivamente, o direito líquido e certo do impetrante somente após 7 anos da data do ajuizamento da segurança.

Além disso, é cediço que estar em efetivo exercício não é requisito indispensável para o reconhecimento do tempo de serviço, tanto é que muitas vezes o servidor embora não se encontre em atividade, mas pelo fato de estar à disposição da Administração, tem esse período computado para fins de aposentadoria.

Da mesma maneira ocorreu no caso apresentado, pois o recorrente nesses anos em que aguardava a decisão judicial definitiva, acabou ficando à disposição do ente, que por culpa exclusiva deste, causou evidente prejuízo material e moral ao recorrente.

O pedido de indenização pelo dano material causado ao apelante encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada, nos termos do artigo 467 do CPC. Contudo, no que tange ao dano moral perpetrado pelo recorrido, devidamente reconhecido pelo Juízo sentenciante, deve ser majorado nos termos do voto do arguto Desembargador relator.

E, quanto ao pedido de computo ao tempo de serviço do período correspondente à data do ajuizamento da segurança até o seu julgamento definitivo, considerando que não foi abrangido pela eficácia da coisa julgada da sentença proferida nos autos na ação de cobranças n. 286/99, tenho que justo e devido tal pretensão.

Aliás, nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO IMPEDIDO DE TOMAR POSSE POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO RECONHECIDO COMO ILEGAL POR
>
> SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.
>
> [...]
>
> 5. O surgimento da responsabilidade civil do Estado decorre da conjugação de três elementos: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. **No caso em exame, o autor, em função de ato da Administração reconhecido como ilegítimo por sentença judicial transitada em julgado, foi impedido de assumir o cargo para o qual fora aprovado em concurso público.** Configurada, portanto, a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes.

6. Por força do princípio da restitutio in integrum, a indenização deve ser equivalente aos vencimentos **e demais vantagens inerentes ao cargo que teria percebido não fosse o ilegítimo óbice à sua posse, bem assim a determinação para o cômputo do tempo de serviço respectivo.**

7. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido." (REsp 506808/MG. RECURSO ESPECIAL. 2003/0004502-7. Relator(a): Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124). Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento: 29/06/2006. Data da Publicação/Fonte DJ 03/08/2006 p. 206) – grifo nosso.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. ILEGALIDADE RECONHECIDA POR DECISÃO JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. CABIMENTO. DANOS MORAIS. SÚMULA 7/STJ.

1. A responsabilidade civil exsurge a partir da conjugação de três elementos: o ato omissivo ou comissivo ilícita ou abusivamente praticado, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. O prejuízo experimentado pela vítima pode ser de natureza material ou moral, a depender da objetividade jurídica violada.

2. Ocorre dano material em razão da exigência de exame psicotécnico, somente afastada por decisão judicial definitiva, pois os recorrentes tiveram a sua nomeação diferida para o trânsito em julgado do processo.

3. Em indenização pela prática de ato ilícito do Estado, não há que se falar em geração de prestações, porém é possível a utilização do valor dos proventos como parâmetro para fixar o quantum que deve ser pago pelo ente público.

4. O montante a ser indenizado diz respeito aos valores que seriam recebidos no exercício da função pública e às demais vantagens inerentes ao cargo, **bem como à contagem do tempo de serviço.**

5. O termo inicial para aferição do valor a ser pago deve ser o da nomeação do candidato de classificação imediatamente inferior ao dos recorrentes, pois só nesse momento nasce a ilegalidade, que justifica o pagamento da indenização.

6. A aferição dos danos morais demandaria reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

7. Recurso especial provido em parte. (REsp 942361/AP. RECURSO ESPECIAL: 2007/0072693-0. Relator(a) Ministro: CASTRO MEIRA (1125). Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 13/05/2008. Data da Publicação/Fonte DJe 26/05/2008) – grifo nosso.

Do Recolhimento das Contribuições para Fins de Aposentadoria

Considerando que se trata de ato ilegítimo praticado pelo Município recorrido, ao ter preterido o apelante na ordem classificatória para nomeação, deve o causador do dano arcar com o recolhimento das contribuições respectivas ao período correspondente a janeiro de 1995 até 01 de maio de 2001.

Afinal, não é justo que o recorrente seja compelido a pagar, retroativamente, valor expressivo relativo a seu direito de aposentação por ato que não deu causa.

Portanto, tendo este voto reconhecido o direito ao tempo de serviço, é corolário lógico que o pagamento das contribuições correlatas ao período em voga, seja atribuído ao Município recorrido, por ato ilegítimo que praticou em detrimento ao direito de nomeação do recorrente.

Assim, divergindo em parte do voto do i. Desembargador relator, dou parcial provimento ao recurso para majorar a indenização para R$ 25.000,00 (vinte cinco mil reais), a título de dano moral, e reconhecer como tempo de serviço prestado pelo recorrente ao apelado o período compreendido entre 01 de janeiro de 1995 até 01 de maio de 2001, devendo o Município recorrido efetuar os recolhimentos relativos às contribuições desse período, para fins de aposentadoria do recorrente.

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

Adiro ao voto do Vogal.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA A PEDIDO DO REVISOR (DES. RUBENS B. BOSSAY). O RELATOR E O VOGAL DAVAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, APÓS O RELATOR ADERIR AO VOTO DESTE.

VOTO (EM 3.4.2012)

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Revisor)

Trata-se de apelação cível interposta por José Brusarosco, visando a reforma da sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais c/c Lucros Cessantes, que move em face de Município de Eldorado que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o apelado ao pagamento da quantia de R$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais) a título de danos morais.

A sentença julgou improcedente os pedidos de condenação do município ao pagamento dos lucros cessantes, consubstanciados no recebimento dos salários que o apelante teria percebido da data em que deveria ter sido nomeado até a data em que foi nomeado, bem como o pedido de anotação deste período em sua ficha funcional, para fins de aquisição de benefício previdenciário.

O relator, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, confirmou a sentença que julgou improcedente o pedido de lucros cessantes e entendeu que tanto esse pedido quanto o de anotação na ficha funcional estariam acobertados pelo manto da coisa julgada, em razão da sentença prolatada em ação de cobrança interposta anteriormente pelo apelante. (f. 38/41).

Em relação aos danos morais, o e. Relator majorou a verba indenizatória de R$ 10.200,00 (dez mil e duzentos) reais para R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Por sua vez, o e. Vogal, Des. Marco André Nogueira Hanson, divergiu em parte do e. Relator e deu parcial provimento ao recurso, para o fim de majorar a indenização para R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a título de dano moral e reconheceu o tempo de serviço prestado pelo apelante, no período compreendido entre 01 de janeiro de 1995 até 01 de maio de 2001, determinando, por consequência, que o Município efetue os recolhimentos relativos às contribuições desse período, para fins de aposentadoria do recorrente.

Acompanho em parte o Relator e o Vogal.

Com relação aos danos morais suportados pelo apelante, restou demonstrada nos autos a conduta ilícita do município apelado e o seu dever de indenizar, sendo que a matéria devolvida a este Tribunal esta circunscrita apenas ao valor da indenização, que na sentença foi fixado em R$ 10.200,00 (dez mil e duzentos).

Neste aspecto, acompanho os demais pares para elevar o valor da indenização para R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), levando também em conta o caráter repressivo-pedagógico da indenização, que no caso não se traduz em enriquecimento sem causa e encontra-se condizente com a extensão do dano, servindo para amenizar o sofrimento da parte recorrente.

Quanto aos lucros cessantes, também acompanho o relator e o vogal, porquanto restou demonstrado nos autos que essa matéria já foi objeto de ação de cobrança interposta pelo apelante (f. 38/41), que foi julgada improcedente (f. 188/193).

Essa questão restou bem analisada pelo julgador monocrático, nesta ação indenizatória, *verbis*:

> A segunda questão é que a sentença de fls. 188 a 193 já apreciou e julgou a questão referente a reparação de danos materiais em ação de cobrança. A causa de pedir remota foi a não concessão da posse e a causa de pedir próxima foi a reparação de dano material. O pedido próximo foi a condenação e o pedido remota foi a reparação dos danos materiais. Ora, encontra identidade com o deduzido novamente em juízo. A decisão daquela anterior ação de cobrança fez parte do dispositivo da sentença. Portanto, em relação ao pedido de reparação de danos materiais incidiu o instituto da coisa julgada que promove a estabilidade das relações jurídicas e impede nova apreciação sobre fato já decidido definitivamente. Nesse sentido também manifestação do MP às fls. 204 e seguintes. (f. 338)

Contudo, nesta ação indenizatória, o juiz de 1º grau negou o pedido de anotação na ficha funcional do apelante para fins de aquisição de benefício previdenciário, sob os seguintes fundamentos: "*negado o pagamento de importância relativa ao salário sob o fundamento de que não pode receber por salário não prestado, pelo mesmo motivo nego o pedido de anotação em ficha funcional pra fins de aquisição de benefício previdenciário*." (f. 339)

Neste aspecto, peço vênia para acompanhar o Des. Marco André Nogueira Hanson, primeiro por entender que essa matéria não se encontra coberta pelo manto da preclusão, já que não foi objeto da ação de cobrança e, em segundo, porque como bem decidiu o vogal, o apelante não pode ser prejudicado pela ilicitude do ato praticado pelo Município e tampouco pela morosidade judiciária, que "[...] *acabou por reconhecer, definitivamente, o direito líquido e certo do impetrante somente após 7 anos da data do ajuizamento da segurança*."

No mais, como observou o e. Vogal, inclusive com a citação de julgados do Superior Tribunal de Justiça, não é requisito indispensável para o reconhecimento do tempo de serviço o efetivo exercício, porquanto nesse período o servidor esteve à disposição da Administração, devendo esse tempo, portanto, ser computado para fins de aposentadoria.

Por consequência lógica, se não foi o servidor/apelante o causador do dano, não pode ser compelido a arcar com o recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao período correspondente à janeiro de 1995 até 01 de maio de 2001, ônus deve ser imposto ao município.

Com a reforma da sentença, necessária se faz a análise da verba sucumbencial.

O relator, por ter dado parcial provimento ao recurso, apenas para majorar a verba honorária, decidiu por manter a sucumbência recíproca fixada na sentença. Por outro lado, o vogal deixou de analisar a questão.

No caso, com a reforma da sentença, tenho que o apelante decaiu de parte mínima dos seus pedidos, o que se deu apenas em relação aos lucros cessantes, devendo, portanto, ser aplicado ao caso presente o parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil, ou seja, o município apelado deve responder

pela integralidade das custas processuais e honorários advocatícios, esses mantidos nos termos fixados na sentença, qual seja, em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Pelo exposto, divergindo em parte do relator e do vogal, dou parcial provimento ao recurso, para o fim de majorar a indenização por danos morais para R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), bem como para reconhecer como tempo de serviço prestado pelo recorrente ao apelado o período compreendido entre 01 de janeiro de 1995 até 01 de maio de 2001, devendo as contribuições previdenciárias, para fins de aposentadoria do recorrente, ficarem a cargo do município. Por consequência da reforma da sentença, condeno o Município apelado ao pagamento da integralidade das custas processuais e honorários advocatícios, esses mantidos nos termos da sentença, em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil.

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

Acompanho o Des. Rubens quanto à verba honorária.

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

Também acompanho o Des. Rubens quanto à verba honorária.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO APÓS O RELATOR ADERIR AO VOTO DO VOGAL. E, POR UNANIMIDADE, NOS TERMOS DO VOTO DO REVISOR, FOI REDIMENSIONADA A VERBA HONORÁRIA.

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

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, 3 de abril de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.001518-7 - Itaquiraí
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO – PROFESSORA X MUNICÍPIO – GESTAÇÃO NA VIGÊNCIA DO CONTRATO – ESTABILIDADE PROVISÓRIA – ART. 10, II, "B", DOS ADCT E ART. 7º, I E XVIII, DA CF – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Se a norma constitucional, que estabelece a estabilidade provisória, não faz qualquer distinção e nem excepciona os contratos temporários, e se o Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Constituição Federal, já se posicionou a favor das mulheres com contrato temporário, deve ser concedida a segurança para garantir à gestante o vínculo empregatícios desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara 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, 17 de abril de 2012.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Adriana Maria Schuffner, qualificada nos autos do Mandado de Segurança (feito nº 051110005997, da Vara Única da Comarca de Itaquiraí/MS) que impetra em face da **Prefeita Municipal de Itaquiraí/MS**, também qualificada, inconformada com a sentença prolatada pelo Juízo *a quo* à f. 67-73, que lhe denegou a segurança vindicada, consubstanciada na ordem de concessão de estabilidade provisória no cargo de professora temporariamente contratada, interpôs a presente Apelação Cível (f. 82-93).

Em suas razões, afirmou que detém direito líquido e certo à manutenção de seu contrato de trabalho temporário, desde o início da gestação até 180 (cento e oitenta dias) após o parto, com direito a todas as verbas salariais e consequentes reflexos financeiros, visto que a Constituição Federal assegura à trabalhadora proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, bem como licença à gestante, além de estabelecer no art. 10, II, "b" da ADCT o direito à estabilidade provisória do contrato de trabalho.

Aduziu que o benefício trata-se de direito fundamental da pessoa humana, eis que visa a proteção da vida e da saúde tanto da mãe quanto do nascituro, sendo que sua concessão jamais pode ser negada sob o argumento de que poderia desencorajar a contratação de mulheres em período fértil.

Por tais razões, após prequestionar alguns dispositivos legais, pediu o conhecimento e provimento do presente recurso para, em reformando-se a sentença, conceder-lhe a estabilidade provisória decorrente da gestação iniciada no decorrer de seu contrato de trabalho, desde o início da gravidez até 180 dias após o parto, com direito a todas as verbas salariais e consequentes reflexos financeiros.

Devidamente intimada, a parte recorrida apresentou contrarrazões (f. 98-103), onde rebateu a pretensão da parte contrária e pugnou pelo desprovimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do apelo (f. 118-128).

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta nos autos de mandado de segurança impetrado por professora contratada temporariamente pelo município em face da respectiva prefeita, objetivando a reforma da sentença que lhe denegou a segurança, consubstanciada no reconhecimento do direito à estabilidade provisória e às correspectivas verbas salariais e reflexos financeiros.

Uma vez presentes os requisitos e pressupostos recursais, conheço do apelo e passo ao julgamento de seu mérito.

Como relatado, a impetrante, ora apelante, afirmou que detém direito líquido e certo à manutenção de seu contrato de trabalho temporário, desde o início da gestação até 180 (cento e oitenta dias) após o parto, com direito a todas as verbas salariais e consequentes reflexos financeiros, visto que a Constituição Federal assegura à trabalhadora proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, bem como licença à gestante, além de estabelecer no art. 10, II, "b" da ADCT o direito à estabilidade provisória do contrato de trabalho. Acrescentou, ainda, que o benefício visa proteger a vida e da saúde tanto da mãe quanto do nascituro, sendo que sua concessão jamais pode ser negada sob o argumento de que poderia desencorajar a contratação de mulheres em período fértil.

Tenho que a pretensão recursal deve ser acolhida, para conceder à apelante parte da ordem mandamental vindicada, fulcrada no reconhecimento do direito à estabilidade provisória desde o conhecimento da gestação até os 5 meses após o parto.

É o que passarei a demonstrar.

Como ressabido, a Constituição Federal prevê, em seu art. 7º, direitos sociais mínimos em benefício dos cidadãos, estabelecendo em seus incisos I e XVIII[1] os direitos à proteção do emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa e à licença maternidade.

A seu turno, prevendo eventual morosidade do legislativo federal, o constituinte originário fez consignar no art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), *in verbis*: *"Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: [...] II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: [...] b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto."*

1 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Como se percebe, esculpiu-se na mencionada norma transitória constitucional a estabilidade provisória da gestante no emprego, impedindo-se ao empregador a dispensa arbitrária desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Tal norma, por evidente, restou consignada no texto da Carta Maior exatamente para garantir à mulher em gestação a segurança necessária para bem gerar o fruto da concepção, impedindo ao empregador, por um lado, a dispensa arbitrária e, por outro, impondo-lhe o dever de arcar com a manutenção do contrato pelo período mínimo de cinco meses após o parto, deixando o nascituro, por consequência lógica, à salvo de qualquer tipo de desamparo.

Em que pese existir entendimento em sentido contrário[2], afigura-me imprescindível reconhecer o mencionado direito às relações jurídicas materiais fulcradas em contrato de trabalho temporário, pelas razões que passarei a dispor.

Primeiramente, porque a norma constitucional não faz qualquer distinção e nem excepciona os contratos temporários ou de experiência, não havendo razão jurídica para o Poder Judiciário assim fazê-lo.

É cediço que ao se tratar da hermenêutica jurídica, alguns instrumentos são ofertados ao exegeta, visando bem interpretar o sentindo da norma. Detre eles, encontra-se o dever de interpretar a palavra da constituição em seu sentido popular.

Sobre isso, valem as lições de Elder Haga, *in verbis*:

> Por primeiro, as palavras da Constituição devem ser interpretadas com o significado que elas têm na linguagem comum, popular, e, somente de forma excepcional e motivada devem assumir seu sentido técnico jurídico. Isto decorre do fato de a Constituição ter sido confeccionada por representantes do povo, que podem advir de diferentes setores da sociedade e somente a linguagem comum seria adequada ao entendimento por todos sobre seus direitos. Assim, privilegia-se o sentido popular em contraposição ao técnico que só é utilizado excepcionalmente.[3]

Corroborando tal justificativa, afirma Celso Ribeiro Bastos: "*o que se pretende realçar é a mais íntima e natural vinculação povo-constituição, veiculada por um vocabulário que é muito mais a encarnação de valores e hábitos comunitários do que mesmo a expressão de refinadas técnicas de comunicação normativa. Valores e hábitos, aliás, que serão tanto mais preservados quanto revelados sob a roupagem filológica com que o povo costuma paramentá-los*"[4].

Desta forma, se o art. 10, II, "b", da ADCT estipula a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa "*da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto*", o termo empregada deve ser entendido em seu sentido popular, açambarcando as mais variadas modalidades de contrato de trabalho.

Trata-se da aplicação da máxima latina "*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*", significando que onde a lei não distingue, não cabe ao interprete distinguir.

---

2 TST Enunciado nº 244 - Res. 15/1985, DJ 09.12.1985 - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003 - Incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SBDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 "III - ***Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa***". (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

3 HAGA, Elder. **Cláusulas Pétreas e sua extensão: Introdução ao problema**. Disponível em: <http://www.valorjustica.com.br/artigo3.htm>. Acesso em: 16 mar. 2012.

4 BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 113.

Não fosse pelo significado comum dos termos da Constituição, outro princípio de interpretação haveria de amparar a pretensão da apelante, consubstanciado no princípio da máxima efetividade que, conforme lições de Pedro Lenza, "*deve ser entendido no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social*"[5].

Nesta trilha, indene de dúvidas que a interpretação ofertada pelo Juízo singular à norma, antes de proteger as mulheres em período fértil contra possíveis práticas de discriminação, acabou por seguir no caminho inverso, dissolvendo consideravelmente a efetividade social da norma, negando à impetrante o direito à estabilidade provisória.

Em segundo lugar, considerando-se que a Corte Suprema, como guardiã da Constituição Federal Brasileira, já consolidou entendimento no sentido de que a estabilidade reclamada abrange o contrato de trabalho temporário, não se haveria de negar a segurança pleiteada pela gestante, sob qualquer fundamento infraconstitucional.

Veja-se o entendimento do STF:

> CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, b do ADCT. RECURSO DESPROVIDO. **A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II, b do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador**. Recurso a que se nega provimento. (RE 287905, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 30-06-2006 PP-00035 EMENT VOL-02239-03 PP-00466 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 247-268) Grifei

Pela prudente leitura dos debates do mencionado julgamento, à exceção da Ministra Ellen Gracie, que denegava o direito ora reclamado sob a preocupação de possível discriminação, todos os demais Ministros votaram no sentido de assegurar à empregada, sob regime de contratação temporária, a estabilidade prevista no art. 10, II, b, do ADCT.

Sendo assim, pacificada a matéria no Supremo Tribunal Federal em benefício da cidadã gestante, hei por bem aderir a tal entendimento para, em última análise, assegurar à impetrante o direito previsto no art. 10, II, b, do ADCT.

E, neste ponto, vale ressaltar que o dispositivo da ADCT estabelece o direito à estabilidade "*desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto*", pelo que se mostra incabível à impetrante, ora apelante, misturar tal instituto com as novas regras da licença maternidade de 180 dias (ou 6 meses) para, em última análise, obter um mês a mais de vínculo trabalhista do que a Carta Constitucional efetivamente garante.

É de se admitir, outrossim, o direito ao percebimento de todos os benefícios efetivamente previstos no contrato de trabalho, a serem pagos à impetrante com juros e correção monetária.

Em vista disso, seja porque a norma constitucional que estabelece a estabilidade provisória não faz qualquer distinção e nem excepciona os contratos temporários ou de experiência, seja porque a Corte guardiã da Constituição Federal já se posicionou a favor das gestantes com contrato temporário, dar provimento ao recurso da apelante para conceder-lhe a segurança pleiteada é medida de rigor.

5 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** - 14. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2010. p. 136.

Dispositivo

Por todo o exposto, **conheço** do recurso de apelação interposto pela recorrente Adriana Maria Schuffner e, **com** o parecer, **dou-lhe provimento** para, em reformando a sentença hostilizada, com fundamento no art. 10, II, b, do ADCT, **conceder-lhe** em parte a segurança vindicada, para o fim de assegurar-lhe:

a) a estabilidade provisória pretendida, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, independentemente de data de encerramento do contrato de trabalho por prazo determinado;

b) todos os direitos remuneratórios e reflexos financeiros efetivamente previstos no contrato de trabalho, que deverão ser pagos à gestante com juros de mora e correção monetária, pela nova sistemática prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.949/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, isto é, pelo índice oficial da remuneração básica da caderneta de poupança.

Sem custas e sem honorários advocatícios, visto que incabíveis na espécie (art. 25, da Lei nº 12.016/2009 c.c art. 24, I, do Regimento de Custas Judiciais – Lei nº 3.779/2009).

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. Marco André Nogueira Hanson.

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, 17 de abril de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.011942-3 - Campo Grande
Relator Designado Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CONTRA O MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE – AFASTAMENTO DE PROFESSORA – ATO DISCRIMINATÓRIO MOTIVADO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DESTA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PRÁTICA DE ATOS INCOMPATÍVEIS COM A FUNÇÃO DE EDUCADORA – AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – PROFESSORA COLOCADA À DISPOSIÇÃO – ATO ILÍCITO CARACTERIZADO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – POSSIBILIDADE ECONÔMICA DO OFENSOR E NECESSIDADE DO OFENDIDO – COMPENSAÇÃO PELO CONSTRANGIMENTO E DESESTÍMULO DO OFENSOR – R$ 30.000,00 (TRINTA MIL REAIS) – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O ato ilícito que justifica o pleito autoral caracteriza-se, na realidade, pelos motivos apresentados pela Diretoria da escola pública municipal para colocar a autora-apelante "à disposição da Semed", afastando-a do desempenho de sua função de educadora por conta de um relacionamento que esta mantinha com outra pessoa do mesmo sexo.

II - Consoante a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal *Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.* (RE 477554 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011). Esta conclusão encontra base no postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF), significativo vetor interpretativo de todo o ordenamento jurídico, traduzindo um dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema constitucional positivo.

III - No ordenamento jurídico brasileiro não existem critérios objetivos para a quantificação do dano moral, até porque esta espécie de dano, por atingir a esfera psíquica do indivíduo e estar intimamente ligada à sua moral, não permite que se criem parâmetros concretos para a análise de sua extensão. Por isso, a doutrina menciona que o dano moral deve ser arbitrado de acordo com a possibilidade econômica do ofensor, as necessidades do ofendido, a potencialidade do dano e o grau de culpa ou dolo envolvido no ato lesivo. Cabe, portanto, ao prudente arbítrio do julgador estipular eqüitativamente o montante devido, mediante aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, diante das circunstâncias que cercam o caso concreto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara 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 Revisor.

Campo Grande, 5 de junho de 2012.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

CARMEM SILVIA GERALDO, irresignada com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial referente à *Ação de indenização por danos morais* proposta contra o **MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE -MS,** interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

Em suas razões recursais (f. 397-426), aduz que:

> [...] é precisamente sob o enfoque da jurisdicionalidade (da razão) que se propõe a justa solução para o presente caso. Há nos autos provas indeturpáveis de que o afastamento da apelante de suas atividades educacionais foi de fato discriminatória. A ata n° 4 (quatro) de fls. 15/17 demonstra de forma absolutamente cabal e inequívoca que a razão do ato sumário de disponibilidade da apelante, bem como a demissão de sua companheira NOYR RONDORA MARQUES, estão fundadas no temor de que os educandos e a comunidade tivessem conhecimento de sua condição de homossexual.

Argumenta que foram tomadas providências pela Administração sem, sequer, oportunizar à recorrente e sua companheira o direito de defesa.

Menciona que "*em vários recortes de entrevistas dos jornais anexados ao processo (fls. 27/52 e 251), o representante maior do Município coloca em xeque a capacidade de um profissional por ser homossexual, bem como relata por verdadeira a confirmação de que ambas não estariam tendo um comportamento adequado às suas funções, bem como que deixaram a desejar no quesito de qualidade e profissionalismo...*" (f. 402).

Destaca que, se realmente fosse verdadeira a tese de que a recorrente e sua companheira não tinham um comportamento adequado para o ambiente escolar, tudo seria visto pelos demais funcionários da escola, o que não restou demonstrado nos autos.

Questiona que, "*caso houvesse incontinência de conduta por parte da apelante e de sua companheira, não seriam os pais e a comunidade escolar os primeiros a cobrarem providências no sentido de relatar os fatos? Teriam a apelante e sua parceira apresentado como testemunhas tanto na Justiça do Trabalho quando na Justiça Comum, pais de alunos seus, como se comprova nos presente autos às fls. 225/227 e 304/305?*" (f. 404).

Assevera que, em nenhum momento o recorrido impugnou o fato de a apelante ter sido punida sem a existência de sindicância ou mesmo processo administrativo disciplinar, o que atrai a incidência do artigo 302 do CPC.

Pede seja fixado o valor dos danos morais em quantia suficiente para amenizar sua dor moral, com base nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e socialidade, inclusive com observância à teoria do desestímulo.

Prequestiona as matérias ventiladas em suas razões recursais.

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar integralmente a sentença recorrida, julgando-se procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando o apelado a pagar indenização por danos morais no valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Intimado, o recorrido apresentou contra-razões (f. 429-453), rechaçando ps argumentos do apelo, pedindo, no fecho, a manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

VOTO (EM 22.5.2012)

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por **CARMEM SILVIA GERALDO**, irresignada com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial referente à *Ação de indenização por danos morais* proposta contra o **MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE -MS.**

Em suas razões recursais (f. 397-426), aduz que:

> [...] é precisamente sob o enfoque da jurisdicionalidade (da razão) que se propõe a justa solução para o presente caso. Há nos autos provas indeturpáveis de que o afastamento da apelante de suas atividades educacionais foi de fato discriminatória. A ata n° 4 (quatro) de fls. 15/17 demonstra de forma absolutamente cabal e inequívoca que a razão do ato sumário de disponibilidade da apelante, bem como a demissão de sua companheira NOYR RONDORA MARQUES, estão fundadas no temor de que os educandos e a comunidade tivessem conhecimento de sua condição de homossexual.

Argumenta que foram tomadas providências pela Administração sem, sequer, oportunizar à recorrente e sua companheira o direito de defesa.

Menciona que "*em vários recortes de entrevistas dos jornais anexados ao processo (fls. 27/52 e 251), o representante maior do Município coloca em xeque a capacidade de um profissional por ser homossexual, bem como relata por verdadeira a confirmação de que ambas não estariam tendo um comportamento adequado às suas funções, bem como que deixaram a desejar no quesito de qualidade e profissionalismo...*" (f. 402).

Destaca que, se realmente fosse verdadeira a tese de que a recorrente e sua companheira não tinham um comportamento adequado para o ambiente escolar, tudo seria visto pelos demais funcionários da escola, o que não restou demonstrado nos autos.

Questiona que, "*caso houvesse incontinência de conduta por parte da apelante e de sua companheira, não seriam os pais e a comunidade escolar os primeiros a cobrarem providências no sentido de relatar os fatos? Teriam a apelante e sua parceira apresentado como testemunhas tanto na Justiça do Trabalho quando na Justiça Comum, pais de alunos seus, como se comprova nos presente autos às fls. 225/227 e 304/305?*" (f. 404).

Assevera que, em nenhum momento o recorrido impugnou o fato de a apelante ter sido punida sem a existência de sindicância ou mesmo processo administrativo disciplinar, o que atrai a incidência do artigo 302 do CPC.

Pede seja fixado o valor dos danos morais em quantia suficiente para amenizar sua dor moral, com base nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e socialidade, inclusive com observância à teoria do desestímulo.

Prequestiona as matérias ventiladas em suas razões recursais.

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar integralmente a sentença recorrida, julgando-se procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando o apelado a pagar indenização por danos morais no valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Intimado, o recorrido apresentou contra-razões (f. 429-453), rechaçando ps argumentos do apelo, pedindo, no fecho, a manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

Inicialmente, para o melhor deslinde das questões postas em discussão, faz-se mister tecer determinados esclarecimentos sobre os fatos que deram ensejo à presente demanda.

Consta da petição inicial que a recorrente é servidora municipal concursada como professora, tendo sido designada para trabalhar em uma escola localizada na área rural deste Município (Escola Municipal Onira dos Santos). Nesta oportunidade, conheceu a também professora Noyr Rondora Marques, com quem passou a ter um relacionamento amoroso. No entanto, em 24.04.2007, a apelante e sua companheira foram convocadas para uma reunião na presença da Diretora da escola (Sra. Cleidinei Dias Barreira), das professoras Nairo dos Santos e Maria de Jesus e da Secretária Geral Lourdes Graziella. O assunto em pauta foi exatamente o relacionamento homossexual, que culminou na punição das envolvidas, tendo a recorrente sido colocada à disposição porque era concursada e sua companheira foi demitida, uma vez que era contratada. A partir desse fato, várias foram as repercussões do caso, inclusive com inúmeras notícias jornalísticas veiculadas até mesmo em rede nacional. Por tais razões, diante do abalou moral sofrido, a recorrente ajuizou a presente ação de reparação de danos morais.

Quando da prolação da sentença, o juiz singular não reconheceu os danos morais, julgando improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Visto isso, tem-se que o cerne das questões postas em discussão cinge-se em saber se restou demonstrada a prática de ato ilícito ensejador do dever de indenizar os danos morais afirmados pela recorrente.

Como é cediço, a responsabilidade civil do Estado tem princípios próprios e mais rigorosos que os que regem o regime de direito privado já que o serviço público (a atividade pública) é imposta pelo Estado visando o interesse de uma coletividade, não cabendo, portanto, ao administrado optar pela observância ou não da atividade imposta.

A idéia de responsabilidade do Estado é uma conseqüência lógica e inevitável da noção de Estado Democrático de Direito, especialmente como a adoção do princípio da isonomia, onde todos são iguais perante a lei, já que o Estado é considerado como um sujeito de direito e deveres. Considerando que todos (a coletividade) obtêm um benefício em face de um prejuízo individual, hipótese esta em que resta caracterizada a ofensa ao princípio da isonomia, é de vital importância o restabelecimento da situação de equilíbrio, que se faz mediante o pagamento de indenização.

Além disso, encontra-se fundamentada tal responsabilidade pela idéia de República, que traz consigo a noção de um regime institucionalizado, ou seja, onde todas as autoridades são responsáveis. A Constituição Federal ressalta a responsabilidade em dois artigos: artigo 5º, LXV e artigo 37, § 6º.

Dois são os fundamentos para a responsabilização do Estado, quais sejam (a) quando o comportamento for ilícito, o dever de reparar o dano é contrapartida do princípio da legalidade; (b) quando o comportamento foi lícito, o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus proveniente de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos, partindo, assim, tal fundamentação do princípio da igualdade.

A Constituição Federal de 1988 traduz no § 6º do artigo 37, em regra, duas responsabilidades: (1) uma objetiva, para as ações das pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos e (2) outra subjetiva, no caso de omissão estatal. Na primeira, basta que o administrado alegue e comprove tão-somente a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre a atuação/omissão do Estado e o prejuízo causado, cabendo ao Estado desconstituir a afirmação; enquanto que na segunda o autor precisará alegar e provar, além dos elementos anteriormente mencionados, o dolo ou a culpa.

Dessa forma, indaga-se: qual a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro: a teoria do risco integral ou a teoria do risco administrativo? Como é sabido, na teoria do risco integral, o Estado sempre terá o dever de indenizar, não sendo admissível em nenhuma hipótese excludente de responsabilidade. Em contrapartida, na teoria do risco administrativo, admite-se excludente de responsabilidade. No Brasil, em regra, segue o risco administrativo, sendo que a maioria dos doutrinadores sustenta que em determinados casos não será admissível excludente de responsabilidade, hipótese esta última em que se adotaria, portanto, a teoria do risco integral (exemplo: material bélico/explosivo).

Três são os tipos de danos que podem ser causados pelo Estado: (1) dano por ação, (2) dano por omissão e (3) dano dependente de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória.

No caso de dano por ação, o próprio comportamento do Estado gera um dano, aplicando-se a responsabilidade objetiva. Considerando que o Estado possui poder de intervir unilateralmente na esfera jurídica de terceiros e que detém o dever de praticar atos em benefícios de todos, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou a alguns membros da coletividade, não há que se cogitar de culpa, dolo ou infração ao direito ao retro comportamento, sendo, assim, o princípio da igualdade o suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico do lesado.

Todavia, a responsabilidade objetiva do Estado somente dispensa a comprovação do dolo ou da culpa, subsistindo à suposta vítima o dever de demonstrar os demais requisitos exigidos no Código Civil, quais sejam, o fato lesivo voluntário causado pelo agente, a ocorrência de um dano patrimonial ou moral e o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente, conforme preceitua o diploma civilista: *"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".*

O direito a reparação do dano depende da concorrência destes requisitos mencionados e que estão bem delineados no supracitado artigo, cabendo ao autor(a) o ônus de demonstrar sua existência já que no ordenamento jurídico brasileiro existe uma regra dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em síntese, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes. Conforme leciona Leo Rosenberg:

> [...] a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as conseqüências de tal insuficiência probatória.[1]

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

> 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,

1 La carga de la prueba. Buenos Aires: Ejea **Apud** Ovídio A. Batista da Silva. Curso de Processo Civil. 5 ed. v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 345.

> quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.[2]

Considerando que a norma jurídica é um comando abstrato que somente atua concretamente quando um fato da vida enquadra-se em sua incidência, estes fatos que provocaram a atuação da norma materializam-se no processo, que será o instrumento para levar até o magistrado os fatos ocorridos no mundo fenomênico. Sem o conhecimento de tais fatos, é impossível ao magistrado dizer a solução jurídica que a situação reclama, tendo o ônus suma importância.

No caso dos autos, tenho que a recorrente conseguiu demonstrar cabalmente a prática do ato ilícito ensejador do dever de indenizar com a simples juntada da cópia reprográfica da Ata n° 04/2007 (f. 15-17), em que, sem qualquer processo administrativo regular, foi colocada à disposição, tendo que se desligar da escola onde vinha dando aulas, simplesmente por conta de sua orientação sexual.

Por oportuno, transcrevo trechos da Ata n°04:

> [...] tratarem de um assunto que veio a tona e esta correndo dentro do ambiente escolar: relacionamento homossexual entre as professoras Carmem e a professora Noir. A diretora começou a reunião colocando que estava surpresa com a situação, mas que estaria tratando do assunto com muito profissionalismo e ética e que ficou sabendo do fato por uma amiga que é irmã da professora Maria de Jesus e que ela não tem preconceito, acha que cada um deve ter a opção sexual que quiser, mas quando se trata de educador, tem-se que ter muito cuidado, porque as consequencias podem ser desastrosas principalmente se chegar ao conhecimento da comunidade. Colocou aqui que havia levado o caso para a Secretaria Municipal de Educação e foi orientada pela Diretora Executiva Alelis Isabel Angela Fachini – coordenadora de gestão e normas, Dra. Katiuscia – departamento jurídico e que todas foram unânimes na condução do fato, ou seja, a professora Carmem por ser efetiva será colocada à disposição da Semed, e a professora Noir convocada terá a rescisão do contrato [...] (f. 15-16).

Pois bem, diferente do entendimento esboçado pelo juiz singular, tenho que a questão aqui não envolve a natureza do ato administrativo eleito pela Administração (colocar o agente público em disponibilidade). Vale registrar que tal ato está previsto na Lei complementar n. 190, de 22 de dezembro de 2011 (que dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos do Município de Campo Grande), *in verbis*:

> Art. 50. O servidor será posto em disponibilidade quando extinto o seu cargo ou declarada a sua desnecessidade, observados, na aplicação dessa medida, os seguintes critérios:
>
> I - a remuneração será proporcional ao tempo de serviço para aposentadoria, considerando-se um trinta e cinco avos da respectiva remuneração mensal, por ano de serviço, se homem, e um trinta avos, se mulher, aplicada à redução do tempo de serviço nas aposentadorias especiais;
>
> II - a remuneração mensal para o cálculo da proporcionalidade corresponderá ao vencimento, acrescido das vantagens permanentes pessoais e inerentes ao exercício do cargo e/ou função.
>
> Parágrafo único. Os cargos efetivos serão declarados desnecessários ou serão extintos, nos casos de reorganização ou extinção de órgão, entidade, unidades organizacionais e cancelamento de atividades ou redução de quantitativo de cargos existentes, considerado o interesse público e a conveniência da Administração Municipal.

2 Teoria Geral do Processo. 7ª ed. São Paulo: RT, 1990, p. 312.

> Art. 51. Serão observados, sucessivamente, para escolha do servidor que será colocado em disponibilidade, quando não forem extintos todos os cargos, os seguintes critérios:
>
> I - menor pontuação na avaliação de desempenho, no ano anterior;
>
> II - maior número de dias de ausência ao serviço, contando, inclusive as faltas justificadas;
>
> III - menor idade;
>
> IV - menor tempo de serviço;
>
> V - maior remuneração.
>
> Art. 52. O servidor em disponibilidade contribuirá para a previdência social municipal, com base no seu provento e contará este tempo de contribuição para aposentadoria e pensão.
>
> §1º O retorno do servidor em disponibilidade à atividade será obrigatório, quando houver vacância no cargo que ocupava ou instituição de cargo de igual denominação e/ou atribuição.
>
> §2º O servidor posto em disponibilidade ficará sob a responsabilidade do órgão central do sistema de recursos humanos, até o seu adequado aproveitamento em outro cargo ou função.
>
> §3º A Administração Municipal não poderá abrir concurso público para cargo que tenha servidor colocado em disponibilidade, salvo aproveitamento deste e ampliação de vagas.

Bem verdade, o cerne da questão envolve os motivos apresentados pela Administração para justificar a colocação da recorrente na condição de disponível para a SEMED.

Lembre-se que, dentre os elementos do ato administrativo está o **motivo**, consistente na indicação das razões que justificam a edição do ato, vale dizer, é a situação de fato e de direito que gera a vontade do agente quando da prática do ato administrativo.

Observe que, de acordo com o dispositivo legal supramencionado, não se evidenciou, *in casu*, as razões legais justificadoras do ato de se colocar a agente pública à disposição, vale dizer, não houve compatibilidade entre o motivo declarado no ato e a previsão legal.

Ademais, não há qualquer razoabilidade ou proporcionalidade na valoração do Administrador que, por critérios subjetivos e preconceituosos, extrapolou os limites legais no que tange à dignidade da servidora, totalmente exposta à conduta arbitrária do ente administrativo, que a puniu com lastro em sua orientação sexual.

Vale registrar que o ato se revestiu sim de caráter punitivo, mesmo que não se encontre elencado no rol das penas disciplinares apontados pelo Estatuto do Servidor Público.

Ora, não há razão plausível para se admitir que um servidor público seja afastado de sua função, sendo colocado à disposição, pelo simples motivo de ser homossexual, como restou evidenciado no documento de f. 15-17.

A conduta lesiva praticada pela Administração restou patente, não apenas por questões materiais, como formais, já que sequer o agente público sofreu punição sem qualquer processo administrativo.

Neste sentido, vale trazer à colação lição de Fernanda Marinela:

> [...] a afirmação de que o Poder Disciplinar é discricionário não é plenamente verdadeira, a liberdade e o juízo de valor do Administrador estão presentes na escolha da infração funcional, na definição do seu conteúdo, devendo respeitar sempre os princípios constitucionais. A instauração do processo, sua construção e a aplicação da sanção correspondente estão determinadas na lei, não tendo o agente público liberdade sobre elas"[3].

Fechando este raciocínio, segue observação feita por Maria Sylvia Zanella di Pietro: *"Nenhuma penalidade pode ser aplicada sem prévia apuração por meio de procedimento legal, em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes (art. 5°, LV, da Constituição)"*[4].

Nem se diga, como quis fazer crer o apelado, que o caso comporta excludente de responsabilidade pela culpa exclusiva da vítima, que não teria mantido conduta adequada exigida no ambiente escolar.

Note-se que não restou demonstrado nos autos que a autora da demanda e sua companheira tinham conduta inadequada, incompatível com o ambiente escolar. Nem tampouco restou provado que não mantinham bom relacionamento com seus colegas de trabalho.

Para que fique mais claro, vale frisar que, conduta inadequada para o ambiente escolar não é o fato a de ter um relacionamento homossexual público, mas o de constranger as pessoas a presenciarem atos que deveriam ficar restritos à esfera íntima de um casal, seja ele homossexual ou heterossexual.

Aliás, importante esclarecer que manifestações de afeto, de carinho, de respeito, sem conotação sexual, não devem ser interpretadas como atitude inconveniente, inapropriada. A meu ver, inapropriados são os atos de violência, de intolerância e de preconceito. Estes sim não devem ser tolerados pela sociedade, seja em qualquer ambiente, especialmente o escolar, em que existe a preocupação com o desenvolvimento saudável e digno da criança. Por isso o cuidado que deve ser tomado em não inverter valores.

Passo a analisar as provas a respeito da questão de a apelante e sua companheira estarem ou não praticando condutas inapropriadas.

Viu-se na audiência realizada nos autos do processo 00905/2007-007-24-00-8, que tramitou perante à 7ª Vara do Trabalho desta Comarca, evolvendo os mesmos fatos e partes, que a única testemunha que, de fato, presenciou intimidade do casal homossexual, nas dependências do estabelecimento de ensino, foi o Sr. Alcemir Martins Corrêa (f. 230-231). Segundo ele, isso ocorreu dentro do "*...alojamento da Escola...*". Curiosamente, a testemunha diz ter presenciado tal contato intimo "*através da janela, sem ser percebido pelas professoras [...] no quarto destas, por volta das 19:00/20:00 horas, horário em que não eram ministradas aulas*". E, ainda, acrescentou que: "*não ouviu outros comentários a respeito da relação da reclamante com a Carmem, nem tem conhecimento de que algum pai de aluno tenha se queixado na Escola em razão desse fato...*".

Ora, o alojamento da escola, mais precisamente o quarto das professoras, é ambiente privado delas, e não área de trânsito comum da escola, vale dizer, freqüentada por alunos. Neste caso, a atitude inadequada nem de longe partiu das professoras, que não estavam invadindo a privacidade de ninguém, pelo contrário,

3 Direito Adminsitrativo. Niterói, RJ: Editoa Impetus, 2010. p. 200.

4 Direito Administrativo. São Paulo; Atlas, 2002. p. 91.

tiveram sua privacidade violada por outro colega, que, evidentemente, estava espionando o quarto em horário que nem era de aula (19h/20h).

Já nos presentes autos, as provas testemunhais colhidas também indicam que não havia qualquer atitude inadequada do casal homossexual. Vejamos:

> A testemunha Cleidinei Crepaldi, Diretora da escola (f. 303), esclareceu que, antes dos fatos "[...] não tinha recebido qualquer informação sobre a publicidade de tal relação, nem tampouco tem conhecimento de que houve manifestação explícita de afeto entre ambas...". Acrescentou que "[...] jamais viu qualquer tipo de demonstração de ato amoroso entre as envolvidas. Que a professora Maria de Jesus disse à depoente que já chegou a vê-las ato de natureza sexual no interior do quarto".

Novamente, ficou claro que a intimidade do casal era mantida na alcova, distante dos ambientes freqüentados por alunos.

A professora Maria de Jesus, ouvida às f. 308-309, disse que:

> tomou conhecimento do relacionamento existente entre elas através de relato prestado por elas próprias. Que antes disso jamais viu ou presenciou qualquer tipo de carícia existente entre elas e, portanto não tinha conhecimento desse relacionamento [...] Que depois da revelação do caso amoroso a autora, bem como a professora Noir viviam se beijando e trocando diversas carícias na frente da depoente, tanto dentro do quarto, quanto no local das demais dependências da escola, desde que não houvesse tumulto e presença de alunos por perto. Que elas faziam isso somente na frente da depoente [...] que já chegou a ver as professoras trocando carícias com os pés por baixo da mesa no momento das refeições [...].

Portanto, a testemunha deixou claro que a intimidade das professoras era mantida longe dos alunos, o que foi confirmado pela testemunha Alcemir Martins Corrêa, acima citada, quando foi ouvido neste feito (f. 310).

Ademais, a favor da recorrente são as declarações prestadas por alguns pais de alunos e pessoas que freqüentavam a escola, que garantiram não terem presenciado qualquer postura inadequada das professoras, no sentido de manter contato íntimo na frente dos alunos (f. 305, 225, 226, 227).

Portanto, tenho que não há de se falar em atitude inadequada da recorrente que pudesse chancelar o ato da administração de colocá-la a disposição. Repise-se, a excludente de culpa exclusiva da vítima não foi comprovada nos autos, devendo a Município arcar com os danos morais sofridos pela autora.

Assim, evidenciada a prática do ato ilícito, resta aferir a ocorrência do dano moral e o nexo de causalidade.

Ocorre que o dano aqui exposto é daqueles denominado "dano moral puro", ou seja, a ofensa decorre dos simples transtornos suportados pela vítima, que teve sua moral, privacidade, honra e dignidade injustamente agredidas, por conta de intolerância com relação à sua opção sexual.

Frise-se que a prova do dano moral, desvinculado do dano patrimonial, no ordenamento jurídico pátrio, satisfaz-se com a demonstração da ocorrência do ato ilícito que originou a ofensa extrapatrimonial. Isso porque, sendo a dor moral ocorrida no íntimo dos indivíduos, ou melhor, de caráter subjetivo, é materialmente impossível trazer aos autos provas das diminuições que afrontaram sua honra, sua moral.

Nesse caminho, para que esteja caracterizada a responsabilidade civil do causador do ato ilícito, a parte ofendida não necessita comprovar o efetivo dano moral. Este se opera por força do simples fato da

violação de um direito constitucionalmente garantido. 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.

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 [...].[5]

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. Apelação Cível. Proc. 1000.064522-5. Rel. Des. Hamilton Carli. J. 23/06/2003).

Destarte, a conduta lesiva do recorrido, o dano moral suportado pela recorrente e o nexo de causalidade entre um e outro foram demonstrados. Falta agora estabelecer o *quantum* indenizatório, sendo que a recorrente pleiteia a quantia de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Com o é sabido, 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'[6].

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 conseqüências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido, além de buscar desestimular o ofensor na prática de novos atos da mesma natureza. Considerando tais parâmetros, entendo que a importância de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), não se apresenta excessiva e nem irrisória, mas sim suficiente para reparar os danos morais aventados.

A respeito dos juros e correção monetária, tem-se que a Lei nº 11.960/09, nos exatos termos da redação que alterou o artigo 1º - F da Lei nº 9.494/97, estabeleceu que "*nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança*".

5 Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 552.

6 Responsabilidade Civil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270.

Por fim, quanto ao prequestionamento feito pela apelante, faz-se mister destacar que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, cabendo-lhe a incidência do brocardo *da mihi factum dabo tibi jus*. Nesse sentido, adverte Rui Portanova: *"No princípio em estudo está contido o brocardo narra mihi factum, narro tibi ius, que também demonstra bem o quanto de público se encerra no processo e na atividade jurisdicional: do fato dispõem as partes, mas do direito dispõe o Estado-juiz"*.[7]

Com isso, se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir da seguinte ementa, transcrita apenas na parte que interessa: "*O prequestionamento significa o prosseguimento do debate de matéria apreciada na decisão recorrida, não sendo necessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais"* (Embargos de Declaração nº 58.630-5/01, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, J./12/1998, DJ-MS. 24/02/1999).

A propósito, eis o escólio de Nelson Nery Júnior:

> Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada. É suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente decidida.[8]

Ante o exposto, conheço do apelo interposto e dou-lhe parcial provimento para, em reformando a sentença vergastada, condenar o recorrido ao pagamento de indenização por danos morais, os quais fixo em R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), quantia que deverá ser atualizada monetariamente e com juros de mora com base no art. 1°-F, da Lei 11.960/97, com as alterações trazidas pela Lei n. 11.960/2009.

Alcançado esse desiderato, condeno o recorrido aos honorários advocatícios que fixo em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos moldes do art. 20, §4°, do CPC.

Conclusão de julgamento adiada em face do pedido de vista do Revisor (Des. Marco andré N. Hanson), após o Relator dar parcial provimento ao recurso. O Vogal aguarda.

VOTO (EM 29.5.2012)

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

Solicitei vista dos autos para melhor análise do caso, bem como de todas as circunstâncias que o cercam, especialmente por ocorrer em ambiente escolar.

Outrossim, após detida análise dos autos, me convenci de que restou evidenciada a discriminação praticada em desfavor da autora, ora apelante, ao ser colocada à disposição da Secretaria Municipal de Educação, sem regular procedimento administrativo, sendo obrigada a desligar-se de sua atividade de professora, em função de sua orientação sexual.

De acordo com o conjunto probatório, não obstante a discrição da apelante, servidora pública municipal, no relacionamento homossexual mantido em escola pública, localizada na área rural deste Município, com outra professora contratada, que também lecionava naquela escola, foi compulsoriamente afastada de sua função, em reunião realizada em 24/04/2007 (f. 15-17).

7 Princípios do Processo Civil. Livraria do Advogado, Editora Porto Alegre, 1995, p. 240.

8 Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais. São Paulo: RT, 2001, p. 859.

Como bem declinado pelo i. Des. Relator, o ato ilícito que justifica o pleito autoral caracteriza-se, na realidade, pelos motivos apresentados pela Diretoria da escola pública para colocar a autora-apelante "à disposição da Semed", afastando-a do desempenho de sua função de educadora por conta de um relacionamento que esta mantinha com outra pessoa do mesmo sexo.

Entretanto, consoante a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal *Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.* (RE 477554 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011).

Esta conclusão encontra base no postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF), significativo vetor interpretativo de todo o ordenamento jurídico, traduzindo um dos fundamentos em que se assenta a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema constitucional positivo.

Compulsando detidamente os autos, não restou demonstrado que houve conduta inadequada da parte autora a justificar o seu afastamento, independentemente de procedimento disciplinar. Inexistiu a demonstração de que as professoras mencionadas neste litígio constrangeram pessoas ou crianças, praticando atitudes incompatíveis com a função de educadoras. Ao revés, ficou demonstrado que as mesmas mantinham um relacionamento de forma discreta.

Esta conclusão é, inclusive, confirmada pelo depoimento da Diretora da escola, que não tinha conhecimento do relacionamento das professoras e jamais presenciou qualquer tipo de demonstração de ato amoroso destas (f. 303) e, também, da colega de quarto Maria de Jesus, que informou que as manifestações de afeto das professoras sempre foram mantidas longe dos alunos (f. 308-309).

Logo, diante de todas as circunstâncias que cercam o presente litígio, no que tange o dever de indenizar acompanho o e. Des. Relator, mas, entretanto, apresento divergência no que tange o *quantum* indenizatório.

No ordenamento jurídico brasileiro não existem critérios objetivos para a quantificação do dano moral, até porque esta espécie de dano, por atingir a esfera psíquica do indivíduo e estar intimamente ligada à sua moral, não permite que se criem parâmetros concretos para a análise de sua extensão. Por isso, a doutrina menciona que o dano moral deve ser arbitrado de acordo com a possibilidade econômica do ofensor, as necessidades do ofendido, a potencialidade do dano e o grau de culpa ou dolo envolvido no ato lesivo.

Cabe, portanto, ao prudente arbítrio do julgador estipular eqüitativamente o montante devido, mediante aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, diante das circunstâncias que cercam o caso concreto. Com base em tais princípios, buscar-se-á a determinação de valor adequado a, de um lado, compensar o constrangimento indevido imposto ao ofendido e, de outro, desestimular o ofensor a praticar atos semelhantes no futuro.

Neste sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MÁ CONSERVAÇÃO DE RODOVIAS ESTADUAIS. ACIDENTE. FALECIMENTO DA VÍTIMA. REVISÃO DO QUANTUM ARBITRADO PELA INSTÂNCIA A QUO. SÚMULA 07. IMPOSSIBILIDADE IN CASU. **[...] Em relação ao valor da indenização por danos morais, tanto a doutrina quanto à jurisprudência têm entendido que deve o magistrado recorrer a seu prudente arbítrio, observando as circunstâncias de cada caso concreto, levando em conta, sobretudo, o grau de extensão do dano; as condições econômicas das partes envolvidas; os antecedentes pessoais de honorabilidade e confiabilidade do ofendido; a intensidade do sofrimento psicológico gerado pelo vexame sofrido;**

> **a finalidade admonitória da sanção, para que a prática do ato ilícito não se repita; e o bom senso, para que a indenização não seja extremamente gravosa, a ponto de gerar um enriquecimento sem causa ao ofendido, nem irrisória, que não chegue a lhe propiciar uma compensação para minimizar os efeitos da violação ao bem jurídico.** No caso dos autos, verifico que houve excesso quando da fixação da indenização por danos morais, devendo ser minorada para a importância de R$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais)[...]" (fls. 144/145 e 153). 3. A análise das circunstâncias fáticas e a extensão do dano resta vedada em sede de recurso especial em virtude do preceituado na Súmula n.º 07, desta Corte: "A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial." 4. O dano moral e seu quantum deve assegurar a justa reparação do prejuízo, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade, sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu. 5. A indenização por dano imaterial, como a dor, a tristeza ou a humilhação sofridas pela vítima, mercê de valores inapreciáveis economicamente, não impede que se fixe um quantum compensatório, com o intuito de suavizar o respectivo dano. 6. **O quantum indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade**
>
> [...] (REsp 1047986/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 26/03/2009)

O arbitramento do valor da indenização a título de compensação pelo dano moral deve ter como base o princípio da proporcionalidade, levando-se em conta as condições econômicas da pessoa ofendida, bem como a capacidade econômica do ofensor, sem perder de vista, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em enriquecimento ilícito.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho[9] discorre sobre este tema:

> Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.
>
> Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

Portanto, a indenização a título de dano moral, além de uma compensação pela "dor" sofrida, deve ter um caráter preventivo, com o fito de a conduta danosa não voltar a se repetir, não devendo, contudo, transformar-se em objeto de enriquecimento ilícito.

9 Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., rev. e amp. SP: Atlas, 2007, pág. 90.

Nesse contexto, entendo que o valor arbitrado a título de indenização pelo dano moral pelo i. Des. Relator, qual seja, R$50.000,00 (cinquenta mil reais) não se mostra condizente com as peculiaridades que cercam a demanda, razão por que, considerando a realidade da vida e as peculiaridades do caso concreto, em observação ao grau de culpa, a lesividade do ato e a repercussão da ofensa, entendo por bem, arbitrar o valor de R$30.000,00 (trinta mil reais), para indenização devida à apelante a título de dano moral.

Por estas razões, **acompanho parcialmente** o eminente Desembargador Relator Osvaldo Rodrigues de Melo e apresento divergência apenas no que tange o *quantum* indenizatório, por entender que o importe de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) mostra-se mais condizente com as peculiaridades do caso concreto.

Conclusão de julgamento foi adiada em face do pedido de vista do Vogal (Des. RUBENS B. BOSSAY), após o Relator e o Revisor darem parcial provimento ao recurso, divergindo apenas em relação aos valores da indenização, que foram fixadas em R$ 50.000,00 e R$30.000,00 (respectivamente).

VOTO (EM 5.6.2012)

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Vogal)

Carmem Silvia Geraldo, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Reg. Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que move em face de Município de Campo Grande, interpõe apelação cível nesta Corte objetivando a reforma da sentença.

O cerne da questão cinge-se em saber se ficou comprovada a prática de ato ilícito ensejador do dever de indenizar.

Tenho que sim.

Compulsando os autos denota-se que a autora (professora) foi colocada à disposição da Secretaria Municipal de Educação, sem regular processo administrativo, sendo obrigada a se desligar de sua atividade, em virtude de sua orientação sexual.

Na data de 24/04/2007, a direção da Escola Municipal onde lecionava a autora, convocou uma reunião extraordinária, tendo como pauta o seguinte assunto: o relacionamento amoroso entre a requerente e a professora Noyr.

Assim constou da Ata n. 04 (f. 15/17): *"[...] tratarem de assunto que veio a tona e está correndo dentro do ambiente escolar: relacionamento homossexual entre as professoras Carmem e a professora Noir [...]"*

Como bem fundamentou o e. Relator:

> Bem verdade, o cerne da questão envolve os motivos apresentados pela Administração para justificar a colocação da recorrente na condição de disponível para a Semed.
>
> Lembre-se que, dentre os elementos do ato administrativo está o motivo, consistente na indicação das razões que justificam a edição do ato, vale dizer, é a situação de fato e de direito que fera a vontade do agente quando da prática do ato administrativo.
>
> Observe-se que, de acordo com o dispositivo legal supramencionado, não se evidenciou, in casu, as razões legais justificadoras do ato de se colocar a agente pública à disposição, vale dizer, não houve compatibilidade entre o motivo declarado no ato e a previsão legal.

> Ademais, não há qualquer razoabilidade ou proporcionalidade na valoração do Administrador que, por critérios subjetivos e preconceituosos, extrapolou os limites legais no que tange à dignidade da servidora, totalmente exposta à conduta arbitrária do enter administrativo, que puniu com lastro em sua orientação sexual.
>
> Vale registrar que o ato se revestiu sim de caráter punitivo, mesmo que não se encontre elencado no rol das penas disciplinares apontadas pelo Estatuto do Servidor Público.
>
> Ora, não há razão plausível para se admitir que um servidor público seja afastado de sua função, sendo colocado à disposição, pelo simples motivo de ser homossexual, como restou evidenciado no documento de f. 15-17.

No mesmo sentido fundamentou o e. Revisor:

> Outrossim, após detida análise dos autos, me convenci de que restou evidenciada a discriminação praticada em desfavor da autora, ora apelante, ao ser colocada à disposição da Secretaria Municipal de Educação, sem regular procedimento administrativo, sendo obrigada a desligar-se de sua atividade de professora, em função de sua orientação sexual.
>
> De acordo com o conjunto probatório, não obstante a discrição da apelante, servidora pública municipal, no relacionamento homossexual mantido em escola pública, localizada na área rural deste Município, com outra professora contratada, que também lecionava naquela escola, foi compulsoriamente afastada de sua função, em reunião realizada em 24/04/2007 (f. 15-17).

Destarte, comprovando a autora o ato ilícito ensejador do dever de indenizar, passo à análise do quantum indenizatório.

Como é cediço, muito se discute acerca da natureza jurídica da obrigação de indenizar o dano moral. Porém o entendimento majoritário é no sentido de que essa obrigação de reparar possui dupla finalidade: compensar o dano experimentado pela vítima e punir o ofensor, como bem 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. (Responsabilidade Civil; Saraiva; 8ª ed.; p. 566; 2003)

Ademais, saliente-se que o dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando-se em conta as condições financeiras das partes, conforme entendimento jurisprudencial:

> APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. SUSPENSÃO DE ENERGIA ELETRICA. COBRANCA INDEVIDA DE TAXA DE RELIGAÇÃO DE URGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE INFRINGENCIA AO ART.972 DO CPC. DOR. VALORAÇÃO. FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DAS PARCELAS COBRADAS IRREGULARMENTE. IMPROVIMENTO.
>
> Os critérios na fixação da indenização por dano moral devem ficar ao prudente arbítrio do julgador que, com seu subjetivismo e ponderação, encontrara sempre a

> melhor solução para cada caso. A reparação do dano moral deve ter um caráter punitivo e também um caráter compensatório. Assim, o seu arbitramento deve recair no "arbitrium boni viril" do julgador. Na qualificação da reparação do dano moral ha observar, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do Pais, a atividade, as condições social e ecônomica do ofendido, seu conceito publico e privado, alem da capacidade de o ofensor suportar o encargo. Assim ha considerar seu poder de inibição ou seja, seu caráter preventivo e punitivo, a desencorajar reincidências do ofensor no violar bem e direito de outrem. (Apelação Cível - Classe B - XV, 710954. Corumbá. Rel. Des. José Augusto de Souza. Segunda Turma Cível Isolada. Unânime. J. 14/03/2000, DJ-MS, 10/05/2000, págs. 10-11).

Silvio Rodrigues preleciona que:

> E deve ser levada em conta também, para estabelecer o montante da indenização, a condição social e econômica dos envolvidos. O sentido indenizatório será mais amplamente alcançado à medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano como para a vítima". (*In* Direito Civil. Responsabilidade Civil. Quarta edição. Ed. Atlas 2004).

No caso presente, resta evidenciado que as consequências decorrentes da atitude do policial acarretou ao autor prejuízos de ordem moral e psicológica.

A indenização neste caso deve funcionar como um lenitivo aos sofrimentos do autor, bem como servir de punição ao Ente Público para que seja mais diligente.

A respeito do tema, leciona Rui Stoco, na obra supracitada:

> A tendência moderna, ademais, é a aplicação do binômio punição e compensação, ou seja, a incidência da teoria do valor do desestímulo (caráter punitivo da sanção pecuniária) juntamente com a teoria da compensação, visando destinar à vítima uma soma que compense o dano moral sofrido.
>
> [...]
>
> É o que se colhe em Caio Mário da Silva Pereira ao observar: "Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: 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 soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido" (Responsabilidade civil, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, n. 45, p. 55).

E acrescenta: *"O ofendido deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo Juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva"* (ob. cit. n. 49, p. 60)".

Assim, em observância aos critérios acima descritos, tenho que o valor fixado pelo e. Relator (R$ 50.000,00), não se mostra condizente com o caso concreto, razão pela qual, acompanho o revisor, que fixou o quantum indenizatório em R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Pelo exposto, peço vênia ao e. Relator para, acompanhando o revisor, fixar o *quantum* indenizatório no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Marco André Nogueira Hanson e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 5 de junho de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Agravo Regimental em Agravo n. 2012.001286-8/0001-00 - Campo Grande
Relator Juiz Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – INVENTÁRIO – PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO – AUSÊNCIA DE OFENSA – COLAÇÃO DE BENS E BLOQUEIO DE VALORES – IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUTIR MATÉRIA JÁ JULGADA EM OUTRO RECURSO – INDEFERIMENTO DE DILAÇÃO DE PRAZO – MEDIDA ACERTADA – AUSÊNCIA DE MOTIVOS QUE LEVEM A ALTERAÇÃO DO POSICIONAMENTO ADOTADO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Mantém-se a decisão proferida nos casos em que não resta demonstrado fato novo que pudesse ensejar a modificação do entendimento externado no *decisium* guerreado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 8 de maio de 2012.

Juiz Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues

Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo espólio de Maria Aparecida Lino e por Maria José Vieira Olyntho contra decisão singular que manteve a interlocutória proferida pelo juízo de 1º grau (56/58).

Os agravantes pleiteiam pela reforma da decisão, alegando, em síntese, que o espólio possui capacidade de representação, podendo inclusive outorgar procuração.

Outrossim, defendem, a inobservância dos princípios do contraditório e ampla defesa, eis que não poderia ter sido deferido o levantamento da cota-parte do herdeiro sem a oitiva prévia do espólio.

Ademais, restou consignado, que o valor recebido a título de doação foi reinvestido em plano de previdência em nome da falecida, fato este a demonstrar que não houve adiantamento da legitima pertencente a inventariante.

Sustentam, que o prazo de dez dias concedido para apresentação das últimas declarações é exíguo, eis que necessários ao menos 30 (trinta) dias para realização do ato.

Por fim, entendem que é indevida a retenção do valor de R$ 19.063.32, eis que tal valor não pertence a inventariante, mas sim será utilizado para reembolso das despesas do espólio.

VOTO

O Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues (Relator)

Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo espólio de Maria Aparecida Lino Vieira e por Maria José Vieira Olyntho contra decisão singular que manteve a interlocutória proferida pelo juízo de 1º grau (56/58).

Pedem a reconsideração do *decisium* e, acaso mantido, que seja submetido o recurso à apreciação da Egrégia Turma.

Passo à análise do regimental.

Ao negar seguimento ao agravo de instrumento, a decisão objurgada consignou o seguinte:

> Primeiramente, quanto a alegada regularidade de representação, tenho que o recurso não pode ser conhecido, pois as Agravantes não instruíram o recurso com cópia do termo de inventariante, documento indispensável a aferição da regularidade da representação do instrumentos de mandato em questão (fls.16/TJMS) [...] Portanto, não conheço do recurso quanto a parte da decisão que determina a regularização processual.
>
> Quanto as demais questões, o recurso pode ser conhecido.[...]
>
> Nesta senda, observo que o levantamento realizado pelo agravado não prejudicou a legítima da agravante, tendo se limitado ao valor que ela recebeu em adiantamento de legítima, conforme escritura pública acostada ao presente recurso. Alias, conforme a decisão recorrida, a colação do valor doado foi até mesmo determinada pelo juízo do inventário em decisão mantida por esse Tribunal (agravo 2011.025449-4), não se cogitando, assim, prejuízo no deferimento de levantamento ao outro herdeiro, de valor idêntico ao que a inventariante recebeu quando a falecida ainda era viva.
>
> A questão da necessidade de colação e da conseqüente necessidade de equiparação já foi decidida e, em conformidade com o disposto no artigo 471 do Código de Processo Civil, as questões incidentes discutidas e apreciadas ao longo do curso do processo não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores. [...].
>
> No que pertine à ilegalidade da decisão, também não há como acolher a tese de desrespeito aos princípios constitucionais invocados, pois pelo que consta, o pedido de levantamento já havia sido formulado, segundo a magistrada, nas fls. 149/158, 226/230 e 281/289, tendo a inventariante se manifestado nos autos por várias oportunidades após realizado o pedido de levantamento, sendo evidente, assim, que teve oportunidade de se contrapor ao pedido, o que afasta tal ofensa ao contraditório e ampla defesa.
>
> Em relação ao bloqueio de numerário que seria reembolsado, estou certo que a decisão se limita a cumprir a determinação deste Tribunal extraída dos autos 2011.027550-8/0000-00, não carecendo igualmente de reforma.
>
> Por fim, no que pertine ao prazo de 10 dias para apresentação de esboço de partilha, tenho que é razoável dada a singeleza do inventário, que basicamente envolve numerários e créditos em espécie, não se justificando prazo maior.
>
> Ante o exposto, não conheço do recuso quanto a parte da decisão que determinou a regularização da apresentação e quanto as demais questões, com fulcro no art.557, do CPC, nego seguimento ao presente agravo de instrumento.

Quanto à primeira parte da decisão, a mesma não merece reforma, porquanto caberia a agravante quando da interposição deste recurso ter juntado cópia do termo de inventariante, ausente tal documento, escorreito o *decisium* que deixou de apreciar a questão, face a irregularidade da representação.

Ademais, como bem salientado pela magistrada, é o inventariante quem outorga procuração para representação do espólio.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO PELA AUSÊNCIA DE DOCUMENTO OBRIGATÓRIO - ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE OUTRA PROCURAÇÃO NOS AUTOS ORIGINÁRIOS - NECESSIDADE DE CERTIDÃO DO RESPECTIVO CARTÓRIO DANDO VERACIDADE À ALEGAÇÃO - NOMEAÇÃO DO INVENTARIANTE - NECESSIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> Resta não provido o agravo regimental, mantendo-se a decisão atacada, quando ausente certidão do respectivo cartório por onde se processa a ação originária de que inexiste procuração de uma das partes naqueles autos, já que em segunda instância não se tem como verificar se procede a falta. A lei processual determina que a instrução do agravo é obrigação do recorrente. A cópia da nomeação do inventariante é peça obrigatória, pois quem outorga a procuração para defender os interesses do espólio é o inventariante e, se este ainda não houver, deve também ser certificado para instruir o agravo de instrumento. (AGR 2005.010335-6/0001.00. Relator(a): Des. Luiz Carlos Santini. Julgamento: 30/08/2005. Órgão Julgador: 2ª Turma Cível. Publicação: 21/09/2005) destacado

No que atine a ilegalidade da decisão que determinou o levantamento do quinhão hereditário do herdeiro ao argumento de afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa o reclamo não merece melhor sorte.

Como é cediço, o magistrado deve oportunizar a parte contrária a prévia manifestação nos autos como corolário do devido processo legal, entretanto, se o interessado deixa de apresentar qualquer irresignação a respeito, tendo em várias oportunidades se manifestado acerca de outros pontos, mas quedando-se inerte quanto a um pleito em especial, tal tem o condão de afastar qualquer desrespeito aos princípios acima indicados, eis que lhe oportunizado eventual impugnação.

Em relação à necessidade ou não de trazer a colação os valores recebidos em vida, a *quaestio* não pode ser reapreciada, porquanto já foi objeto de irresignação em outro agravo, o qual manteve a obrigação de colacionar os bens doados em vida, face a ausência de qualquer ressalva no momento do ato liberatório.

O mesmo raciocínio deve ser empregado no que tange ao bloqueio de numerário, eis que o juízo *a quo* simplesmente cumpriu com o determinado no Agravo 2011.027550-8/0000-00, restando intocada a decisão neste ponto.

Finalmente, quanto ao prazo de dez dias para apresentação das últimas declarações e esboço de partilha, não merece qualquer reparo o consignado na decisão invectivada, porquanto, a agravante não logrou êxito em demonstrar a complexidade da demanda a ensejar a prorrogação do prazo.

Logo devidamente analisada a súplica em questão, tenho que a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, mormente, porque a agravante não trouxe nenhuma prova ou fato novo que pudesse ilidir a argumentação expendida na decisão guerreada.

Diante do exposto, conheço em parte do recurso, e na parte conhecida, nego-lhe 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.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues, Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 8 de maio de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Agravo n. 2012.004030-0 - Campo Grande
Relator Juiz Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – GRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL DETERMINADA PELO JUÍZO – ARGUMENTO DE DESNECESSIDADE NESTA FASE PROCESSUAL – ARTIGO 130 DO CPC – LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO – RECURSO IMPROVIDO.

Não procede a tese de que a perícia técnica é necessária somente na fase de liquidação de sentença quando sua realização é indispensável para se aferir o próprio direito que o autor alega possuir. Deve o magistrado, na condição de destinatário final, determinar as provas necessárias à instrução do processo, sempre na busca de apurar a verdade dos fatos e para formar sua convicção pessoal, conforme disposto no artigo 130 do CPC, não cabendo às partes decidir pela sua utilidade ou necessidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de maio de 2012.

Juiz Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues

Delcindo Afonso Vilela, em causa própria, interpõe Agravo de Instrumento contra a decisão monocrática proferida pelo juízo a quo nos autos de cobrança de honorários advocatícios nº 001.09.039927-8, a qual determinou a realização de perícia para apurar o trabalho efetivamente desenvolvido pelo agravante.

Sustenta o recorrente que a prova pericial só é cabível após a prolação da sentença que tornar certo seu direito quanto ao recebimento e cálculo dos honorários advocatícios devidos pelo agravado durante o período que o agravante atuou como causídico.

Aduz que a perícia será necessária por ocasião da liquidação de sentença, quando já houver certeza do direito do recorrente, uma vez que nesse momento há controvérsia sobre o próprio direito à percepção dos honorários contratados e arbitrados.

Por essas razões, o agravante requer a postergação da prova técnica para a fase de liquidação de sentença.

Recebido o recurso, apenas no seu efeito devolutivo, determinou-se o regular processamento do feito (f. 90/91).

O juiz *a quo* prestou as informações necessárias às f. 96.

Devidamente intimado, o recorrido apresentou contraminuta ao agravo interposto às f. 97/100.

VOTO

O Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues (Relator)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Delcindo Afonso Vilela contra a decisão monocrática proferida pelo juízo a quo, nos autos de cobrança de honorários advocatícios nº 001.09.039927-8, que determinou a realização de perícia para apurar o trabalho efetivamente desenvolvido pelo agravante.

Sustenta o recorrente que a prova pericial só é cabível após a prolação da sentença que tornar certo seu direito quanto ao recebimento e cálculo dos honorários advocatícios devidos pelo agravado durante o período que o agravante atuou como causídico.

Aduz que a perícia será necessária por ocasião da liquidação de sentença, quando já houver certeza do direito do recorrente, uma vez que nesse momento há controvérsia sobre o próprio direito à percepção dos honorários contratados e arbitrados.

Por essas razões, requer o provimento do recurso para postergar a prova técnica para a fase de liquidação de sentença.

A decisão agravada deve ser mantida na íntegra.

O recorrente ingressou com ação de cobrança de honorários advocatícios em face do recorrido e da instituição financeira que o sucedeu, Banco Bradesco, visando o recebimento pelos serviços prestados no período de 1997 a 2002. Aduz que referida verba se divide em duas formas: pagamento dos honorários convencionados em contrato correspondente ao valor estabelecido nas sentenças a título de honorários de sucumbência, a serem apurados por perícia técnica realizada em cada processo em que o agravante atuou; e condenação do recorrido ao pagamento de honorários a serem arbitrados pelo juízo na ação de cobrança referente a cada feito em que não houve honorários sucumbenciais.

Após a contestação e respectiva impugnação, o magistrado de instância singela proferiu a seguinte decisão:

> Vistos,
>
> 01. Da análise dos documentos que acompanham a inicial, observa-se que o autor não foi o único profissional a representar o réu na maioria das ações em reclama honorários advocatícios. Em diversos casos, o autor subscreveu apenas uma ou duas peças na busca de bens penhoráveis e, em seguida, postulou a suspensão dos processos com fundamento no artigo 791, III, do Código de Processo Civil. Em outros, se limitou a requerer a expedição de um ofício e, após a juntada da resposta, o arquivamento do feito.
>
> Nesse contexto,a produção de prova pericial se revela imprescindível para apurar o trabalho efetivamente desenvolvido pelo autor e o valor adequado e suficiente para remunerá-lo, levando em conta que ele não acompanhou vários processos do início ao fim.

> Assim, para realização da prova, nomeio o INSTITUTO DE PERÍCIAS CIENTÍFICAS, CNPJ nº 00.920.892/001-49, com sede à Rua da Paz nº 970 – Jardim os Estados – PABX: 326-7500 – Campo Grande-MS, que deverá ser intimado para dizer se aceita o encargo e formular proposta de honorários.
>
> 02. O autor deverá adiantar os honorários periciais, em conformidade com o artigo 33 do Código de Processo Civil. Intime-se-o para se manifestar sobre os honorários sugeridos pelo perito e, se houver concordância, para efetuar o depósito em dez dias.
>
> 03. Efetuado o depósito em juízo, intime-se o perito para que dar início aos trabalhos, ciente de que deverá apresentar o laudo em cartório no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias.
>
> 04. Por fim, em razão da prova ser unicamente a pericial, juntamente com a manifestação sobre a perícia, determino que as partes apresentem suas alegações finais, no prazo de dez (10) dias.
>
> Campo Grande, 16 de janeiro de 2012.

Observa-se que, ao contrário do afirmado pelo agravante, a realização de prova pericial nesta fase processual se faz necessária para aferir o próprio direito do autor, e não somente o quantum devido.

Conforme apurado até este momento da instrução processual, o recorrente não foi o único advogado a representar o agravado durante o período objeto da ação de cobrança, além de, em alguns processos, não tê-lo representado integralmente, isto é, do começo ao fim da ação, mas apenas praticado alguns atos processuais.

Por conseguinte, como bem consignado pelo juízo a quo, a perícia é "imprescindível para apurar o trabalho efetivamente desenvolvido pelo autor e o valor adequado e suficiente para remunerá-lo".

Em verdade, a prova pericial não se prestará unicamente para quantificar o valor dos honorários advocatícios devidos pelo agravado. Ao contrário, servirá principalmente para aferir se, em cada ação específica, existiu trabalho a justificar a fixação de honorários, permitindo ao juízo, via de consequência, reconhecer o real direito do agravante a partir de seu livre convencimento amparado em mais uma prova produzida nos autos e a ser devidamente considerada.

De outro vértice, é dever do magistrado, sempre que possível, proferir sentença líquida, certa e exigível, postergando a menor quantidade de atos processuais para as outras fases processuais, em observância aos modernos princípios processuais civis da celeridade e efetividade.

É indubitável que, se no curso da instrução, o magistrado a quo entendeu ser necessária a realização da prova pericial, não há empecilho para sua confecção se, de acordo com as especificidades do caso, para a formação de seu convencimento a produção de perícia é indispensável.

Ademais, em se tratando de matéria probatória, reconhecida a necessidade de realização da perícia técnica determinada pelo magistrado, descabe o argumento de sua imprescindibilidade somente na fase de liquidação de sentença, visto que, como consignado pelo juízo, a referida prova é importante para se aferir o próprio direito do agravante.

Como é cediço, o juiz pode e deve lançar mão da faculdade que lhe confere o art. 130 do CPC em qualquer momento, determinando as provas necessárias à instrução do processo, sempre na busca de apurar a verdade dos fatos e formar sua convicção pessoal.

Nesse sentido, confira-se:

> EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – ACIDENTE – PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL – ARTIGO 130 DO CPC – NECESSIDADE – LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Conforme disposto no artigo 130 do CPC, o destinatário final da prova é o juiz, e entendendo este, pela necessidade de produção de prova para a formação de suas convicções, não cabe às partes decidir pela utilidade ou necessidade das provas.
>
> (Agravo Regimental em Agravo - N. 2011.000600-6/0001-00 - Campo Grande, Relator Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay, 3ª Turma Cível, 22/02/2011)

Diante do exposto, nego provimento ao presente agravo de instrumento, mantendo a decisão de primeira instância por seus próprios 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. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues, Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 29 de maio de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Agravo n. 2012.007082-2 - Três Lagoas
Relator Juiz Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EFEITO SUSPENSIVO – FUNDAMENTOS RELEVANTES E GARANTIA DO JUÍZO POR PENHORA – POSSIBILIDADE DE ADVIR DANO AO EXECUTADO – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 739-A, §1º, DO CPC – RECURSO PROVIDO.

É de rigor a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução quando preenchidos cumulativamente os requisitos previstos no §1º do art. 739-A do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara 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 maio de 2012.

Juiz Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues

Clodevaldo Aparecido Braz Pereira interpõe recurso de agravo de instrumento contra decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas nos autos dos embargos à execução, que move em desfavor de Luzia Alves Malta, que indeferiu o pedido de concessão de efeito suspensivo aos embargos.

Sustenta, em síntese, que o título que instrui a execução está sendo questionado por ausência de exigibilidade, bem como que estão presentes os requisitos do § 1º do art. 739-A do Código de Processo Civil para a concessão de efeito suspensivo aos embargos, quais sejam, o requerimento expresso da parte interessada, a possibilidade de ocorrência de grave dano de difícil ou incerta reparação, a relevância dos fundamentos dos embargos e a execução estar garantida por penhora.

Requereu a concessão da tutela antecipada recursal e o provimento do agravo a fim de que a decisão seja reformada para que seja concedido efeito suspensivo aos embargos, suspendendo-se a ação executiva n. 0000806-45.2012.8.12.0021.

Juntou os documentos de f. 12/53.

O recurso foi recebido, concedendo-se os efeitos da tutela antecipada recursal para suspender a ação executiva até o pronunciamento definitivo deste agravo (f. 55).

O juiz da causa prestou informações à f. 59/60, mantendo a decisão proferida.

Intimada, a agravada não apresentou contraminuta (f. 61).

VOTO

O Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues (Relator)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Clodevaldo Aparecido Braz Pereira em face da decisão de f. 16, proferida nos autos Embargos à Execução de n. 00008064520128120021, a qual recebeu os embargos sem suspender a execução.

A decisão agravada merece ser reformada, confirmando-se a liminar concedida.

A decisão recorrida foi proferida nos seguintes termos:

> [...]
>
> Recebo os embargos, eis que tempestivos. Não fica contudo suspensa a execução, em obediência ao determinado no art. 739-A do CPC (acrescido pela Lei 11.382/06). Não vejo razões plausíveis para suspender o feito executivo, vendo também que o feito não encontra-se caucionado.
>
> Intime-se o embargado (através de seu procurador pelo DJ) para, se quiser, apresentar sua impugnação em 15 dias (art. 740).
>
> Com a impugnação, manifeste-se o embargante.
>
> [...]

Conforme relatado, o recorrente argumenta pela reforma da decisão recorrida, no sentido de que os embargos à execução sejam recebidos também no efeito suspensivo, uma vez que restam caracterizados os requisitos do § 1º do art. 739-A do Código de Processo Civil.

Inobstante o entendimento do juízo *a quo*, verifica-se que o juízo está garantido pela penhora efetivada à f. 51, de modo que não há motivo para que não seja atribuído efeito suspensivo à execução, sob pena de se estar causando dano ao executado, já que são relevantes seus fundamentos e, principalmente, como dito, a execução está garantida.

O artigo 739-A, § 1º, do Código de Processo Civil dispõe que:

> Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.
>
> §1º O juiz poderá a requerimento do embargante atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Da leitura atenta do citado dispositivo, vislumbra-se que a regra geral é no sentido de que os embargos não têm efeito suspensivo. Conseqüentemente, para que seja atribuído efeito suspensivo aos embargos, é necessária a presença concomitante de todos os requisitos previstos no §1º do artigo 739-A.

Em cognição sumária dos autos, tenho que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo aos embargos estão presentes, devendo ser modificada a decisão guerreada.

Constata-se pela cópia da inicial dos embargos (f. 19/28), que, além de haver pedido de efeito suspensivo, há informação de que a execução está garantida pela penhora de f. 51, cujo bem está avaliado em R$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais), sendo que a execução visa o recebimento da quantia de R$ 24.618,48.

Assim, caso a execução venha a prosseguir, mencionado bem poderá ser adjudicado ou leiloado em favor da agravada, e, evidentemente, o agravante terá dificuldade para reavê-lo caso se sagre vencedor nos embargos à execução, podendo lhe causar dano de difícil ou incerta reparação.

Ademais, cumpre frisar que o agravante fundamentou os embargos à execução na inexigibilidade dos títulos executivos extrajudiciais (cheques), ao argumento de que deu contra-ordem aos mesmos em razão do negócio jurídico subjacente à emissão ter sido desfeito, de modo que o suposto beneficiário não poderia tê-los repassado à agravada, a qual atua no ramo da agiotagem.

Posto isso, tenho que tais motivos são relevantes e justificam o recebimento dos presentes embargos em ambos os efeitos.

A propósito, neste sentido tem se posicionado este Tribunal, *in verbis*:

> EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO – NÃO CONCEDIDO – REQUISITOS PREVISTOS NO § 1º DO ARTIGO 739-A DO CÓDIGO DE PROCESSO ‘1 CIVIL – REQUISITOS PREENCHIDOS – RECURSO ACOLHIDO.
>
> Preenchidos os requisitos previstos no § 1º do artigo 739-A do Código de Processo Civil, quais sejam, pedido expresso, relevância da fundamentação, perigo de grave lesão e garantia do juízo, cabe a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução. (Agravo - N. 2011.020457-8/0000-00 - Campo Grande, Relator Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira, 4ª Turma Cível, julgado em 23/08/2011)
>
> AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EFEITO SUSPENSIVO – LEI N. 11.382/2006 – RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO E PERIGO DE DANOS GRAVES – NÃO-PROVIMENTO.
>
> Com o advento da Lei n. 11.382/2006, a atribuição de efeito suspensivo depende do pleito do embargante e do preenchimento de dois requisitos: relevância da fundamentação dos embargos e o perigo de danos graves. Presentes estes requisitos, o efeito suspensivo é medida que se impõe. Não havendo razões que justifiquem a reforma do julgado, deve ser mantida a decisão agravada regimentalmente, com aplicação de multa ao recorrente”. (TJMS – Agravo interno em agravo de instrumento n. 2008.000199-6/0001.00, 2ª Turma Cível, rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, DJ. 6.3.2008).

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para suspender o andamento da execução, até julgamento definitivo dos embargos à execução ajuizados pelo agravante.

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. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marcos José de Brito Rodrigues, Paulo Alfeu Puccinelli e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 15 de maio de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.010150-5 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESPEJO – PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO – AFASTADA – MÉRITO – RETENÇÃO OU INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS – PRECLUSÃO TEMPORAL – PEDIDO NÃO FORMULADO NA CONTESTAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder, não podendo o juiz, por sua mera conveniência, relegar para fase ulterior a prolação de sentença, se houver absoluta desnecessidade de ser produzida prova em audiência.

Não deve ser apreciado o pedido de retenção ou indenização das benfeitorias feitas em imóvel objeto de contrato de locação quando tal pretensão não foi formulada na contestação, ocorrendo a preclusão temporal para sua argüição, nos termos do artigo 302, do CPC.

Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de abril de 2012.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

JOÃO DA SILVA, irresignado com a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial da *ação de despejo* que lhe ajuizara **MORAIS DOS SANTOS EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS PRÓPRIOS LTDA**, interpõe recurso de apelação.

No apelo de f. 195-206, o apelante sustenta, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, já que seria necessária a dilação probatória a comprovação das benfeitorias que pretende a indenização.

No mérito, menciona que realizou benfeitorias no imóvel objeto do contrato de locação com autorização da própria locadora, ficando ajustado que haveria a indenização por tais obras.

Argumenta que *"a restrição de indenização, constante na cláusula quinta do contrato de sublocação, refere-se apenas às obras que visam satisfazer o poder público e autarquias. Não se refere a acessões, que acarretam direito de retenção"* (f. 203).

Enfatiza que se o contrato de locação não traz cláusula vedando expressamente a realização de quaisquer obras ou alterações no imóvel sublocado, bem como não traz previsão afastando o direito à indenização e retenção, o sublocatário tem direito à retenção pelas benfeitorias, consoante artigo 35, da Lei n.º 8.245/91.

Indica que o recebido acostados aos autos comprova que despendeu a importância de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais) com a construção do salão comercial.

Prequestiona o artigo 5º, LV, da CF; o artigo 330, do CPC; o artigo 35, da Lei n.º 8.245/91.

Ao final, pede o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de acolher a preliminar de nulidade da sentença, tornando-a insubsistente ou para que haja sua reforma, com o arbitramento de indenização pelas benfeitorias.

Intimada, a recorrida apresentou contrarrazões (f. 212-214) pedindo a manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Cuida-se de recurso interposto por **JOÃO DA SILVA** contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial da *ação de despejo* que lhe ajuizara **MORAIS DOS SANTOS EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS PRÓPRIOS LTDA**.

Em suas razões recursais, o apelante sustenta, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, já que seria necessária a dilação probatória a comprovação das benfeitorias que pretende a indenização.

No mérito, menciona que realizou benfeitorias no imóvel objeto do contrato de locação com autorização da própria locadora, ficando ajustado que haveria a indenização por tais obras.

Argumenta que *"a restrição de indenização, constante na cláusula quinta do contrato de sublocação, refere-se apenas às obras que visam satisfazer o poder público e autarquias. Não se refere a acessões, que acarretam direito de retenção"* (f. 203).

Enfatiza que se o contrato de locação não traz cláusula vedando expressamente a realização de quaisquer obras ou alterações no imóvel sublocado, bem como não traz previsão afastando o direito à indenização e retenção, o sublocatário tem direito à retenção pelas benfeitorias, consoante artigo 35, da Lei n.º 8.245/91.

Indica que o recebido acostados aos autos comprova que despendeu a importância de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais) com a construção do salão comercial.

Prequestiona o artigo 5º, LV, da CF; o artigo 330, do CPC; o artigo 35, da Lei n.º 8.245/91.

Ao final, pede o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de acolher a preliminar de nulidade da sentença, tornando-a insubsistente ou para que haja sua reforma, com o arbitramento de indenização pelas benfeitorias.

Em contrarrazões, a recorrida pede a manutenção da sentença recorrida.

Por ordem de prejudicialidade, inicio pela análise da preliminar suscitada nas razões recursais.

Da preliminar

Da nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa

A primeira tese trazida nas razões recursais está relacionada à nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, considerando que deveria haver dilação probatória para a demonstração das benfeitorias realizadas no imóvel.

O magistrado de primeira instância aplicou o instituto do julgamento antecipado da lide, previsto no artigo 330, I, do CPC, *in verbis*:

> 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;
>
> [...].

Por uma simples interpretação literal ou gramatical, segundo a qual, tem por objeto de análise, as palavras (funções sintáticas e semânticas) do texto legal, conclui-se que o preceito é cogente por utilizar a expressão "conhecerá", e não "poderá conhecer", o que se conclui pela tese da obrigatoriedade do juiz em aplicá-lo diante de suas hipóteses (incisos I e II do artigo 330 do Código de Processo Civil). Theotonio Negrão assevera que:

> **Não pode o juiz, por sua mera conveniência, relegar para fase ulterior a prolação de sentença, se houver absoluta desnecessidade de ser produzida prova em audiência** (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 35 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 410 – nota: artigo 330 nº 01).

Urge registrar que o magistrado está restrito à sua própria consciência, pois analisará as provas segundo sua própria convicção. É isto o que prega o princípio da livre convicção estampado no artigo 131, do Código de Processo Civil.

Assim, se o processo está maduro para o julgamento, acertada a aplicação do instituto do julgamento antecipado da lide em obediência ao princípio da celeridade processual (artigo 125, II, do CPC), razão pela qual não há falar em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa e, por conseguinte, em cerceamento de defesa. Deve-se evitar o desperdício de atos processuais e de tempo, entregando à parte o provimento jurisdicional pleiteado em menor interregno temporal.

Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder, não podendo o juiz, por sua mera conveniência, relegar para fase ulterior a prolação de sentença, se houver absoluta desnecessidade de ser produzida prova em audiência.

In casu, era notoriamente desnecessária a produção de prova em audiência, pois o conjunto probatório visualizado revelou-se plenamente hábil a alicerçar a formação da convicção do magistrado de instância singela.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, analisando o julgamento antecipado do mérito, esclarecem:

> Como se vê, para que haja necessidade de produção de prova, o fato, além de ser controvertido, deve ser pertinente e relevante.
>
> Se o fato, apesar de controvertido, não é pertinente nem relevante, não há razão para se admitir que prova recaia sobre ele, sendo necessário, nesse caso, para se evitar o retardamento da prestação jurisdicional, o julgamento antecipado do mérito.
>
> Fato pertinente é aquele concernente ao mérito, ou melhor, o fato que não é estranho ao mérito a ser julgado pelo juiz. Fato relevante, por sua vez, é o que, além de pertinente, pode influir no julgamento do mérito.
>
> [...]
>
> Em suma: cabe o julgamento antecipado do mérito, com base no art. 330, I, do CPC, quando se discute apenas matéria de direito ou as conseqüências jurídicas da afirmação de fato, ou ainda quando a afirmação fática está demonstrada através de prova documental. Nessa linha é importante frisar que a produção de prova não deve ser admitida quando pretender esclarecer fato que não é pertinente ou relevante (Manual do processo do conhecimento: A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2 ed., São Paulo: RT, 2003, p. 279-280).

Constata-se que o deslinde da questão posta em debate não dependia de produção probatória até mesmo porque não houve a formulação de pedido de retenção ou indenização de benfeitorias na peça de defesa.

Desse modo, afasto esta preliminar.

Do mérito

No mérito, o cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber é devida a indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel objeto de contrato de locação.

No entanto, referida questão não pode ser objeto de apreciação, já que não foi suscitada na contestação, tendo ocorrido a preclusão.

Como é notório, o impulso do processo rumo à prestação da tutela jurisdicional está presidido pelo sistema da oficialidade, de forma que, independentemente da colaboração das partes, a relação processual segue sua marcha procedimental em razão de imperativos jurídicos lastreados no mecanismo dos prazos.

O princípio da preclusão trata-se verdadeiramente de princípio processual, por meio do qual, sendo o processo uma marcha para frente, superadas as fases procedimentais, impulsionando a dinâmica processual, há a perda de uma faculdade processual ou da possibilidade de se rediscutirem ou julgarem novamente questões já apreciadas. Encontra-se correlacionado com os princípios da economia e da celeridade processual.

Nos termos do artigo 177, do CPC, os atos processuais devem ser realizados nos prazos prescritos em lei ou no prazo assinalado pelo magistrado, sob pena de preclusão. No sistema processual legal vigente, faz-se mister observar que há prazos não só para as partes, mas também para os juízes e seus auxiliares,

devendo, contudo, estar-se atento que o efeito da preclusão só atinge as faculdades processuais das partes e intervenientes.

São 03 (três) as preclusões existentes no ordenamento jurídico, quais sejam, (a) preclusão temporal, que consiste na perda da faculdade ou direito processual decorrente do seu não exercício, em tempo e momento oportunos, (b) preclusão lógica, que é a perda da faculdade ou direito processual decorrente da incompatibilidade entre o ato que se quer praticar e outro, já praticado e (c) preclusão consumativa, que é a perda da faculdade ou direito processual decorre de o ato já haver sido realizado, não importando se com bom ou mau êxito.

Conforme leciona Humberto Theodoro Junior:

> Decorre da preclusão do fato de ser o processo uma sucessão de atos que devem ser ordenados pro 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 (Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 467-468).

Sendo o processo um desencadeamento de atos sucessivos, a preclusão pode se apresentar 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 (Manual do Processo de Conhecimento. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 653).

No caso dos autos, quando da elaboração da sua peça de defesa, o ora apelante descurou-se em formular o pedido de retenção ou indenização das benfeitorias, limitando-se em afirmar que *"realizou benfeitorias no mesmo, a fim de poder melhor atender seus clientes"* (f. 79).

Com efeito, o artigo 302, do CPC determina que cabe ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, presumindo-se verdadeiros os fatos não impugnados.

Frise-se, também, que a regra do ônus da impugnação especificada não é aplicável quando a parte estiver sendo patrocinada por advogado dativo, curador especial ou pelo Ministério Público. Assim, em que pese o presente recurso de apelação estar sendo subscrito por Defensor Público, certo é que quando da contestação, o requerido vinha sendo patrocinado por advogado particular (f. 78-81).

Desse modo, mostra-se acertada a sentença ao enfatizar que (f. 188v.):

> [...]
>
> No caso em apreço, o réu comparece aos autos e pugna, simplesmente, pela concessão de um prazo maior para desocupação do imóvel sublocado. Observe-se, que o mesmo não impugna os documentos juntados, o que, em tese, considerando o citado artigo, enseja revelia e seus efeitos.
>
> [...].

Logo, tratando-se a pretensão de retenção ou indenização das benfeitorias de direito disponível e não tendo sido formulado oportunamente, mostra-se impossível sua apreciação.

Por fim, quanto ao prequestionamento feito pelo apelante, faz-se mister destacar que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, cabendo-lhe a incidência do brocardo da mihi factum dabo tibi jus. Nesse sentido, adverte Rui Portanova:

> No princípio em estudo está contido o brocardo narra mihi factum, narro tibi ius, que também demonstra bem o quanto de público se encerra no processo e na atividade jurisdicional: do fato dispõem as partes, mas do direito dispõe o Estado-juiz (in Princípios do Processo Civil, Livraria do Advogado, Editora Porto Alegre, 1995, p. 240).

Assim, se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir da seguinte ementa, transcrita apenas na parte que interessa:

> O prequestionamento significa o prosseguimento do debate de matéria apreciada na decisão recorrida, não sendo necessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais (Embargos de Declaração nº 58.630-5/01, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, J./12/1998, DJ-MS. 24/02/1999).

A propósito, confiram-se o escólio de Nelson Nery Júnior:

Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada. É suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente decidida (in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais, São Paulo: RT, 2001, p. 859).

Ante o exposto, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE AFASTARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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, 24 de abril de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.010520-4 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – CONTRATO DE LOCAÇÃO COM FIANÇA – GARANTIA PRESTADA SEM OUTORGA UXÓRIA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – CONDIÇÃO PARA A VALIDADE FORMAL DO CONTRATO DE FIANÇA – INEFICÁCIA TOTAL DA GARANTIA – SÚMULA 332, DO STJ – MÁ-FÉ DO CÔNJUGE FIADOR QUE DEVE SER COMPROVADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A Questão relacionada à nulidade da fiança prestada sem outorga uxória é matéria de ordem pública, podendo ser argüida a qualquer tempo e apreciada até mesmo de ofício.

O contrato de fiança é essencialmente gratuito, sendo que apenas a parte credora aufere vantagens na sua estipulação, razão pela qual é exigida a autorização do cônjuge como condição formal de validade da garantia.

A qualificação do esposo como "solteiro" não prejudica o direito e a legitimidade da mulher, que não assentiu com a garantia, de arguir a nulidade do pacto acessório de fiança.

A boa-fé é sempre presumida; por sua vez, a má-fé depende de comprovação.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara 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 maio de 2012.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

ARLEI BARBOSA DOS SANTOS FERREIRA, irresignada com a sentença que rejeitou os pedidos formulados nos *embargos de terceiro* que opusera em face de LIA DURANDO RODRIGUES, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

Nas razões recursais de f. 72-76, a recorrente informa que manejou os embargos de terceiro visando resguardar sua meação referente ao imóvel no qual reside com seu marido – executado por conta de fiança por ele prestada em contrato de locação.

Ressalta que *"no decorrer da convivência conjugal e em virtude do esforço conjunto edificaram no supra terreno uma casa na qual reside com sua família"* (f. 73).

Argumenta que o regime de casamento é o de comunhão parcial dos bens, presumindo-se o esforço comum na edificação do imóvel, razão pela qual deve ser resguardada sua meação referente às benfeitorias realizadas no terreno.

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso para que seja reformada a sentença de instância singela, com o julgamento procedente a pretensão deduzida na inicial.

Em contrarrazões (f. 82-84), a recorrida pugna pela manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por ARLEI BARBOSA DOS SANTOS FERREIRA contra a sentença que rejeitou os pedidos formulados nos *embargos de terceiro* que opusera em face de LIA DURANDO RODRIGUES.

Nas razões recursais que devolve a este Sodalício, a recorrente informa que manejou os embargos de terceiro visando resguardar sua meação referente ao imóvel no qual reside com seu marido – executado por conta de fiança por ele prestada em contrato de locação.

Ressalta que *"no decorrer da convivência conjugal e em virtude do esforço conjunto edificaram no supra terreno uma casa na qual reside com sua família"* (f. 73).

Argumenta que o regime de casamento é o de comunhão parcial dos bens, presumindo-se o esforço comum na edificação do imóvel, razão pela qual deve ser resguardada sua meação referente às benfeitorias realizadas no terreno.

Inicialmente, para melhor compreensão da matéria em exame, imperioso proceder a um breve escorço fático.

Trata-se de embargos de terceiro opostos pela ora apelante, objetivando a declaração de nulidade da fiança prestada por seu marido em contrato de locação, em razão da ausência da outorga uxória, e para resguardar sua meação com relação ao bem imóvel penhorado nos autos de cumprimento de sentença.

Ao sentenciar o feito, o magistrado *a quo* julgou inteiramente improcedente a pretensão deduzida na exordial fundamentando seu *decisum* nas seguintes premissas: i) a ausência da outorga uxória não enseja a anulação da fiança prestada, *in casu*, já que seu marido se declarou solteiro ao assinar o contrato de fiança em locação; ii) não existiria o direito à meação, porquanto o imóvel penhorado fora adquirido por seu marido em período anterior à celebração do casamento; iii) não há prova de esforço comum na aquisição do imóvel e/ou benfeitorias nele existentes. Contra esta sentença, a embargante interpôs o presente recurso de apelação.

Desde já consigno que os embargos de terceiro são remédio processual posto à disposição de quem, não sendo parte no processo, sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial. Têm por finalidade a proteção da posse ou propriedade daquele que, não tendo sido parte no feito, tem um bem de que é proprietário ou possuidor, apreendido por ato judicial originário de processo de que não foi parte.

Ou melhor, os embargos de terceiro se inserem dentro dos meios de proteção possessória. Por esse procedimento busca-se proteger a posse ou a propriedade violadas em decorrência, sempre, de ato judicial. Há de haver um litígio, com base no qual o juiz determina a apreensão de um bem, cujo possuidor é estranho à lide.

Disciplina o artigo 1.046, do Código de Processo Civil que:

> Art. 1046. 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, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.

Portanto, basta a ameaça ao direito de posse ou propriedade para que o terceiro possa vir, mediante embargos de terceiro, defender a reintegração ou manutenção de sua posse no bem objeto de constrição. Isso porque a mera ameaça ao direito de posse ou propriedade já caracterizam turbação e, assim, atendem às exigências da lei.

Como explica Humberto Theodoro Júnior:

> Os próprios termos do enunciado legal deixam claro que a relação nele contida é de caráter meramente exemplificativo. Se o fim do instituto é preservar a incolumidade dos bens de terceiro em face do processo de que não participa, qualquer ato executivo realizado ou ameaçado, indevidamente, pode ser atacado por via dos embargos de terceiro.
>
> [...]
>
> A ameaça, em si, já é a turbação de que fala o art. 1.046, pois leva o terceiro a se avizinhar, diante da sentença, da sua natural eficácia constritiva. No caso de sentença constitutiva, ela mesma produz de imediato o prejuízo ao direito do terceiro, representado pela invasão, indevida, de sua esfera jurídica (Curso de Direito Processual Civil. 30ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3. p. 280).

No caso dos autos, não obstante o tema relacionado à nulidade da fiança prestada sem outorga uxória não tenha sido devolvido neste recurso, a questão merece ser apreciada – e, a meu ver, acolhida – mormente porque perfilho o entendimento de se tratar de matéria de ordem pública, podendo ser argüida a qualquer tempo e grau de jurisdição e apreciada até mesmo de ofício.

Nesse sentido, transcrevo os seguintes julgados:

> FIANÇA. FALTA DE OUTORGA UXÓRIA. NULIDADE. NULIDADE ABSOLUTA. PRECLUSÃO. INCOERÊNCIA. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. QUESTÃO DE DIREITO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INCOERÊNCIA. LOCAÇÃO RESIDENCIAL. - LOCAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. FIANCA. INVALIDADE. FALTA DE OUTORGA UXORIA. NULIDADE ABSOLUTA. ART.235, III, DO CÓDIGO CIVIL. Na fiança, e imprescindível a outorga uxória, eis que se trata de que estão de ordem pública, ocasionadora de nulidade absoluta, declarável até de oficio. O art-235, III, do Código Civil, que trata da questão, é norma imperativa ao colocar claramente que o marido não pode, sem consentimento da mulher, prestar fiança. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Sendo a matéria 'sub judice' ensejadora de nulidade absoluta, não há razão para a dilação probatória. Apelação improvida (TARS; APC 195.159.900; 2ª CCiv.; Rel. Juiz Ari Darci Wachholz; J. 09.04.1996).

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – AFASTADA – AÇÃO DE EMBARGOS DO DEVEDOR NÃO SE PRESTA PARA DISCUTIR A RELAÇÃO MATERIAL DO CONTRATO – PRESTABILIDADE POR SER MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – AVAL PRESTADO EM CONTRATO – INADMISSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder, conforme se infere por uma simples interpretação literal do artigo 330 do Código de Processo Civil ao utilizar a expressão 'conhecerá'.
>
> A matéria de ordem pública (artigo 145, inciso III, do Código de Processo Civil) pode ser conhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição (artigo 267, § 3º, e 301, § 4º, ambos do Código de Processo Civil). Da mesma feita, como é matéria de ordem pública, independe de forma para ser alegada, basta uma simples petição, independentemente do nome da ação proposta.
>
> Se o contrato é garantia exclusiva do direito cambiário, a sua existência em contrato deve ser recebida como fiança e como tal necessita de outorga uxória para a validade da relação negocial, conforme o artigo 235, inciso III, do Código de Processo Civil (TJMS; Apelação Cível n.º 2002.011240-2; Órgão Julgador: Terceira Turma Cível; Relator: Desembargador Hamilton Carli; julgado em 28.04.2003).

Pois bem, sabe-se que o contrato de fiança consiste em alguém assumir perante o credor a obrigação de pagar a dívida no caso de o devedor não a honrar, nascendo, portanto, entre o credor e o fiador um contrato subsidiário. Conforme leciona Arnaldo Rizzardo:

> Em termos comuns, fiança quer expressar garantia, concessão de crédito, segurança, responsabilidade. Basicamente, significa a garantia que se dá aos créditos relativamente aos seus titulares, com o objetivo de conceder segurança aos compromissos que alguém assume.
>
> [...] através dela, uma pessoa (fiador) se obriga a pagar a outra (credor) o que a esta deve uma terceira pessoa (devedor). Mais juridicamente, com suporte em Eduardo Espíndola, vem a ser um contrato destinado a garantir o cumprimento de uma obrigação de outrem, isto é, "o contrato que tem por objeto a obrigação assumida por uma pessoa com o credor de outra de pagar dívida desta, caso ela não o faça".
>
> Como lembra Antônio Chaves, o termo provém do latim – fido, fidis, fidere, fisus, fisum –, sendo empregado nas acepções, de 'ter confiança em', 'confiar em', 'fiar-se em', 'contar com', 'garantir', 'abonar', 'fiar a obrigação alheira e a própria garantia com que essa obrigação é caucionada'.[1]

Em conformidade com a regra contida no artigo 114 do atual Código Civil (artigo 1.090, do CC/16), os negócios benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente, razão pela qual, a obrigação do fiador que, diga-se de passagem, constitui um favor prestado a outra pessoa, deve ser interpretada restritivamente.

Frise-se que a fiança é um contrato celebrado sem nenhuma contraprestação em favor dos fiadores, os quais assumem responsabilidades em benefício unicamente do credor – no presente caso, do locador e do locatário – viabilizando a locação pretendida por este último, pessoa na qual deposita toda confiança de que cumprirá as obrigações contratuais.

1 Contratos. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 979-980.

Por se tratar de contrato essencialmente gratuito no qual apenas a parte credora aufere vantagens na sua estipulação é que se exige a autorização do cônjuge (outorga uxória ou marital) como condição formal de validade da garantia naqueles casos em que o fiador é casado em regime de bens diverso da separação absoluta.

O Superior Tribunal de Justiça, após pacificar o entendimento no sentido de exigir a outorga uxória para a validade da fiança, editou a Súmula n.º 332 com o seguinte teor: *"A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia"*.

Por oportuno, transcrevo julgados também do Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. ARTS. 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO E OMISSÃO NA DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE DE ORIGEM QUE NÃO SE VERIFICAM. ART. 557 DO CPC. RAZÕES DO RECURSO DISSOCIADAS DA LITERALIDADE DO DISPOSITIVO LEGAL. SÚMULA 284/STF. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE INDICA OS FIADORES. OUTORGA UXÓRIA CARACTERIZADA PELA ASSINATURA DA ESPOSA.
>
> INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO CONTRATO. ILEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. INAPLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
>
> [...]
>
> 3. O contrato de fiança deve sempre ser interpretado restritivamente e nenhum dos cônjuges pode prestar fiança sem a anuência do outro, exceto no regime matrimonial de separação patrimonial absoluta (arts. 819 e 1.647 do CC). Precedentes.
>
> [...]
>
> 6. Recurso especial provido, para declarar a ilegitimidade da recorrente na execução proposta (STJ; REsp 1038774/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 01/02/2010).
>
> DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO.
>
> PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. FIANÇA. OUTORGA UXÓRIA. AUSÊNCIA. NULIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> 3. É nula a fiança prestada sem a anuência do cônjuge do fiador.
>
> Precedentes.
>
> 4. Tendo o arresto sido invalidado em decorrência da decretação da nulidade da fiança prestada sem a anuência do esposa do fiador, torna-se irrelevante se perquirir se houve a comprovação de que o imóvel penhorado seria ou não bem de família.
>
> 5. Recurso especial conhecido e improvido (STJ; REsp 797853/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 28/04/2008).

> CIVIL. LOCAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.483 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E AO ART. 586 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. FIANÇA. OUTORGA UXÓRIA. AUSÊNCIA. VÍCIO QUE INVALIDA TOTALMENTE A GARANTIA, MAS QUE SÓ PODE SER ALEGADO PELO CÔNJUGE QUE NÃO CONCEDEU A VÊNIA CONJUGAL. PRECEDENTES.
>
> [...]
>
> 2. É pacífico neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a falta da outorga uxória invalida a fiança por inteiro.
>
> 3. No caso dos autos, todavia, a falta da vênia conjugal foi argüida tão-somente pelo cônjuge que prestou a fiança sem a autorização de sua esposa. Nesse caso, é de se aplicar a orientação desta Corte no sentido de não conferir, ao cônjuge que concedeu a referida garantia fidejussória sem a outorga uxória, legitimidade para argüir a sua invalidade, permitindo apenas ao outro cônjuge que a suscite, nos termos do art. 1.650 do atual Código Civil.
>
> 4. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido (STJ; REsp 832669/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 437).
>
> CIVIL. LOCAÇÃO. FIANÇA. OUTORGA UXÓRIA. AUSÊNCIA. NULIDADE INTEGRAL DO ATO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ART. 483, INCISO III, CC/1916. PRECEDENTES.
>
> I - O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é pacífico no sentido que a ausência da outorga uxória nulifica integralmente o pacto de fiança.
>
> II - O contrato de fiança não admite interpretação extensiva, consoante determinava o art. 1483 do Código Civil de 1916. Com base nessa premissa, inclinou-se a jurisprudência no sentido de que o fiador não responde pelos aditamentos ao contrato original a que não tenha anuído.
>
> Recurso parcialmente provido (STJ; REsp 619814/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2004, DJ 21/06/2004, p. 251).

Conclui-se, então, que a ausência de outorga uxória invalida, por inteiro, o contrato acessório de fiança.

Ainda, deve ser frisado que a esposa prejudicada com o contrato de fiança com o qual não anuiu tem legitimidade para argüir o vício formal, conforme se depreende do seguinte julgado:

> CIVIL e PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. COISA JULGADA. FUNDAMENTAÇÃO. LIMITES OBJETIVOS. FIADOR. ILEGITIMIDADE. NULIDADE DA FIANÇA. AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. BOA FÉ OBJETIVA.
>
> [...]
>
> 2. O direito obrigacional é pautado por princípios, entre outros, pela boa fé objetiva, razão pela qual o fiador que subscreve contrato de locação sem se declarar como casado não pode, posteriormente, alegar a nulidade da fiança com base na ausência de outorga uxória, sob pena de violação, igualmente, ao princípio do nemo auditur proprium turpitidium allegans.
>
> 3. Dispõe o art. 239 do Código Civil de 1916 (atual art. 1650 CC/02): "A anulação dos atos do marido praticados sem outorga da mulher, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada por ela, ou seus herdeiros (artigos 178, § 9º, nº I, a e nº II)", razão pela qual carece de legitimidade processual ativa o varão para argüir a nulidade da fiança sem assinatura da esposa - Precedentes.

> 4. Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido dos embargos à execução manejado pelo recorrido/fiador (STJ; REsp 1128770/PR; Relatora: Ministra Laurita Vaz; Rel. p/Acórdão Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP); QUINTA TURMA; julgado em 16/11/2010, DJe 06/12/2010).

Assim, ainda que seu esposo tenha se qualificado como "solteiro" quando da celebração do contrato de fiança, a afirmação no sentido de que teria agido de má-fé dependeria de prova, notadamente diante do princípio da boa-fé que guia o direito civil. Senão, vejamos:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182/STJ. APOSENTADORIA. REVISÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. CONCESSÃO. MÁ-FÉ. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> [...]
>
> 4. Diferentemente do que ocorre com a boa-fé, "a má-fé deve ser comprovada" (REsp 1.188.091/MG, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 6/5/11).
>
> [...]
>
> 6. Agravo regimental não provido (STJ; AgRg no REsp 1212038/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2011, DJe 10/06/2011).

Ademais, ainda que restasse comprovada a má-fé do cônjuge fiador, tal ato não poderia prejudicar os direitos da esposa que não assentiu na fiança.

Por fim, nem se diga que a recorrente não estaria incorrendo em prejuízo com a penhora do imóvel de matrícula n.º 126.939, eis que adquirido somente pelo Sr. Elias Rubens Ferreira (seu marido) antes da celebração do matrimônio.

É que o curto lapso temporal entre a data da compra do imóvel (23.06.1989 – f. 46) e a data do casamento (16.09.1989 – f. 19) – celebrado no regime de comunhão parcial de bens – leva a crer que o bem foi adquirido em proveito do casal, ali tendo sido realizadas edificações, conforme comprova o documento de f. 20.

Dessa forma, não deve subsistir a garantia, a qual foi prestada sem observar um requisito forma de validade – outorga uxória.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, em reformando a sentença recorrida, julgar procedentes os pedidos formulados nos embargos de terceiros, declarando a nulidade da fiança prestada pelo marido da ora apelante, Sr. Elias Rubens Ferreira, no contrato de locação residencial.

Alcançado este desiderato, considerando a ausência de legitimidade passiva superveniente, determino a extinção do feito executivo com relação ao fiador Elias Rubens Ferreira, nos termos do artigo 267, VI, do CPC bem como o levantamento da penhora que recai sobre o imóvel de matrícula n.º 126.939.

Por derradeiro, condeno a recorrida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) do proveito econômico obtido nos presentes autos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Marco André Nogueira Hanson e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 15 de maio de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.011494-2 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DA FORMA MAIS BENÉFICA PARA O CONSUMIDOR – ARTIGO 47, DO CDC – PLANO DE SAÚDE COM EXCLUSÃO DE COBERTURAS – ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL EXCLUI A COBERTURA DE PRÓTESES E ÓRTESES – LEI N.º 9.656/98 – DIREITO À VIDA E À SAÚDE QUE SE SOBREPÕEM A QUALQUER OUTRO COMANDO LEGAL – DEVER DA PRESTADORA DE SERVIÇOS SUPORTAR INTEGRALMENTE AS DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES BEM COMO OS CUSTOS COM O EQUIPAMENTO INDISPENSÁVEL AO TRATAMENTO DO CONSUMIDOR – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DO ACÓRDÃO SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Instaurada entre as partes uma relação contratual de seguro de assistência médico-hospitalar, justifica-se a aplicação das normas consumeristas, nos termos do § 2º do artigo 2º do CDC.

A vedação de prática ou inserção de cláusulas abusivas tem por fim promover a igualdade dos contratantes, buscando, 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.

Se no contexto contratual, a interpretação das cláusulas contratuais for contraditória, deve ser privilegiada a interpretação mais favorável ao consumidor, nos termos do que dispõe o artigo 47, do CDC.

O plano de saúde deve dar cobertura às próteses ou órteses quando estas forem indispensáveis ao tratamento do enfermo, possuindo finalidade curativa ou reparadora.

Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara 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, 8 de maio de 2012.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

UNIMED CAMPO GRANDE MS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA, irresignada com a sentença que julgou procedente o pedido formulado na *ação de obrigação de fazer* que lhe propusera JOSÉ IMISAAC SANTOS, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

Nas razões recursais de f. 411-434, a recorrente alega que o contrato de prestação de serviços foi celebrado na modalidade empresarial e antes da entrada em vigor da Lei n.º 9.656/98, razão pela qual não é possível sua aplicação.

Assevera que o contrato expressamente previu a ausência de cobertura do aparelho marca passo.

Argumenta que *"diante da ausência de cobertura pela apelante, poderia ter utilizado o SUS, já que aparentemente não havia risco de remoção ou qualquer impedimento ou falta de atendimento, já que toda a tramitação administrativa sobre custos poderia ser realizada sem prejuízo ao tratamento"* (f. 414).

Menciona que o recorrido tinha pleno conhecimento das cláusulas contratuais existentes no contrato, sendo que o contrato não possui qualquer vício, devendo ser cumprido pelas partes.

Prequestiona toda a matéria debatida nos autos.

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida, julgando improcedentes os pedidos contidos na inicial.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões (f. 444-451), pugnando pela manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Consoante relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por UNIMED CAMPO GRANDE MS COOPERATIVA DO TRABALHO MÉDICO LTDA contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado na *ação de obrigação de fazer* que lhe propusera JOSÉ IMISAAC SANTOS.

Nas razões recursais que devolve a este Sodalício, a recorrente alega que o contrato de prestação de serviços foi celebrado na modalidade empresarial e antes da entrada em vigor da Lei n.º 9.656/98, razão pela qual não é possível sua aplicação.

Assevera que o contrato expressamente previu a ausência de cobertura do aparelho marca passo.

Argumenta que *"diante da ausência de cobertura pela apelante, poderia ter utilizado o SUS, já que aparentemente não havia risco de remoção ou qualquer impedimento ou falta de atendimento, já que toda a tramitação administrativa sobre custos poderia ser realizada sem prejuízo ao tratamento"* (f. 414).

Menciona que o recorrido tinha pleno conhecimento das cláusulas contratuais existentes no contrato, sendo que o contrato não possui qualquer vício, devendo ser cumprido pelas partes.

Prequestiona toda a matéria debatida nos autos.

Em contrarrazões, o recorrido pugnou pela manutenção da sentença recorrida.

A questão posta em discussão cinge-se em saber se o contrato de plano de saúde entabulado entre as partes prevê a cobertura das despesas com equipamento cardiodesfibrilador implantável e multi-sítio do qual o recorrido necessita.

Inicialmente, há que se destacar que a aplicabilidade das normas consumeristas ao caso em tela é inquestionável. Isto porque foi instaurada entre as partes uma relação contratual de seguro de assistência médico-hospitalar. Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, temos que:

> Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
>
> Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção e montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
>
> [...].
>
> § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Segundo o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

> Dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação especializada em seguro-saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código de Defesa do Consumidor. O reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do Código [...][1].

Aliás, o fato de o contrato ter sido celebrado antes da entrada em vigor da Lei n.º 9.656/98 não afasta a incidência do CDC. Por oportuno, transcrevo trecho da sentença recorrida (f. 397):

> Ocorre que a relação entre o autor e a ré é nitidamente de consumo, preenchendo todos os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.
>
> Assim já era, conforme consagrado entendimento doutrinário e jurisprudencial, antes mesmo da Lei n. 9.656/98. Com o advento desta, dúvida nenhuma resta, eis que o referido diploma legal veio expressamente declarar a incidência do CDC aos contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde, consoante se vê de seu atual art. 35-G.
>
> Ressalve-se, apenas, que enquanto o mencionado artigo da Lei nº 9.656/98 fala em aplicação subsidiária do CDC aos contratos de planos e seguros de saúde, a jurisprudência pátria continua caminhando no sentido de que tais contratos submetem-se diretamente ao CDC e não apenas subsidiariamente.

Pois bem, não se pode olvidar que vige no direito civil brasileiro a autonomia de vontade no negócio jurídico, devendo-se observar que essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos, quais sejam, (a) pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou (b) pelo prisma da escolha da modalidade do contrato.

1 O consumidor e os planos de saúde, Revista Forense 328, out/dez. 1994, p. 312-316.

Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes, estando presente, portanto, o princípio *pacta sunt servanda*, com o qual o acordo de vontade faz lei entre as partes.

Como é cediço, a ideia 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, buscando, 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 Código de Defesa do Consumidor 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.

Quando o mencionado artigo declara que o Código de Defesa do Consumidor estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, XXXII, 170, V, da Carta Magna, deve-se entender que ele assenta de forma definitiva e em nível infraconstitucional toda a potência normativa da Carta de 1988. Negar este fato é, sem sombra de dúvida, ir contra a disposição literal da lei. Sem prejuízo de se estar ignorando o perfil de ordem pública e de interesse social que anima o Código de Defesa do Consumidor.

Logo, ao enumerar normas impositivas de ordem pública e de interesse social, o código consumerista se sobrepõe à vontade das partes com o fim de promover a defesa do consumidor, não competindo às partes da relação de consumo a derrogação de tais preceitos cogentes nele contidos.

Ainda, o artigo 47, do CDC determina que *"as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor"*. Evidente que aquele que contrata um plano de saúde visa à preservação da vida e da saúde.

Nesse intuito, o recorrido entabulou contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares com a recorrente.

No entanto, quando necessitou se submeter a procedimento cirúrgico com o implante de um aparelho cardiodesfibrilador com multi-sítio, a empresa recorrente – após liberar a internação dos demais materiais solicitados pelo médico (um eletrodo endocárdico, um eletrodo epicárdico para ventrículo esquerdo, um eletrodo CDI com duplo coil verdadeiro e dois introdutores 10F) – negou-se a fornecer aquele primeiro

equipamento, cujo custo chega a R$ 62.500,00 (sessenta e dois mil e quinhentos reais). Diante desta conduta, o recorrido ajuizou a presente ação visando a cobertura do gerador MP CDI e multi-sítio.

De fato, com a leitura das cláusulas constantes no contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares e nos seus aditivos (f. 19-27), constata-se que há cláusula excluindo, expressamente, a possibilidade de fornecimento de aparelhos cardíacos. Assim diz a cláusula 5 do aditamento ao convênio, *in verbis* (f. 27):

> 5. A implantação de marcapasso artificial cardíaco (não há cobertura para o aparelho) permanente será oferecida de acordo com critérios preconizados pelo Departamento de Estimulação Cardíaca Artificial (DECA), da Sociedade Brasileira de Cirurgia Cardiovascular e do Departamento de Arritmias e Eletrofisiologia Cardíaca (DAEC, da Sociedade Brasileira de Cardiologia – DECA/DAEC – 1990).

Entretanto, salta aos olhos a abusividade desta cláusula contratual, notadamente porque se é autorizada a cobertura de determinado procedimento cirúrgico, não se mostra razoável exigir que o indivíduo a ele se submeta sem a instalação das próteses necessárias.

Desta forma, deve ser aplicado o artigo 47 do CDC que determina a interpretação contratual da forma mais benéfica ao consumidor. Sempre que houver cláusulas contratuais que induzam a entendimentos contrários ou divergentes, prevalecerá aquela que trouxer mais benefícios ao consumidor, privilegiando, assim, a sua boa-fé objetiva.

Segundo Cláudia Lima Marques:

> O art. 47 do CDC representa, porém, uma evolução em relação a essa norma e à do art. 112 do CC/2002 (antigo art. 85 do CC/1916), pois beneficiará a todos os consumidores, em todos os contratos, de adesão ou individualmente negociados, em todas as cláusulas, mesmo as claras e não contraditórias, sendo que agora a vontade interna, a intenção não declarada, nem sempre prevalecerá. Em outras palavras, é da interpretação ativa do magistrado a favor do consumidor, se é ou não contraditória com outras cláusulas do contrato[2].

Tal determinação no sentido de se interpretar o contrato de forma favorável ao consumidor somada ao fato de que o objetivo principal daquele que adere a um plano de saúde é a garantia de manutenção da saúde e de preservação da vida, me faz concluir que a ausência de cobertura para o aparelho em questão caracteriza abusividade.

Frise-se que os contratos de plano de saúde destinam-se a cobrir o risco de doença com o pagamento de despesas hospitalares e o reembolso de honorários médicos, incluindo-se, também, as despesas com materiais como é o caso das órteses e próteses.

Nem se diga que por força do disposto no inciso VII do artigo 10 Lei n.º 9.656/98, estaria excluída qualquer cobertura de próteses e órteses. Assim, dispõe referido dispositivo legal:

> Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

2 Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2003. p. 578.

> [...]
>
> VII – fornecimento de próteses e órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico.
>
> [...].

Vale dizer que as próteses possuem a finalidade de substituir partes do corpo humano destruídas ou danificadas em razão de doenças, de acidentes ou amputadas em atos cirúrgicos curativos. Por seu turno, as órteses são aparelhos com função complementar ou auxiliar de alguma função orgânica diagnosticada como deficitária.

Conforme lecionam Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado, *in verbis*:

> Tanto as próteses quanto as órteses estão cobertas pelos planos de saúde, que compreendam coberturas hospitalar e de referência, desde que estejam vinculadas a algum ato cirúrgico ou tratamentos que tenham finalidade curativa ou reparadora, excluída absolutamente a finalidade estética.[3]

Inclusive, deve ser reforçado que as prestadoras de serviços de assistência à saúde devem ser conhecedoras da importância de seu papel na sociedade, assumindo o risco de suportar os ônus necessários ao atendimento de situações imprevisíveis, notadamente diante dos princípios da solidariedade e da dignidade humana.

No mesmo sentido vêm decidindo esta Corte, como se denota dos seguintes julgados:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – INTERESSE DE AGIR – COMPROVADO – PLANO DE SAÚDE – COBERTURA DE CIRURGIA – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVÊ O NÃO-PAGAMENTO DOS VALORES DESPENDIDOS COM A UTILIZAÇÃO DE ÓRTESES NO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – NULIDADE – MANIFESTA ABUSIVIDADE – TENDO O CONSUMIDOR EFETIVADO O PAGAMENTO DE UM PLANO QUE LHE GARANTIA A REALIZAÇÃO DE UM ATO CIRÚRGICO, NÃO SE MOSTRA RAZOÁVEL A CONDUTA ASSUMIDA PELA FORNECEDORA DE SERVIÇOS QUE SE NEGA A COBRIR AS ÓRTESES NECESSÁRIAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DESTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> Tendo o consumidor efetivado a contratação de um plano de saúde que previa a realização de um ato cirúrgico, resta evidente a nulidade da cláusula contratual que exclui da cobertura daquele o pagamento de órteses necessárias para a efetivação do último (TJMS; Apelação Cível n.º 2007.007681-1; Órgão Julgador: Quarta Turma Cível; Relator: Desembargador Rêmolo Leteriello; Julgado em 24.04.2007).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DECISÃO QUE CONCEDEU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA COBERTURA PELA UNIMED DE GASTOS DESPENDIDOS POR ASSOCIADO – IMPLANTAÇÃO DE STENT CYPHER RECOBERTO COM RAPAMICINA – PLANO DE SAÚDE QUE NÃO COBRE A UTILIZAÇÃO DE PRÓTESE IMPORTADA – CLÁUSULA EXCLUDENTE DE COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE – CLÁUSULA ABUSIVA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

3 Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Comentada artigo por artigo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 85.

> Nos contratos de adesão, a exemplo do contrato de seguro de saúde celebrado com empresas prestadoras de serviços, ocorrido o "sinistro", surge a obrigação de empresa de prestar ao consumidor e a seus familiares, ou dependentes, os serviços contratados, e o fornecimento do material necessário à durabilidade e eficácia do serviço prestado.
>
> A cláusula contratual que omite, ou veda o fornecimento de medicamentos e materiais importados viola o princípio da boa-fé objetiva, sendo, portanto, abusiva e, por conseqüência, nula, uma vez serem estes materiais os que oferecem mais segurança e eficácia ao segurado, no tratamento cardíaco.
>
> Boa-fé objetiva significa uma atuação "refletida", uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem causar lesão ou desvantagem excessiva (TJMS; Agravo n.º 2003.005093-0; Órgão Julgador: Primeira Turma Cível; Relator: Desembargador Ildeu de Souza Campos; Julgado em 01.07.2003).

Assim, é dever da recorrente suportar integralmente a despesa mencionada, notadamente frente ao direito à vida e à saúde protegidos constitucionalmente e que devem se sobrepor a qualquer outro comando legal.

Por fim, quanto ao prequestionamento, faz-se mister destacar que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, cabendo-lhe a incidência do brocardo *da mihi factum dabo tibi jus*. Nesse sentido, adverte Rui Portanova:

> No princípio em estudo está contido o brocardo narra mihi factum, narro tibi ius, que também demonstra bem o quanto de público se encerra no processo e na atividade jurisdicional: do fato dispõem as partes, mas do direito dispõe o Estado-juiz.[4]

Assim, se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir da seguinte ementa, transcrita apenas na parte que interessa:

> O prequestionamento significa o prosseguimento do debate de matéria apreciada na decisão recorrida, não sendo necessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais (Embargos de Declaração nº 58.630-5/01, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, J./12/1998, DJ-MS. 24/02/1999).

A propósito, confira-se o escólio de Nelson Nery Júnior:

> Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada. É suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente decidida.[5]

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão recorrida.

4 In Princípios do Processo Civil, Livraria do Advogado, Editora Porto Alegre, 1995, p. 240.

5 In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais, São Paulo: RT, 2001, p. 859.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Marco André Nogueira Hanson e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 8 de maio de 2012.

***

Primeira Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2012.000164-5 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CERTIFICAÇÃO DO ENSINO MÉDIO EM FACE DE APROVAÇÃO NO ENEM – CURSANDO FACULDADE – APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO – LIMINAR CONFIRMADA.

Estando demonstrado no *mandamus* uma situação fática consolidada pelo lapso temporal e que deve ser respeitada, está delineado o campo de incidência da teoria do fato consumado autorizadora da confirmação da liminar concedida.

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 com o parecer, conceder a segurança. Ausente o 4º vogal.

Campo Grande, 2 de abril de 2012.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Karen Chaves Ferreira, assistida por sua mãe Solange Ribeiro Chaves Ferreira, impetra ação mandamental contra ato administrativo que indeferiu pedido de expedição do certificado de conclusão do ensino médio, apontando como autoridade coatora a Secretária de Estado de Educação.

Historia acerca dos fatos motivadores da impetração do *mandamus,* alegando que possui o direito líquido e certo de que lhe seja conferida a certificação antecipada de conclusão de ensino médio, porque a idade, por si só, não pode ser causa de limitação ao estudo, mormente, se existe capacidade intelectual para tanto.

Sustenta que as disposições dos artigos 205 da CF e 54 do ECA, bem como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação asseguram o direito ora postulado, requerendo que seja concedido o *writ,* determinando que a impetrada forneça o certificado de conclusão do ensino médio ou documento equivalente.

Instrui com os documentos de f. 17-57.

Deferido o pedido de liminar, requisitou-se as informações (f. 58,vs), prestadas às f. 65-70, com parecer de f. 99-104, opinando pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Consta dos autos que no Exame Nacional do Ensino Médio a impetrante obteve nota suficiente para garantir uma vaga no Curso Superior, estando impedida de formalizar a matrícula por não ter concluído a etapa exigida pela norma de regência, razão pela qual requereu a expedição do certificado de conclusão, sendo indeferido o pedido.

Sob a argumentação de que o fato de ter sido aprovada no ENEM revelou ser possuidora de capacidade intelectual para ingressar na universidade, impetrou ação mandamental, sendo deferido o pedido de liminar, assegurando à impetrante o direito de receber a certificação de conclusão do Ensino Médio.

É cediço que a teoria do fato consumado se aplica quando a alteração da prestação jurisdicional liminarmente concedida pode vir a se traduzir em um mal maior do aquele que teria sofrido o jurisdicionado se não tivesse sido deferida, não quando apenas se traduz em risco de reversibilidade, a que se submete normalmente àquele que busca o provimento liminar.

Ressalvado o meu atual posicionamento acerca da matéria em debate, totalmente contrária à tese defendida no presente *mandamus,* a questão é que, por força da liminar concedida, a impetrante já está estudando no curso superior e, o tempo já transcorrido na etapa do nível médio que foi suprido com a certificação não pode mais ser recuperado.

Consequentemente, não pode a jurisdicionada sofrer com a decisão colocadas à apreciação do Poder Judiciário, em se tratando de uma situação fática consolidada pelo lapso temporal, face à morosidade dos trâmites processuais.

Em se negando a segurança neste momento, estar-se-ia cerceando os conhecimentos até então obtidos pela impetrante, com perda de considerável tempo de sua vida, no período de freqüência do curso superior, alijando a expectativa de alguém que nele ingressou sob a proteção do Poder Judiciário.

Pior, estaria prejudicada no prosseguimento do regular ensino médio, pois, no ano letivo iniciado, por certo já se realizaram avaliações que não serão mais alcançadas com eventual frequência tardia. Ademais, resta evidente que manter a decisão liminar não implicará em qualquer prejuízo a terceiros, o que é de bom alvitre.

Cabe ao juiz analisar e julgar a lide conforme os acontecimentos passados e futuros. Não deve o magistrado ficar adstrito aos fatos técnicos constantes dos autos, e sim aos fatos sociais que possam advir de sua decisão.

Esse tem sido o posicionamento adotado pela Jurisprudência, *verbis*:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FATO CONSUMADO. Somente em casos excepcionais, notoriamente irreversíveis, é possível a adoção da teoria do fato consumado, desde que não haja contra o ato alegação de prejuízo pelas partes ou terceiros interessados. Trata-se da pacificação natural das relações sociais. (TRF 4ª R.; REO-MS 2007.72.00.001391-3; SC; Quarta Turma; Rel. Juiz Fed. Márcio Antônio Rocha; Julg. 26/09/2007; DEJF 08/10/2007; Pág. 301)

Também o Superior Tribunal de Justiça abaliza esse entendimento, *verbis*:

> [...]
>
> 8. Situação fática consolidada. Precedentes desta Casa Julgadora.
>
> 9. Agravo regimental não provido. (STJ, AGRESP 437381/MA, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado, j. 17/9/2002, DJ 21/10/2002, p. 300);

> ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL ESTUDANTE DE DIREITO EM ESTABELECIMENTO PRIVADO. REMOÇÃO DE CRICIÚMA/SC PARA SANTA MARIA/RS. PRETENSÃO DE MATRÍCULA EM UNIVERSIDADE FEDERAL INDEFERIDA ADMINISTRATIVAMENTE, MAS ASSEGURADA EM LIMINAR E SENTENÇA DE MANDADO DE SEGURANÇA, DECISÃO ESSA REFORMADA EM GRAU DE RECURSO. CONCLUSÃO DO CURSO ANTES DO EXAME DO APELO ESPECIAL. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. PRECEDENTES.
>
> 1. Tendo o estudante universitário, servidor federal removido a pedido de um Estado para outro, a quem se assegurara o direito de matrícula em sentença de mandado de segurança que veio a ser reformada, concluído o curso antes do julgamento do recurso especial por ele interposto, está delineado o campo de incidência da teoria do fato consumado, não se mostrando necessário o exame do mérito da irresignação.
>
> 2. Recurso especial provido. (STJ, RESP 90795/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Paulo Gallotti, j. 01/6/2000, DJ 18/9/2000 P. 300).

Posto isso, em parte com o parecer, concedo a segurança almejada a fim de ratificar a liminar concedida, e, conseqüentemente, legitimar a certificação de conclusão do ensino médio conferida à impetrante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA. AUSENTE O 4º VOGAL.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins, Ruy Celso Barbosa Florence e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 2 de abril de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.006869-0 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – MANDADO DE CITAÇÃO RECEBIDO POR FUNCIONÁRIO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – TEORIA DA APARÊNCIA – DESNECESSIDADE DE PODER DE REPRESENTAÇÃO – CITAÇÃO VÁLIDADE – EMBARGOS INTERPOSTOS APÓS O PRAZO LEGAL – INTEMPESTIVIDADE – RECURSO DOS EMBARGADOS PROVIDO – APELO DA SEGURADORA PREJUDICADO.

Deve ser considerada válida a citação quando esta for recebida por funcionário da pessoa jurídica que não faz ressalva quanto à inexistência de poderes para representação em juízo, haja vista a teoria da aparência.

Se os embargos à execução forem opostos após o prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738 do CPC), devem ser considerados extemporâneos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso de Frederico Nantes D'Avila e outros e julgar prejudicado o recurso de Itaú Seguros S/A, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de abril de 2012.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Itaú Seguros S/A recorre da sentença prolatada pelo Juízo da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução opostos em desfavor de Alexandre Vieira D'Avila, Frederico Nantes D'Avila, Gisele Nantes D'Avila, Lorna Nantes D'Avila, Ricardo Nantes D'Avila e Ana Paula D'Avila Ocampo Titicombe, sustentando, em síntese, que a causa morte do segurado (engasgamento com pedaço de frango), não se enquadra nas hipóteses de acidente pessoal e, consequentemente, não está acobertado pelo seguro, portanto, é incabível a indenização securitária.

Por sua vez, Frederico Nantes D'Avila, Gisele Nantes D'Avila, Lorna Nantes D'Avila, Ricardo Nantes D'Avila e Ana Paula D'Avila Ocampo Titicombe também apelam, asseverando, em suma, pela validade da citação, vez que o mandado foi recebido por funcionário da instituição financeira sem qualquer ressalva acerca dos poderes de representação, devendo, assim, ser adotada a teoria da aparência. Em sendo considerado válida a citação realizada na data de 13 de outubro de 2010, deve ser reconhecida a

intempestividade dos presentes embargos. Caso contrário, aduzem pela incidência dos juros de mora a partir da citação e pela majoração das verbas honorárias.

Nas contrarrazões (f. 466-475, 477-486 e 488-500), Frederico Nantes D'Avila, Gisele Nantes D'Avila, Lorna Nantes D'Avila, Ricardo Nantes D'Avila e Ana Paula D'Avila Ocampo Titicombe, arguiram, em preliminar, pelo não conhecimento do recurso da seguradora, por violação ao princípio da dialeticidade, uma vez que as razões não acatam a sentença. No mérito, todos os apelados pugnam pelo improvimento do recurso da parte contrária.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de embargos à execução promovido por Itaú Seguros S/A em desfavor de Alexandre Vieira D'Avila, Frederico Nantes D'Avila, Gisele Nantes D'Avila, Lorna Nantes D'Avila, Ricardo Nantes D'Avila e Ana Paula D'Avila Ocampo Titicombe, pretendendo que seja reconhecida a nulidade da citação da ação de execução. Alega, também, que a causa da morte do segurado não se enquadra na cobertura securitária de morte por acidente. Afirmou, ainda, que houve excesso na execução no valor de R$ 152.705,10 (cento e cinquenta e dois mil, setecentos e cinco reais e dez centavos).

O magistrado de instância singela julgou parcialmente procedentes os embargos, reconhecendo a nulidade da citação e, via de consequencia, considerou tempestivos a presente demanda. Além disso, determinou a exclusão da parcela relativa aos juros de mora no cálculo que instruiu a ação executória. Considerando a sucumbência recíproca, condenou ambas as partes a arcarem, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma, com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Dessa decisão todos recorrem, menos o embargado Alexandre Vieira D'Avila.

Itaú Seguros S/A sustenta, em resumo, que a causa morte do segurado (engasgamento com pedaço de frango), não se enquadra nas hipóteses de acidente pessoal e, consequentemente, não está acobertado pelo seguro, portanto, é incabível a indenização securitária.

Já os embargados Frederico Nantes D'Avila, Gisele Nantes D'Avila, Lorna Nantes D'Avila, Ricardo Nantes D'Avila e Ana Paula D'Avila Ocampo Titicombe asseveram, em suma, pela validade da citação, vez que o mandado foi recebido por funcionário da instituição financeira sem qualquer ressalva acerca dos poderes de representação, devendo, assim, ser adotada a teoria da aparência. Em sendo considerado válida a citação realizada na data de 13 de outubro de 2010, deve ser reconhecida a intempestividade dos presentes embargos. Caso contrário, aduzem pela incidência dos juros de mora a partir da citação e pela majoração das verbas honorárias.

Primeiramente, passo a apreciar a prejudicial suscitada pelos embargados no tocante a validade da citação na ação de execução.

Extrai-se dos autos que a ação executória foi movida contra Unibanco Seguros S/A, com endereço na Av. Afonso Penal, nº 2.237, Centro, nesta Capital, sendo citada a pessoa de José de Castro Souza, funcionário da instituição financeira.

Denota-se, ainda, que, o embargante, na condição de incorporador do Unibanco Seguros S/A, alegou que a citação se deu junto ao Banco Itaú S/A, pessoa jurídica distinta. Além disso, afirmou que José de Castro não possui poderes para representá-lo.

O sentenciante afastou a primeira alegação sob a fundamentação de que é válida a citação feita em representante de agência bancária pertencente ao mesmo grupo econômico. No entanto, acolheu a segunda afirmação, no sentido de considerar irregular a citação em razão de ter sido recebida por pessoa sem poderes de representação e, por conseguinte, admitiu como tempestivos os embargos opostos.

Feita essas considerações, perceber-se claramente que a matéria devolvida a este Sodalício, pelos embargados, neste momento, cinge-se em saber se, no caso em tela, é válida ou não a citação realizada na ação de execução.

Analisando os autos, verifica-se que o executado, ora embargante, trata-se de pessoa jurídica, sendo que a citação foi procedida por oficial de justiça, tendo sido recebida por um funcionário seu, denominado José de Castro Souza, o qual não impôs nenhuma ressalva ao ato.

Nestes casos, o entendimento majoritário de nossa jurisprudência é no sentido de que basta que o mandado de citação seja recebido por um funcionário seu, com evidência de representação e que não oponha nenhum embaraço ao ato, para que se considere perfeita e acabada a citação.

Ademais, vale ressaltar que não é necessário que o mandado seja recebido por pessoa com poderes especiais para receber citações.

Neste sentido, trago a colação os seguintes julgados do nosso Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PESSOA JURÍDICA - CITAÇÃO REALIZADA NA PESSOA DE FUNCIONÁRIA DA EMPRESA - TEORIA DA APARÊNCIA - VALIDADE - EIVA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO NO JULGADO - NÃO-OCORRÊNCIA.
>
> I - Com base na teoria da aparência, é válida a citação realizada na pessoa que se identifica como funcionário da empresa, sem ressalvas, não sendo necessário que receba a citação o seu representante legal autorizado. [...] (STJ, AgRg no Ag 1056214/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 12/12/2008).
>
> AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO MONITÓRIA -PESSOA JURÍDICA - CITAÇÃO - TEORIA DA APARÊNCIA -POSSIBILIDADE - PRECEDENTES – RECURSO IMPROVIDO.
>
> 1. Este Superior Tribunal de Justiça admite que a citação da pessoa jurídica se realize validamente na pessoa daquele que, mesmo sem ter poderes de representação, se apresente como tal, mormente se não há a imediata oposição. Precedentes.
>
> 2. Recurso improvido. (AgRg no Ag 989921/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, DJe 05/09/2008).

Desse modo, tendo sido o mandato de citação recebido na instituição bancária por funcionário que, por força da teoria da aparência, aparentava ter poderes para recebê-la, considera-se que o ato foi regularmente praticado, razão pela qual, tenho que o mencionado ato processual é perfeitamente válido.

Por outro lado, observa-se que o art. 738 do Código de Processo Civil dispõe que: *"Os embargos serão oferecidos no prazo de quinze (15) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação"*.

No entanto, nota-se do presente feito (f. 259), que o mandado de citação do executado, ora embargante, fora juntado no dia 22/10/2010, sendo que os embargos à execução somente foram oferecidos em 04/02/2011, sendo inquestionável sua extemporaneidade.

Nesse diapasão:

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – ARTIGO 738 DO CPC – PRAZO PRECLUSIVO – INTEMPESTIVIDADE – RECURSO IMPROVIDO.
>
> O artigo 738 do Código de Processo Civil estabelece o prazo de 15 dias para apresentação dos embargos à execução, contados a partir da juntada, aos autos, do mandado de citação.
>
> Em conformidade com o disposto no artigo 739, inciso I, do Código de Processo Civil, o juiz rejeitará liminarmente os embargos, quando intempestivo. (TJMS - Apelação Cível - Execução - N. 2008.012801-0/0000-00 - Ponta Porã, Relator - Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Terceira Turma Cível, 25.5.2009).

Assim sendo, julgo intempestivos os presentes embargos à execução.

Por conseguinte, restam prejudicadas as demais alegações dos embargados, bem como o recurso de apelação interposto pelo embargante.

Pelo exposto, conheço do recurso interposto pelos embargados e dou-lhe provimento, para o fim de rejeitar os embargos à execução, em razão de sua intempestividade. Por outro lado, julgo prejudicado o recurso manejado por Itaú Seguros S/A. Outrossim, condeno o embargante a arcar integralmente com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no mesmo valor da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE FREDERICO NANTES D'AVILA E OUTROS E JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO DE ITAÚ SEGUROS S/A, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

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, 24 de abril de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.007188-6 - Maracaju
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA – PRESCRIÇÃO SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES – ACOLHIMENTO.

O prazo de prescrição da ação de execução suportada em título de crédito rural é de 3 (três) anos, a contar da data do seu vencimento, consoante o disposto no artigo 70 do Decreto n. 57.663, de 24.1.1966, que é aplicável em razão do que prevê o artigo 60 do Decreto-lei n. 167, de 14.2.1967.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, acolher a preliminar de prescrição, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de abril de 2012.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Banco do Brasil S.A interpõe apelação cível contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Maracaju, que julgou procedente o pedido formulado nos autos dos embargos à execução que lhe move Luiz Benites Rondão.

Alega, em síntese, que a vedação constante do §3º, do art.60, do Decreto-lei 167/67, não se aplica às Cédulas Rurais que podem contar com garantia real e pessoal prestada por terceiros.

Em contrarrazões, o apelado suscita, como questão prejudicial, a ocorrência da prescrição. No mérito, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de recurso de apelação manejado pelo Banco do Brasil S.A contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Maracaju, que julgou procedente o pedido formulado nos autos dos embargos à execução que lhe move Luiz Benites Rondão.

Alega, em síntese, que a vedação constante do §3º, do art.60, do Decreto-lei 167/67, não se aplica às Cédulas Rurais que podem contar com garantia real e pessoal prestada por terceiros.

Em contrarrazões, o apelado suscita, como questão prejudicial, a ocorrência da prescrição. No mérito, pugna pelo improvimento do recurso.

Prescrição

Inicialmente analiso a questão da prescrição levantada em contrarrazões pelo apelado, já que é matéria de ordem pública e pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Alega o recorrido, em suma, que a Cédula Rural Pignoratícia foi emitida em 06/08/2004, com vencimento final em 15/07/2005. Assim, entende que o título está prescrito, tendo em vista que a ação executiva somente foi ajuizada 10/01/2011.

Ao afastar a prejudicial, o magistrado entendeu que diante da prorrogação da dívida, não há falar em prescrição (fls.73).

Como cediço, o prazo de prescrição da ação de execução suportada em título de crédito rural é de 3 (três) anos, a contar da data do seu vencimento, consoante o disposto no artigo 70 do Decreto n. 57.663, de 24.1.1966, que é aplicável em razão do que prevê o artigo 60 do Decreto-lei n. 167, de 14.2.1967:

> Art. 60. Aplicam-se à cédula de crédito rural, à nota promissória rural e à duplicata rural, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial, inclusive quanto a aval, dispensado porém o protesto para assegurar o direito de regresso contra endossantes e seus avalistas.
>
> Art. 70. Todas as ações contra o aceitante relativas a letras prescrevem em 3 (três) anos a contar do seu vencimento.
>
> [...].

A jurisprudência a respeito:

> PROCESSO. EXTINÇÃO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE QUANTIA CERTA POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL PIGNORATÍCIA. EXECUTADOS CITADOS E PENHORA CONCRETIZADA. LEILÕES NEGATIVOS E DEPÓSITO PARCIAL FEITO POR UM DOS EXECUTADOS, LEVANTADO PELO EXEQÜENTE. PROCESSO ARQUIVADO POR MAIS DE 5 ANOS, ATÉ SER MOVIMENTADO PELO EXEQÜENTE PRESCRIÇÃO CONSUMADA. Prazo trienal do art. 70 da Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, aplicável às cédulas de crédito rural por força do art. 60 do Dec. -Lei n. 167/67. Recurso do exeqüente desprovido. (TJSP; APL 9134238-56.2007.8.26.0000; Ac. 5541762; Jaboticabal; Décima Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Cerqueira Leite; Julg. 09/11/2011; DJESP 24/11/2011)
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA SOMENTE APÓS O INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL. A execução de cédula de crédito rural prescreve em 03 anos, a partir da data de vencimento desta, não havendo que se falar em interrupção antes do início do prazo prescricional. Segundo precedentes do STJ, "mesmo que com vencimento antecipado do título, permanece inalterado o marco inicial para a prescrição, que é a data constante originalmente na cártula". APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJGO; AC 320095-20.2000.8.09.0044; Formosa; Rel. Des. Camargo Neto; DJGO 12/12/2011; Pág. 466)

No caso em tela, ao ajuizar ação executiva em face do embargante e de Adão Alves da Silva (autos em apenso), a instituição financeira, ora exequente, colacionou ao feito o documento de fls.33-37 (Cédula Rural Pignoratícia), sem qualquer referência à uma suposta prorrogação da dívida.

Causa estranheza que somente em sede de contestação aos embargos, vem o Banco do Brasil S.A e apresenta o documento de fls.53, que se trata de um carimbo de prorrogação de dívida, sem qualquer assinatura dos executados.

Ora, chama atenção o fato de o referido documento não trazer qualquer elemento plausível de que a prorrogação da dívida tenha alguma relação com a Cédula Rural, ora executada. Ademais, documento produzido unilateralmente, não tem qualquer valor probatório, devendo, a meu ver, ser desconsiderado.

Desta feita, considerando que a Cédula Rural Pignoratícia foi emitida em 06/08/2004, com vencimento final em 15/07/2005, a ocorrência da prescrição é manifesta, vez que a ação executiva somente fora ajuizada em 10/01/2011.

Sendo assim, por outros fundamentos, os embargos devem ser julgados procedentes.

Diante do exposto, acolho a prejudicial suscitada em contrarrazões, para reconhecer a ocorrência da prescrição do direito de ação executiva e, por conseguinte, extinguir o processo originário com base no art. 269, IV, do CPC, restando prejudicado o recurso do banco. Mantenho a condenação do banco nas custas processuais e verba honorária, nos termos da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, ACOLHERAM A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

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, 3 de abril de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.005709-9 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C TUTELA ANTECIPADA – FORNECIMENTO DE TRANSPORTE DIFERENCIADO – AMBULÂNCIA – MEDIDA IMPRESCINDÍVEL AO TRATAMENTO DE SAÚDE DO ENFERMO – DEVER DO ESTADO CONSAGRADO NO ARTIGO 196, DA CF – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O Estado, por determinação constitucional, tem o dever de fornecer medicamentos e os meios garantidores da saúde dos administrados necessitados, razão pela qual é possível que seja compelido a fornecer transporte especial (ambulância) aos portadores de doença que não conseguem deambular normalmente.

Recursos improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento a ambos os recursos.

Campo Grande, 3 de abril de 2012.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Município de Campo Grande e Estado de Mato Grosso do Sul interpõem recursos de apelações cíveis contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da Sexta Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos que, nos autos de Ação de Obrigação de Fazer com pedido de Tutela Antecipada, julgou procedente o pedido inicial, tornando definitiva a tutela antecipada concedida, para que os requeridos disponibilizem à autora o transporte em ambulância para ida e volta ao Hospital local onde estão sendo realizadas as sessões de quimioterapia, enquanto perdurar o tratamento.

Em suas razões recursais, o Município de Campo Grande aduz que, muito embora a sentença monocrática tenha se pautado nos preceitos constitucional do direito à vida e da obrigação do Estado em garantir a saúde ao cidadão outros princípios constitucionais são relevantes para a causa em julgamento.

Para tanto, sustenta que o Sistema Único de Saúde esta preconizado pelos Princípios da Equidade e da Seletividade, de modo que todos os cidadãos dever ter igual acesso à saúde, de modo que disponibilizar uma ambulância para o atendimento exclusivo de uma paciente, que não se encontra no estado de emergência,

ocasionará prejuízo aos demais cidadãos que, em estado de urgência, dependem do atendimento realizado através de uma ambulância.

Ainda, sustenta que o pedido inicial encontra-se limitado pela responsabilidade constitucional, pelo orçamentos previamente fixados, pela necessidade, também constitucional, de garantir outros direitos aos cidadão, tais como: segurança, trânsito, educação.

Por fim, pede que seu recurso seja conhecido e provido nos termos acima delineados.

Por sua vez, o Estado de Mato Grosso do Sul alega que a ambulância somente deve ser utilizado por paciente que ateste que o estado é de urgência ou de emergência. Entretanto, no presente caso, não há como exigir do Estado o transporte da requerente, eis que não há perigo de dano irreparável apto a ensejar a pretensão do autor, até porque a requerida pode utilizar o transporte público (ônibus) ou taxi.

Além disso, alega que é dever da paciente ou de sua família realizar o seu transporte até o hospital para que receba o tratamento adequado.

Por fim, pede que seu recurso seja conhecido e provido nos termos delineados.

Contrarrazões (f. 193/195).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo Município de Campo Grande e Estado de Mato Grosso do Sul visando reformar a sentença que julgou procedente o pedido inicial.

Considerando-se a matéria devolvida a esta E. Corte, analiso ambos os recursos conjuntamente.

Nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, a "saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", sendo certo, portanto, que o fornecimento de todos os meios necessários para proteção e manutenção do direito à vida e à saúde trata-se de um dever de todos os entes da federação, incluindo os Municípios.

Vale ecoar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece o dever do Estado, *lato sensu* considerado, ou seja, modo indistinto por todos os seus entes federados – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, de assegurar o direito à saúde, na forma dos artigos 23, II e 196, ambos da Constituição Federal.

No caso em tela, resta incontroversa a doença que acomete a apelada (Adenocarcinoma com múltiplas fraturas patológicas devido a metástases ósseas), bem como a necessidade de realização dos tratamentos de quimioterapia a cada 30 dia. A questão posta em julgamento cinge-se em saber se o Estado tem a obrigação ou não de fornecer gratuitamente o transporte à paciente, conduzindo-a, ida e volta, de sua residência até o hospital aonde irá se submeter às sessões de quimioterapia, com a ambulância adequada ao transporte.

Evidentemente que o Estado tem o dever de fornecer gratuitamente o transporte à paciente, eis que é sua obrigação o fornecimento de todos os meios necessários para proteção e manutenção do direito à vida e à saúde.

Restou comprovado nos autos que a paciente não tem condições de custear o transporte adequado à realização das sessões de quimioterapia (f. 21), como também necessita do transporte especial realizado através de uma ambulância adequada porque se encontra acamada e é obesa. Nota-se que doença a qual está submetida a paciente - adenocarcinoma metástico (câncer originário do tecido glandular) teve como conseqüências múltiplas fraturas patológicas devido a metástases ósseas, sendo que o médico Leonardo Nunes Matos atestou que a paciente precisa de transporte devido ao fato de estar acamada definitivamente e também por ser paciente obesa (f. 17).

Assim, se a paciente está acamada definitivamente evidentemente que não tem sequer condições física para utilizar o transporte público (ônibus) ou um táxi, como sustenta o apelante Estado de Mato Grosso do Sul.

Ademais, ainda que seja obrigação da família ou da própria paciente em custear o seu transporte para realizar as sessões de quimioterapia, se a família ou a paciente não têm condições financeiras de pagar pelo transporte, é obrigação do Estado em realizá-lo.

Ainda, sabendo-se que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, a prevalência de um sobre o outro deve ser analisada caso a caso. Na hipótese posta nos autos, muito embora o Município de Campo Grande alegue a pretensão inicial encontra-se limitada pela responsabilidade constitucional, pelo orçamentos previamente fixados, pela necessidade, também constitucional, de garantir outros direitos aos cidadão, tais como: segurança, trânsito, educação, entendo que o direito à vida e à dignidade da pessoa humana devem ser prestigiados e, desta forma, mantida a obrigação do Estado em prestar o devido transporte à paciente, conduzindo-a, ida e volta, de sua residência até o hospital aonde irá se submeter às sessões de quimioterapia, com a ambulância adequada.

Sobressai, ainda, a necessidade de esclarecer que, independentemente de ser estado emergencial ou não, o fato de o Estado já ter disponibilizado o fornecimento da ambulância, ainda que de forma precária, já que os documentos contidos nos autos demonstram que o veículo não era o adequado, pois causava machucados na paciente (f. 20-27), traduz reconhecimento administrativo quanto à necessidade de transporte especial, sendo dever do Estado em fornecê-lo de forma adequada e gratuitamente.

Neste sentido, colaciono os seguintes julgados:

> EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA – IDOSO PORTADOR DE DOENÇA RENAL CRÔNICA – FORNECIMENTO DE AMBULÂNCIA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE – MEDIDA IMPRESCINDÍVEL – DEVER DO ESTADO CONSAGRADO NO ARTIGO 196, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> O Estado, em sua acepção ampla, tem o dever de fornecer meios garantidores da saúde do cidadão, razão pela qual é possível que seja compelido a fornecer transporte especial diferenciado (ambulância) aos portadores de doença que não possuem condições de utilizar-se do transporte regular. Precedentes. (Agravo Regimental em Agravo - N. 2011.007559-9/0001-00 - Campo Grande. Relator Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Quinta Câmara Cível – J. 14.4.2011).
>
> 'E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – FORNECIMENTO DE AMBULÂNCIA – MEDIDA IMPRESCINDÍVEL AO TRATAMENTO DE SAÚDE DO ENFERMO – DEVER DO ESTADO CONSAGRADO NO ARTIGO 196, DA CF – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

> O Estado, por determinação constitucional, tem o dever de fornecer medicamentos e os meios garantidores da saúde dos administrados necessitados, razão pela qual é possível que seja compelido a fornecer transporte especial (ambulância) aos portadores de doença que não conseguem deambular normalmente.' (TJMS. Agravo Regimental em Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.033881-4/0001-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgamento: 30/11/2010 Órgão Julgador: 3ª Turma Cível. Julgamento: 30/11/2010. Órgão Julgador: 3ª Turma Cível).
>
> 'E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – TRANSPORTE ESPECIAL EM AMBULÂNCIA PARA TRATAMENTO DE HEMODIÁLISE – IDOSO PORTADOR DE INSUFICIÊNCIA RENAL CRÔNICA – DEBILIDADE – DIREITO À TRATAMENTO DIGNO DE SAÚDE CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO – ATENÇÃO ESPECIAL AOS IDOSOS – PRESENÇA DOS REQUISITOS INERENTES À TUTELA ESPECÍFICA DEFERIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> II - O Estado, por determinação constitucional, tem o dever de fornecer meios garantidores da saúde dos administrados necessitados, razão pela qual é possível que seja compelido a fornecer transporte especial (ambulância) aos portadores de doença que não possuem condições de utilizar-se do transporte regular.' (TJMS. Agravo - N. 2010.035688-1/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. Julgamento: 22/02/2011. Órgão Julgador: 3ª Turma Cível).

Diante dessas razões, **conheço dos recursos interpostos** pelo Município de Campo Grande e pelo Estado de Mato Grosso do Sul **e nego-lhes provimento**, mantendo inalterada a sentença ora guerreada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

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, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 3 de abril de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.006774-6 - Dourados
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – RECURSO DO EMBARGADO – EMBARGOS DE TERCEIRO – IMÓVEIS PENHORADOS – AQUISIÇÃO MEDIANTE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – REGISTRADO NA MATRICULA DOS BENS – PROVA DA POSSE – LIBERAÇÃO DOS BENS DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL – FRAUDE À EXECUÇÃO – AFASTADA – CITAÇÃO DO CREDOR HIPOTECÁRIO – DESNECESSÁRIA – DIREITOS SOBRE O BEM OFERENCIDO EM GARANTIA – DISCUSSÃO NA EXECUÇÃO PROPOSTA CREDOR HIPOTECÁRIO EM FACE DO EXECUTADO – RECURSO IMPROVIDO.

Demonstrado nos autos que os embargantes adquiriram os imóveis penhorados mediante compromissos de compra e venda, celebrados com o executado, com registro nas respectivas matriculas imobiliárias, impõe-se que os embargos de terceiro sejam julgados procedentes para o fim de desconstituir a constrição judicial havido nos autos da execução.

Ocorrendo a alienação dos bens em momento anterior ao ajuizamento da ação de execução, não há que se falar em fraude à execução, especialmente se o executado não se encontra insolvente, possuindo o mesmo outro bem que possa satisfazer o crédito.

Não é necessária a citação do credor hipotecário, quando este já propôs ação de execução para entrega por coisa incerta em face do executado, cabendo nesta a discussão acerca dos direitos aquele credor possui sobre o bem oferecido em garantia, fato que, igualmente, obsta a constrição judicial.

RECURSO DO EMBARGANTE – EMBARGOS DE TERCEIRO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR MANTIDO – FIXAÇÃO EQUITATIVA – RECURSO IMPROVIDO.

Mantêm-se os honorários advocatícios fixados na sentença quando forem arbitrados consoante apreciação equitativa do magistrado, e desde que atendidas as regras das alíneas a, b e c, do § 3º, do art. 20, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento a ambos os recursos.

Campo Grande, 10 de abril de 2012.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Valdecir Nunes Costa interpõe recurso de apelação cível inconformado com a r. sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que nos autos dos embargos de terceiros que lhes foram opostos por Lúcia Flora Coccapieller Ferreira Curado e José Hermílio Curado, julgou procedentes os referidos embargos para tornar definitiva a liminar de f. 74/75, liberando-se os imóveis matriculados sob o n. 792, 1.890, 2.658 e 1.242, todos do Cartório de Registro de Imóveis de Porto Murtinho-MS, das constrições realizadas no Juízo deprecado (Carta Precatória n. 040.10.00038-0) nos autos de execução n. 002.09.101644-6 (atual n. 0101644-58.2009), condenando, por conseguinte, o embargado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 4.000,00 (Quatro mil reais), cujo valor deverá ser corrigido desde a propositura da ação.

Afirma que está legitimado a opor embargos de terceiro todo aquele que, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens, por ato de apreensão judicial, arrecadação, arrolamento, inventário e partilha, conforme artigo 1.046, do Código de Processo Civil.

Entende que os embargantes deveriam instruir a inicial com os documentos comprobatórios da posse e da qualidade de terceiro para obter a medida liminar.

Insiste que a prova do domínio ou posse constituem pressupostos específicos de admissibilidade dos embargos de terceiro senhor e possuidor e, portanto, ônus processual a cargos dos embargantes.

Salienta que os embargantes em nenhum momento fizeram qualquer prova de que tenham pagado integralmente o preço dos imóveis constritados ao promitente/vendedor e, inobstante seja cediço que o registro do compromisso de compra e venda gera direito a posse e domínio, o certo também é que a posse e o domínio somente são transferidos se quitado o preço.

Pondera que resta comprovada a fraude à execução, porquanto, *in casu,* a insolvência está comprovada diante da inexistência de outros bens passíveis de serem constritados ou insuficientes na garantia *in totum* da quantia devida.

Discorda do argumento do juiz singular no sentido de que ele, como embargado, não possui legitimidade para argüir falta de citação do executado e nem do credor hipotecário, aduzindo que o imóvel objeto da matricula n. 1.890 possui hipoteca em primeiro grau em favor de Claudemir Toledo, sendo o bem dado em garantia ao arrendamento de gado pelo promitente vendedor Luiz Costa Machado.

Acrescenta que, se o promitente vendedor ainda possui gado arrendado dentro da área mencionada, é certo que não transferiram a posse do imóvel, não havendo que se falar que o gado foi entregue, porquanto, conforme f. 98/99, existe ação de execução para entrega de coisa incerta ajuizada por Claudemir Tolado em face de Luis Costa Machado.

Argumenta que, ante isso, os embargantes são partes ilegítimas para opor os embargos de terceiro ou, na pior das hipóteses, os credor hipotecário deveria ser citado para integrar a lide, já que eventual decisão o atingirá.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso para reformar a r. sentença a fim de reconhecer a improcedência dos referidos embargos de terceiro no intuito de manter a constrição dos bens objeto das matrículas n. 792,1.890 e 2.658 e 1.242, do Registro Geral de Imóveis de Porto Murtinho-MS, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Por sua vez, Lúcia Flora Coccapieller Ferreira Curado, José Hermílio Curado ofertaram contrarrazões às f. 158/167 e, concomitantemente, interpuseram recurso adesivo, argumentado que o valor fixado à titulo de honorários advocatícios não reflete a remuneração adequada ao trabalho desenvolvido pelo causídico, não sendo sopesado o disposto nas alíneas "a", "b" e "c", §3°, artigo 20, do Código de Processo Civil, especialmente considerando o valor executado (R$ 228.721,88).

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença a fim de majorar a verba honorária para o valor que corresponda, no mínimo, R$ 22.871,18 (Vinte e dois mil, oitocentos e setenta e um reais e dezoito centavos).

As contrarrazões ao recurso adesivo foram ofertadas às f. 171/175, nas quais o apelado pugna pelo seu improvimento.

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Tratam-se de recurso de apelação cível e recurso adesivo interpostos, respectivamente, por Valdecir Nunes Costa, Lúcia Flora Coccapieller Ferreira Curado e José Hermílio Curado contra a r. sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados que, nos autos dos embargos de terceiro opostos pelos dois últimos recorrentes em face do primeiro, julgou procedentes estes embargos para tornar definitiva a liminar de f. 74/75, liberando-se os imóveis matriculados sob o n. 792, 1.890, 2.658 e 1.242, todos do Cartório de Registro de Imóveis de Porto Murtinho-MS, das constrições realizadas no Juízo deprecado (Carta Precatória n. 040.10.00038-0) nos autos de execução n. 002.09.101644-6 (atual n. 0101644-58.2009), condenando, por conseguinte, o embargado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 4.000,00 (Quatro mil reais), cujo valor deverá ser corrigido desde a propositura da ação.

Por primeiro, aprecio a apelação cível interposta por Valdecir Nunes Costa.

Perscrutando os autos, tenho que não procede a súplica recursal, devendo ser mantida a r. sentença.

Pois bem, infere-se dos embargos de terceiros (f. 02/05) que os embargantes, ora apelados, aduzem que celebraram com o executado, Luis Costa Machado, contratos particulares de compromisso de venda e compra dos imóveis descritos Matrículas n. 792, n. 1.890, n. 2.658 e n. 1.242, todas do Cartório de Registro de Imóveis de Porto Murtinho-MS, razão pela qual não devem subsistir as penhoras levadas a efeito nos autos da Carta Precatória n. 040.10.000038-0, as quais devem ser levantadas, ficando tais bens excluídos da expropriação na execução n. 002.09.101644-6 (Atual n. 0101644-58.2009).

Com efeito, prescreve o artigo 1.046, *caput* e §1°, do Código de Processo Civil:

> Art. 1.046. 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, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requer lhes sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.
>
> §1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.

Como se vê do texto legal acima colacionado, os embargos de terceiro visam proteger tanto a propriedade como a posse daquele cujos bens forem objeto de penhora, de modo que os apelados podem alegar uma ou outra ou ambas as circunstâncias.

No caso em específico, infere-se dos autos (f. 62) que, ao tempo em que os imóveis em questão foram constritados judicialmente (04.02.2010), estes já pertenciam aos apelados em razão dos mencionados contratos particulares de compromisso de compra e venda, os quais datam de 10.01.2007 e cujos registros à margem das matrículas desses bens deram-se em 20.02.2009, consoante se vê às f. 37-v°, 42-v° e 45-v° destes autos.

Ora, consoante artigo 1.417, do *Códex* em lume, mediante "*promessa de compra e venda, em que não se pactuou arrependimento, celebrado por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel*".

Evidente que, com o registro dos referidos contratos, houve a transferência da posse dos referidos imóveis em favor dos apelados, adquirindo os mesmos, promitentes compradores, direito real à aquisição dos bens.

Ressalta-se que, no caso, comprovada a posse dos imóveis, objeto das matriculas já referidas, por si só, possibilita a oposição de embargos de terceiros, sendo desnecessária a demonstração da quitação integral do preço pactuado nos contratos particulares de compra e venda, visto que não se discute a propriedade desses bens nos embargos de terceiro opostos pelos recorridos.

A propósito, vejam-se os seguintes arestos deste Sodalício:

> [...]
>
> TRANSMISSÃO DE PROPRIEDADE – CONTRATO PARTICULAR REGISTRADO NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS – ATO COM PROPÓSITO DE DAR CONHECIMENTO A TERCEIROS – TRANSMISSÃO POSTERIOR A TERCEIRO, ANTERIOR AO INGRESSO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO – BOA-FÉ CARACTERIZADA – POSSE ASSEGURADA – PENHORA E ADJUDICAÇÃO NULAS – PEDIDO CUMULADO NOS EMBARGOS DE TERCEIRO – POSSIBILIDADE – COMPATIBILIDADE – PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL – AÇÃO ANULATÓRIA – DESNECESSIDADE – IMPOSIÇÃO DE FORMALISMO EXACERBADO.
>
> As transmissões de posse através de instrumentos particulares, inclusive com registro no cartório de títulos e documentos da primitiva, anterior, e em muito, à formação do título em execução, evidencia a boa-fé e deve ser resguardada de atos expropriatórios, anulando-se estes por força do reconhecimento da posse legítima nos embargos de terceiro, dada a compatibilidade dos pedidos e o liame existente entre eles. (Apelação Cível n. 2011.033295-6/0000-00. Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Julgado em 08.03.2012. Publicado em 15.03.2012)
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – INDEFERIMENTO DA INICIAL – LEGITIMIDADE – ALEGAÇÃO DE PROPRIEDADE E POSSE - RECURSO PROVIDO.
>
> Tanto proprietário quanto o mero possuidor que forem atingidos em seu patrimônio por ato de constrição judicial decorrente de relação processual da qual não façam parte podem opor embargos de terceiro, a fim de defender sua posse ou propriedade sobre o bem. (Apelação Cível n. 2012.003902-2/0000-00. Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Julizar Barbosa Trindade. Julgado em 06.03.2012. Publicado em 13.03.2012)

Quanto à alegada fraude à execução, os elementos existentes nos autos não nos indicam a sua ocorrência.

Como sabido, a fraude à execução, instituto de direito processual, dá-se, a teor do artigo 593, do Código de Processo Civil, quando, na pendência do processo, devedor aliena ou onera seus bens, frustrando a cobrança ou a execução e impedindo a satisfação do credor mediante a expropriação.

Isso é o que se dessume do artigo 593, do Código de Processo Civil:

> Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:
>
> I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;
>
> II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzir à insolvência;
>
> III – nos demais casos expressos em lei.

Comentando o mencionado dispositivo legal, adverte Carlos Alberto Carmona[1]:

> Não é preciso lembrar que a fraude de execução em verdade pode ocorrer bem antes da existência da demanda executiva: basta a citação para o processo de conhecimento condenatório para que desde logo possa ser cogitada a existência da fraude, sendo certo porém que somente no processo de execução (ou no momento do cumprimento da sentença condenatória de entrega de coisa, que não depende mais de execução no sentido estrito) será reconhecida a ineficácia da alienação ou da oneração de bens.

Assim se vê que, quando se trata de alienação de bens, para a configuração da fraude à execução, a teor do inciso II, do artigo 593, II, do CPC, apenas exige a prova de que a venda foi feita ao tempo em que pendia demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sendo dispensável, nesse caso, a prova do *consilium fraudis*.

Ora, na hipótese *sub judice,* a execução foi ajuizada pelo apelante em 17.04.2009 (fl. 07), ao passo que os contratos de compromisso de compra e venda dos imóveis em questão, penhorados nos autos, foi registrado em cartório em 20.02.2009, consoante se vê às f. 37-v°, 42-v° e 45-v° destes autos.

Assim, evidenciado que tais contratos são anteriores à propositura da ação, é irrefutável a compreensão no sentido de que a alienação dos bens não se deu na pendência do feito executivo, razão pela qual, no caso, não se cogita a ocorrência de fraude à execução, como pretende o recorrente ver reconhecido.

Nesse sentido, veja-se a orientação jurisprudencial, *verbis:*

> EMENTA: Embargos de terceiro Embargante que adquiriu, mediante compromisso de compra e venda, lotes que posteriormente foram penhorados em execução promovida contra o alienante Aquisição anterior à execução Ausência de prova de fraude à execução Reconhecimento que depende do registro da penhora ou demonstração de má-fé do comprador (Súmula 375, do STJ) Manutenção da sentença que determinou a desconstituição da penhora Recurso do embargado não provido e apelo do embargante provido, para adequar os honorários para 10% sobre o valor da causa. (TJSP. Apelação Cível n. 0001375-53.2010.8.26.0368. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator: Enio Zuliani. Julgado em 01.12.2011. Publicado em 07.12.2011)
>
> EMENTA – EMBARGOS DE TERCEIRO – FRAUDE À EXECUÇÃO AFASTADA – ADQUIRENTE DE BOA-FÉ – ALIENAÇÃO ANTERIOR À EXECUÇÃO DEMONSTRADA – RECURSO NÃO PROVIDO". (TJMS. Apelação Cível n. 2005.010421-7/0000-00. Quinta Turma Cível. Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Julgado em 28.05.2009. Publicado em 03.06.2009)

1 In Marcato, Antonio Carlos. Código de Processo Civil Interpretado, São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 1753.

Cabe salientar que, quanto ao imóvel objeto da Matrícula n. 3.105, do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Porto Murtinho (fl. 36), o qual possui área de 3.552,00 m², não foi celebrado qualquer contrato de compromisso de compra e venda, como decorre dos embargos de terceiro, não há na matricula imobiliária qualquer restrição que impeça a penhora desse bem e, sendo ele de propriedade do executado Luis Costa Machado, é perfeitamente possível a sua futura expropriação nos autos da execução, circunstância esta que afasta a alegada insolvência desse executado, como parece ao recorrente.

No que pertinente ao argumento de que, além do devedor, deve fazer parte da execução o credor hipotecário do imóvel objeto da Matrícula n. 1.890 (fl. 41-v°), tenho que esta não procede, visto que, como mesmo assentou o recorrente nestas razões recursais (fl. 141), já foi ajuizada ação de execução para entrega de coisa incerta pelo credor hipotecário em face do executado Luis Costa Machado, cabendo nesta a discussão acerca de eventual direito que aquele credor possa ter sobre o bem oferecido em garantia, circunstância esta que, aliás, contribui para o entendimento de que esse bem não deve sofrer constrição judicial no feito executivo.

Em assim sendo, deve ser mantida intacta a r. sentença ora atacada, que julgou procedentes os embargos de terceiro opostos pelos apelados, liberando os imóveis matriculados sob o n. 792, n. 1.890, 2.658 e n. 1.242, todas do Cartório de Registro de Imóveis de Porto Murtinho-MS (f. 37/46).

Passo à apreciação do recurso de Lúcia Flora Coccapieller Ferreira Curado e José Hermílio Curado.

Com efeito, infere-se das razões recursais que os recorrentes insurgem-se contra a parte da r. sentença que fixou os honorários advocatícios no valor de R$ 4.000,00 (Dois mil reais), salientando que este não atende aos disposto nas alíneas "a", "b", "c", §3°, do artigo 20, do Código de Processo Civil e, para tanto, requer o arbitramento da verba em questão no importe de R$ 22.871,18 (Vinte e dois mil, oitocentos e setenta e um reais e dezoito centavos), que corresponde a 10% do valor executado.

Contudo, tenho que não procede a súplica recursal, isto porque o arbitramento da verba em questão no montante acima atende aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estando de acordo com as alíneas do § 3º do artigo 20 do CPC, ou seja, *"o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço",* notadamente porque a presente ação não é de grande complexidade, de forma a demandar desmedido esforço do causídico para consecução do seu trabalho.

Ressalta-se, oportunamente, que a fixação equitativa, nos termos das alíneas acima, de modo algum, não se vincula ao valor da causa, nem tampouco aos percentuais mínimo e máximo previsto no *caput,* do artigo 20, do *Códex* em lume, como parece aos recorrentes.

Desse modo, não vejo como acolher o pedido de majoração dos honorários advocatícios, haja vista ser fixada de forma razoável pelo juiz singular, remunerando de forma digna o advogado dos apelantes, devendo, por conseguinte, ser mantida a r. sentença neste particular.

Nesse sentido:

> EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS. ART. 20, § 4º, DO CPC. IMPORTÂNCIA RAZOÁVEL. I - A remuneração do causídico, fixada com fundamento em uma das hipóteses previstas no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, obedece ao juízo de eqüidade, de modo que não precisa guardar correlação com o valor da causa. [...]. (STJ. REsp n. 875.267. Primeira Turma. Relator: Min. Francisco Cândido de Melo Falcão Neto. Julgado em 27.02.2007. Publicado em 29.03.2007) (destaquei).

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) – [...] HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – RECURSO IMPROVIDO.
>
> [...] Mantêm-se os honorários advocatícios fixados na sentença quando forem arbitrados consoante apreciação eqüitativa do magistrado, e desde que atendidas as regras das alíneas a, b e c, do § 3º, do art. 20, do Código de Processo Civil". (TJMS. Apelação Cível nº 2011.036757-1/0000-00. Quarta Câmara Cível. Relator: Des. Paschoal Carmello Leandro. Julgado em 10.01.2012. Publicado em 17.01.2012)
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) – [...] HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS- – PERCENTUAL CONDIZENTE COM O DISPOSTO NO ART. 20, §3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> [...] É de ser mantida a condenação em honorários advocatícios que remunera com justeza o trabalho desenvolvido pelo causídico da parte vencedora e que se amolda nos parâmetros delineados pelo art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil". (TJMS. Apelação Cível nº 2011.033200-4/0000-00. Primeira Turma Cível. Relator: Des. Joenildo de Sousa Chaves. Julgado em 14.12.2011. Publicado em 16.12.2011)

Diante dessas razões, conheço de ambos dos recursos e nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

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, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 10 de abril de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.007651-8 - Dourados
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO PRIVADO DE PLANO DE SAÚDE – NATUREZA DO CONTRATO – EMPRESARIAL OU FAMILIAR/INDIVIDUAL – PRESCINDIBILIDADE – CONTRATO DE ADESÃO – APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – REAJUSTE DE PREÇO UNILATERALMENTE PELO FORNECEDOR – CLÁUSULA ABUSIVA – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 51, X, DO CDC – CLÁUSULA NULA – APLICAÇÃO DOS ÍNDICES DIVULGADOS PELA ANS – RECURSO IMPROVIDO.

Aplicam-se as regras de proteção ao consumidor ao contrato privado de plano de saúde, independentemente de sua natureza empresarial ou individual/familiar, por ser relação de consumo e tratar-se de contrato de adesão.

É nula de pleno direito a cláusula contratual que permite o reajuste de preços unilateralmente pelo fornecedor, nos termos do artigo 51, X, do CDC.

Na ausência de critérios objetivo e na falta de índices oficiais divulgados pela ANS para os planos empresariais, aplicam-se, por analogia, os índices estabelecidos pela ANS para os planos de saúde individuais ou familiares.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 24 de abril de 2012.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Unimed de Dourados-MS interpõe recurso de apelação cível contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da Segunda Vara Cível da Comarca de Dourados que, nos autos de Ação Revisional de Contrato, julgou procedente o pedido inicial para declarar que o contrato celebrado entre as parte é de um plano familiar; que, independentemente de sua natureza familiar ou empresarial) a cláusula que estabelece reajuste unilateral pela parte ré é abusiva e vulnera o CDC, devendo ser aplicado os índices estabelecidos pela ANS, que os depósitos realizados pelas partes requerentes com base no percentual de reajuste de 6,73% estabelecidos pela ANS para o ano de 2010 são suficientes e exime os efeitos da mora e, que os reajustes para os anos seguintes ao ano de 2010 também devem ser estabelecidos pela ANS. Ainda, condenou a

requerida ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, os quais foram fixados em 10% sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais, a apelante alega que o contrato firmado entre as partes possui natureza empresarial, eis que foi firmado com os representantes legais da empresa Fazenda 'Água Azul'.

Sustenta que os apelados, para beneficiarem-se de nova legislação e alegando a própria torpeza, aduziram que o plano de saúde não é empresarial, pois não existe pessoa jurídica devidamente constituída, mas sim, que o plano de saúde é familiar.

Afirma que o contrato foi firmado com o representante da Fazenda 'Água Azul' e, se não havia o devido registro na Junta Comercial, isto, por si só, não descaracteriza a sociedade de fato que contratou os serviços da requerida, ora apelante, firmado o plano de saúde empresarial.

Insiste que a empresa Fazenda 'Água Azul' existe na forma de sociedade não personificada (artigos 986 a 996, CC) e, portanto, que o contrato entabulado entre as partes é empresarial, não tendo que se falar em contrato familiar.

Assevera também que o contrato em questão vem desde 2007 apresentando resultado negativo e, para que se possa aquilatar o tamanho do desequilíbrio contratual, é necessário o reajuste anual proposto. E, não sendo assim entendido, deve haver a rescisão do contrato por falta de equilíbrio econômico-financeiro, argumento este que foi ignorado pelo magistrado *a quo*.

Persiste que o reajuste imposto pela ANS é para os planos individuais e familiares, sendo que, para os planos empresariais, o reajuste é feito entre as partes seguindo os parâmetros contratuais e como demonstrado o contratante é a empresa Fazenda 'Água Azul'.

No caso em tela, aduz que o reajuste deve ser feito nos termos da cláusula 20 do contrato empresarial firmado entre as partes.

Assevera que os requerentes, sabedores dos benefícios do plano empresarial, em especial, quanto ao preço, pretendem fazer valer a ideia de que o contrato entabulado entre as partes é familiar, para pagarem os valores do plano empresarial.

Prequestiona a matéria posta em julgamento.

Por fim, pede que seu recurso seja conhecido e provido nos termos acima delineados.

Em contrarrazões (f. 399/402), os apelados pugnam pelo não provimento do presente recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Unimed de Dourados-MS visando à reforma da sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais.

Em que pesem as razões despendidas pela parte apelante, tenho que não lhe assiste razão.

Pois bem. Analisando-se detidamente o caso posto em discussão, entendo que a natureza do contrato não é o cerne da questão, eis que, independentemente de ser empresarial ou familiar, o contrato firmado entre as parte deve ser orientado pelas normas de proteção ao consumidor.

Veja-se que o contrato é tipicamente de adesão, pelo qual o fornecedor o apresenta ao consumidor, o qual assina sem qualquer possibilidade de alterá-lo. E, sendo assim, a interpretação das cláusulas contratuais deve ser a mais favorável possível ao consumidor, que, colocado em extrema desvantagem, aceita as condições impostas no contrato pré-estabelecido pelo fornecedor.

Neste sentido, veja-se o disposto no Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

> Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.
>
> Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
>
> §1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão.
>
> §2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no §2º do artigo anterior.
>
> § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.
>
> § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Portanto, como já dito, sendo o contrato firmado entre as partes tipicamente de adesão, sua interpretação deve ser favorável ao consumidor, independentemente de sua natureza (empresarial ou individual).

Soma-se a isso, o fato de que, no contrato de adesão, não se admite a inserção de cláusulas que coloquem o consumidor em extrema desvantagem. São as chamadas cláusula abusivas e, por assim serem, são nulas de pleno direito. Neste ponto, interessa-nos analisar o disposto no artigo 51, inciso X, do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> [...]
>
> X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral.

À propósito, veja-se a redação da cláusula 20.2, a qual estabelece as condições de reajustes, *verbis*:

> 20.2 – OS valores das Mensalidades, Inscrições, Franquias, Co-participações e Adicional de Agravo, serão reajustados anualmente, levando-se em conta os índices de elevação de preços observados para cada componente do custo e também se houver utilização comprovada acima da média normal por acréscimo de novos métodos de elucidação diagnóstica e tratamento, e/ou aumento comprovado dos custos dos serviços contratados que venham a afetar o equilíbrio econômico-financeiro deste contrato.

Assim, no caso em tela, independentemente da natureza do contrato, ser ele empresarial ou familiar/individual, o fato é que o fornecedor, ainda que autorizado por este contrato, não pode reajustar, unilateralmente, o preço das mensalidades pagas pelo usuário, eis que esta cláusula é abusiva e, portanto, nula de plano direito.

Resta evidente que a cláusula do contrato que prevê os reajustes viola a norma do dispositivo acima referido, pois permite que a ré unilateralmente aprecie se houve a elevação dos preços e variação dos custos dos serviços contratados e decida qual o reajuste a ser aplicado, não havendo falar em livre negociação entre as partes. Referida cláusula não permite ao consumidor a real compreensão de sua extensão, pois se utiliza de expressões abertas, sem qualquer objetividade, deixando ao livre arbítrio da ré o reajustamento dos valores, o que configura cláusula potestativa, vedada inclusive pelo artigo 122 do Código Civil Brasileiro.

Portanto, para que haja alteração de preço de um contrato, a fim de garantir o seu equilíbrio econômico-financeiro, é necessário que reste devidamente comprovada a necessidade do reajuste. Simplesmente afirmar que, por diversos anos, o contrato entre as partes apresenta um saldo negativo, uma vez que os gastos seriam maiores que as arrecadações, não é suficiente para justificar o aumento do preço no valor de 50% (cinquenta por cento).

Contudo, é certo que a operadora do plano de saúde tem o direito de reajustar os valores inicialmente contratados, com a majoração das mensalidades quando circunstâncias supervenientes alterem a situação inicial e exigirem o restabelecimento do equilíbrio do contrato. Entretanto, as condições de reajustes estabelecidas nos contratos em análise não devem prevalecer, haja vista que o modo de cálculo do reajuste fica exclusivamente a cargo da ré, que, no caso, sequer demonstrou a efetiva ocorrência de qualquer das alterações capazes de indicar a base de reajuste praticada nas mensalidades.

E mais, a alegação do apelante no sentido de que a ausência de regulamentação da agência reguladora (ANS) quanto aos contratos empresariais teria permitido o reajuste na forma em que fora pactuado não prospera, pois não se pode admitir que, por esta falha, o reajuste dos contratos empresariais esteja ao livre arbítrio dos fornecedores.

Sendo assim, mesmo que seja considerado o contrato de natureza empresarial, ante a ausência de critérios objetivos para reajustar o contrato *sub judice*, somado falta de divulgação do índice de reajuste pela ANS, entendo que, por analogia (art. 4º, da LICC), devem ser aplicados os índices anunciados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar para os planos individuais e familiares, como bem determinado pelo magistrado *a quo*.

Neste sentido, colaciono os seguintes julgados, *verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – CONTRATO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – PLANO EMPRESARIAL – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – REAJUSTE DA PRESTAÇÃO UNILATERALMENTE – VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 51, X – ONEROSIDADE EXCESSIVA – CLÁUSULA ABUSIVA – IMPROVIMENTO. O contrato privado de assistência à saúde é contrato de consumo, seja o plano individual ou empresarial, submete-se, portanto, às normas do Código de Defesa do Consumidor. É abusiva a cláusula contratual que permite à fornecedora unilateralmente apreciar a elevação dos preços e variação dos custos dos serviços contratados e decidir qual o reajuste a ser aplicado. (Apelação Cível n. 2007.005919-0 – Segunda Câmara Cível – Relator Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini – J. 10/04/2007)

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – CONTRATO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – PLANO EMPRESARIAL – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – REAJUSTE UNILATERAL DA PRESTAÇÃO – VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 51, X – ONEROSIDADE EXCESSIVA – CLÁUSULA ABUSIVA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

> O contrato privado de assistência à saúde é contrato de consumo, independentemente de tratar-se de plano individual ou empresarial, submetendo-se portanto às normas do Código de Defesa do Consumidor.
>
> É abusiva a cláusula contratual que permite à fornecedora dos serviços decidir qual o reajuste a ser aplicado.
>
> Recurso conhecido e não provido. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2007.014791-4/0000-00 - Campo Grande. Relator Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. Primeira Câmara Cível – J. 3.2.2009).
>
> EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRETENSÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE - PLANO EMPRESARIAL – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – REAJUSTE DA PRESTAÇÃO UNILATERALMENTE – AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS CLAROS E OBJETIVOS - VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 51, INC. X, DO CDC – ONEROSIDADE EXCESSIVA – CLÁUSULA ABUSIVA – AUSÊNCIA DE ÍNDICE OFICIAL DIVULGADO PELA ANS – APLICAÇÃO DO ÍNCIDE DIVULGADO PARA PLANOS INDIVIDUAIS E FAMILIARES, ATÉ QUE SEJA DIVULGADO PAR AO PLANO EMPRESARIAL – RECURSOS PROVIDOS.
>
> O contrato privado de plano de saúde é contrato de consumo, seja o plano individual ou empresarial, submetendo-se, portanto, às normas do Código de Defesa do Consumidor.
>
> É abusiva a cláusula contratual que permite à fornecedora unilateralmente apreciar a elevação dos preços e variação dos custos dos serviços contratados e decidir qual o reajuste a ser aplicado.
>
> Enquanto não divulgado pela ANS um índice oficial de reajuste para os planos empresariais, por analogia, devem ser aplicados os índices dos planos individuais e familiares. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.005623-8/0000-00 - Campo Grande. Relator Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves. Primeira Câmara Cível – J. 24.8.2011).

Por fim, quanto ao prequestionamento, tenho firmado entendimento de que não é necessária a manifestação expressa de todos os dispositivos legais apontados nas razões recursais, quando a questão for suficientemente debatida e resolvida integralmente a matéria posta em julgamento.

Por oportuno:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE – APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DA FORMA MAIS BENÉFICA PARA O CONSUMIDOR (ARTIGO 47 DO CDC) – COBERTURA DE CIRURGIA OFTALMOLÓGICA AMBULATORIAL – DIREITO À VIDA E À SAÚDE QUE SE SOBREPÕEM A QUALQUER OUTRO COMANDO LEGAL – DEVER DE A PRESTADORA DE SERVIÇOS SUPORTAR INTEGRALMENTE AS DESPESAS MÉDICAS – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> [...] Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada.

Recurso conhecido e provido. (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.002300-5/0000-00 - Campo Grande. Relator Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Terceira Câmara Cível – J. 14.2.2012).

Diante dessas razões, conheço do recurso de apelação cível interposto pela Unimed de Dourados-MS e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença ora guerreada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges e Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 24 de abril de 2012.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 2012.004245-2 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – RESTITUIÇÃO DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA JUDICIAL DO PERÍODO EM QUE O TABELIONATO ESTEVE SOB A RESPONSABILIDADE DE INTERVENTOR – RECONDUÇÃO DA DELEGATÁRIA POR MEIO DE LIMINAR – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

A recondução da impetrante, por meio de liminar, à função de delegatária, não é suficiente para ensejar o deferimento o pedido da restituição dos valores depositados em conta judicial, no período em que o Tabelionato esteve sob a responsabilidade do interventor.

O §3º do art. 36 da Lei nº 8.935, de 18/11/1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro estabelece que "*absolvido o titular, receberá ele o montante dessa conta; condenado, caberá esse montante ao interventor*."

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 maioria e com o parecer, com voto de desempate do presidente, denegar a segurança, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de abril de 2012.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Joana D'arc de Paula contra ato praticado pelo Presidente do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando a concessão da segurança para "declarar ilegal e abusiva a retenção da importância arrecada durante o período de intervenção em decorrência da medida liminar concedida no mandado de segurança suspendendo o aro que cassou a delegação da serventia, mercê de que inexiste qualquer fato ou direito razoável que imponha cautelarmente a sua retenção pela *Autoridade Coatora*, ofensiva do direito líquido e certo da Impetrante de se ver reembolsada das quantias arrecadas no exercício da serventia e que se acham depositadas, conforme dispõe o *art. 36, §3º, da Lei nº 8.935, de 18-11-94*" (f. 26).

Com a inicial, vieram os documentos de f. 29-154.

A liminar não foi concedida. (f. 156-158)

Notificada a autoridade apontada como coatora (f. 160v), esta apresentou informações, alegando a intensão vislumbrada é de medida assecuratória, voltada à manutenção de resultado útil ao final da demanda, não havendo qualquer intento de restituição de qualquer valor ou mesmo de garantir à delegatária ao *status quo ante*. A pretensão ora exibida não se mostra compatível com a natureza da tutela cautelar que "*existe apenas como instrumento assecuratório para uma melhor e eficaz atuação do processo de mérito*" (MC n. 11.109/PE, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 09/02/2006).

Requer seja denegada a segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Joana D'arc de Paula contra ato praticado pelo Presidente do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando a concessão da segurança para "declarar ilegal e abusiva a retenção da importância arrecada durante o período de intervenção em decorrência da medida liminar concedida no mandado de segurança suspendendo o aro que cassou a delegação da serventia, mercê de que inexiste qualquer fato ou direito razoável que imponha cautelarmente a sua retenção pela *Autoridade Coatora*, ofensiva do direito líquido e certo da Impetrante de se ver reembolsada das quantias arrecadas no exercício da serventia e que se acham depositadas, conforme dispõe o *art. 36, §3º, da Lei nº 8.935, de 18-11-94*" (f. 26).

Inicialmente, torna-se necessário fazer um breve relato dos fatos ocorridos que culminaram com o pedido formulado no presente *mandamus*.

Observa-se dos autos que, em 2/3/2011, o Órgão Especial, por unanimidade, rejeitou as preliminares e, no mérito, por unanimidade, decretou a perda da delegação da ora impetrante (f. 29-35 – TJ/MS).

> Em 21/3/2011, foi publicada a Portaria n. 212/2011 onde constou:
>
> ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTA DO DE MATO GROSO DO SUL, no uso das atribuições conferidas pelos incisos XXIX e XXX do artigo 164-A da Resolução nº 237, de 21 de setembro de 1995;
>
> CONSIDERANDO que uma das formas de extinção da delegação se opera com a perda, nos termos do disposto no inciso IV do art. 32 da Lei Federal nº 8935, de 18 de novembro de 1994;
>
> CONSIDERANDO a decisão proferida nos autos nº 066.158.0002/2006, em sessão ordinária do Órgão Especial, realizada em 2 de março de 2011;
>
> RESOLVE:
>
> Art. 1º – DECRETAR a perda da delegação de JOANNA D'ARC DE PAULA, Tabeliã do 1º Tabelionato de Protesto da comarca de Campo Grande.
>
> Art. 2º – Esta Portaria entra em vigor na data de publicação. (f. 37 – TJ/MS).

No dia 23/3/2011, o e. Corregedor-Geral de Justiça de Mato Grosso do Sul, no uso das suas atribuições e conforme Portaria n. 020/11, resolveu:

> SUSPENDER a Oficial do Cartório do 1º Ofício de Protestos da Comarca de Campo Grande, JOANNA D'ARC DE PAULA ALMEIDA, com base no artigo 35, §1º, da Lei nº 8.935/94, até a decisão final a respeito da perda da delegação.
>
> NOMEAR como Interventor CARLOS ALBERTO PEREIRA ANDRINO, que durante o período do afastamento receberá pelos serviços prestados nos termos do que dispõe o artigo 36, §2º e §3º, da Lei nº 8.935/94. (f. 40 – TJ/MS)

Inconformada com as determinações constantes da Portaria n. 212/11 da lavra do e. Presidente de Justiça de Mato Grosso do Sul e da Portaria n. 020/11, da lavra do e. Corregedor-Geral de Justiça de Mato Grosso do Sul, a autora impetrou mandado de segurança objetivando a concessão da segurança para:

> 1) decretar a ilegalidade do acórdão prolatado, em 3 de março de 2011, pelo Órgão Especial do TJMS, no processo administrativo n. 2003.60.00.009112-1, por violação ao art. 458 e 163 do Código de Processo Civil, e dos executórios praticados pelas Autoridades Coatoras, (art. 538, caput, do Código de Processo Civil);
>
> 2) decretar a incompetência do Órgão Especial para julgar a Impetrante, posto que competência é do Conselho Superior da Magistratura, nos termos da Lei Estadual n. 1.511, de 5 de Julho de 1994;
>
> 3) reconhecer a prescrição da pretensão punitiva da Administrativa contra a Impetrante;
>
> 4) decretar a nulidade da aplicação da pena de perda de delegação imposta à Impetrante por vulnerar o princípio da proporcionalidade, com grave violação ao art. 33, nº III, da Lei Federal n. 8.935/95;
>
> 5) reconhecer a violação do princípio da pluralidade de instâncias, do princípio da presunção de inocência, bem como do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, mantendo a Impetrante como delegatária do 1º Tabelionato de Protestos de Campo Grande, MS, que lhe foi conferida através de concurso público. (f. 82 – TJ/MS).

O Órgão Especial, quando do julgamento do agravo regimental em Mandado de Segurança n. 2011.009114-6/0001-00, em 10.8.2011, deu provimento ao recurso a fim de conceder a liminar para suspender "os efeitos do acórdão prolatado, em 3 de março de 2011, pelo Órgão Especial do TJMS no processo administrativo n. 2003.60.00.009112-1, assim como a execução da Portaria n. 020/11 do Presidente do TJMS, e da Portaria n. 020/11, da lavra do Corregedor-Geral de Justiça, reintegrando a Impetrante na delegação do 1º Tabelionato de Protestos de Campo Grande, MS, até o julgamento final do presente writ;" (f. 81 – TJ/MS).

A ora impetrante foi reconduzida ao cargo de delegatária do 1º Tabelionato de Protesto de Títulos e outros documentos de dívida da Comarca de Campo Grande em 1º/9/2011 (f. 106-110- TJ/MS).

A impetrante, em razão da sua recondução na função de Titular do 1º Tabelionato de Protestos de Campo Grande(MS), ingressou com pedido para que fosse deferida a devolução dos valores depositados em conta judicial vinculada.

Restou decidido no Recurso Administrativo n. 066.164.0034/2011, da relatoria do Des. Hildebrando Coelho Neto, "não há falar, por ora, em devolução de valores à recorrente que, com isto, aliás, sequer experimentará qualquer prejuízo imediato, já que os 50% (cinquenta por cento) da renda líquida arrecadada pela serventia no período em que durou intervenção permanecerão depositados na conta judicial e, eventuais diferenças relativas ao pagamento a maior de tributos, na hipótese de uma sentença judicial favorável, certamente serão restituídos.

Destarte, a manutenção da decisão proferida às f. 643-649 é medida que se impõe, pelo menos até que sobrevenha decisão definitiva a ser proferida pelo Órgão Especial deste e. Pretório, nos autos do Mandado de Segurança nº 2011.009114-6" (f. 139 – TJ/MS).

No caso em apreço, vê-se que não há falar em direito líquido e certo a ensejar a concessão da segurança, porquanto, até o momento, não houve manifestação definitiva nos autos do Mandado de Segurança n. 2011.009114-6, que poderá culminar, em caso de concessão da segurança na"*nulidade da aplicação da pena de perda de delegação* imposta à Impetrante"

No caso em apreço, prevalece o que foi decidido pelo Órgão Especial, em 2/3/2011, quando do julgamento do Processo Administrativo Disciplinar n. 066.158.0002/2006, que culminou na perda da delegação da ora impetrante (f. 29-35 – TJ/MS).

Como bem destacado pelo i. Procurador-Geral de Justiça:

> [...]
>
> A par destas premissas, imperioso concluir que a decisão prolatada no Agravo Regimental nº 2011.009114-6/0001.00, que determinou a recondução da delegatária ao Cartório e é fundamento do pedido exposto no presente Mandado de Segurança, possui natureza nitidamente acautelatória, tanto assim que nos votos dos Desembargadores pela concessão da liminar vislumbra-se a descrição expressa dos pressupostos autorizadores da medida, cuja indicação de fundamento legal recai sobre o art. 7º III, da Lei nº 12.016/09, [...].
>
> Não se trata, como se vê, de antecipação dos efeitos da tutela, especialmente porque a indicação do periculum in mora é considerada a partir da própria prestação dos serviços notariais e de registro, dada a necessidade de garantir o perfeito exercício da função – sendo este o móvel de sua recondução ao Cartório – e representa, nos termos da essência de uma liminar, medida necessária para acautelar situação possa originar eventual dano significativo.
>
> Não se prestou, dessa forma, para restabelecer o status quo ante da impetrante, visto que o Processo Administrativo Disciplinar nº 066.158.0002/2006 que apura a violação ao dever de conduta esculpido no art. 30, V, da Lei nº 8.935/94 não foi invalidado. Aliás, contestável é mesmo o fundamento da impetrante ao sustentar que a Corregedoria-Geral não poderia suspendê-la da serventia por já ter sido cassada da função, quando o que pretende é manutenir a direção do Cartório que administra.
>
> Neste particular, acresça-se que a Portaria nº 020/11, da Corregedoria-Geral expressamente registrou que a delegatária estava sendo suspensa até a decisão final a respeito da perda da delegação, indicando como fundamento legal para a suspensão o art. 35, §1º, da Lei nº 8.935/94: "Quando o caso configurar a perda da delegação, o juízo competente suspenderá o notário ou oficial de registro, até a decisão final, e designará interventor, observando-se o disposto no art. 36. (f. 175-176).

Ademais, estabelece o §3º do art. 36 da Lei nº 8.935, de 18/11/1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro:

> Art. 36. [...].
>
> [...].
>
> § 3º Absolvido o titular, receberá ele o montante dessa conta; condenado, caberá esse montante ao interventor.

Vê-se, portanto, que a legislação vigente salvaguarda o direito da ora impetrante, em caso de absolvição, receber o montante que se encontra depositado em conta judicial.

A simples concessão de liminar para recondução da impetrante na função de Titular do 1º Tabelionato de Protestos de Campo Grande(MS), como medida assecuratória não tem o condão de ensejar a devolução dos valores depositados em conta judicial.

Aliás, este foi o argumento utilizado pelo e. Relator – Des. Hildebrando Coelho Neto, quando da prolação de seu voto no Recurso Administrativo n. 066.164.0034/2011. Senão, vejamos:

> [...]
>
> Portanto, denota-se que se trata de uma verdadeira medida assecuratória, destinada apenas a assegurar a efetividade da decisão final a ser prolatada no writ, tanto que em momento algum do aresto em questão, se mencionou a restituição de quaisquer valores e tampouco o retorno da delegatária ao status quo ante.

Pelo exposto e com o parecer, denego a segurança.

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

A impetração tem como objetivo restituir a quantia de R$ 309.652,36 (trezentos e nove mil, seiscentos e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos), recolhida pela Corregedoria-Geral de Justiça, através das guias de fls. 76, 254, 440, 445, 473, 630, 631, 632 e 673, durante a fase de intervenção.

Ocorre que nos autos da agravo regimental de n.º 2011.009114-6/0001-00, foi concedida medida liminar suspendendo o ato que cassou a delegação da serventia e, por consequência, determinou a reintegração da impetrante.

Segundos os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo[1], "*Reintegração é o retorno de servidor ilegalmente desligado de seu cargo ao mesmo, qua dantes ocupava [...] com integral reparação dos prejuízos que lhe advieram do ato jurídico que o atingira*."

A par disso, o ato de reintegração retroage à data do desligamento, fazendo juz, desse modo, o servidor, a perceber os vencimentos e vantagens que lhe seriam advindas durante o respectivo período.

Esse procedimento visa a preservação de todos os direitos do servidor que foi privado de suas funções, deixando de receber a remuneração que lhe era cabida e, ao depois, mesmo em um juízo perfunctório, retornou ao serviço ativo.

Por sua vez, não teria lógica alguma em manter os efeitos decorrentes da perda da delegação decretada pelo Órgão Especial, enquanto suspensos os efeitos dela decorrentes, pela liminar concedida no agravo regimental.

A reintegração é um ato complexo e não comporta ressalvas ou condições para o seu implemento, sendo induvidoso que a impetrante deve receber as quantias auferidas na serventia à época da intervenção, pois, de outro modo, estar-se-ia desvirtuando o mencionado instituto.

Mesmo que à primeira vista, se possa vislumbrar o efeito meramente cautelar da liminar concedida, consoante defendido pela autoridade coatora e no parecer da procuradoria-geral de justiça, o que poderia justificar, em tese, a alegação de impossibilidade do retorno ao "statu quo ante", não se pode olvidar que o

1 Curso de Direito Administrativo, 29ª ed., p. 317.

decisum, em determinados casos, irradia efeitos antecipatórios da tutela, se tratando, portanto, de provimento jurisdicional misto.

Por esse motivo, "*para concessão da liminar, o impetrante deverá convencer o magistrado de que é portador de melhores razões que a parte contrária; que ato coator é, ao que tudo indica, realmente abusivo ou ilegal*."[2]

Seguindo essa linha, José Miguel medina e Fábio Caldas de Araújo[3] sustentam que o texto do inciso III do artigo 7ª da Lei n.º 12.016/2009 "*aproxima os requisitos da liminar no mandado de segurança daqueles previstos para a concessão da tutela cautelar (art. 798 do CPC) e da tutela antecipada (art. 273 do CPC), podendo o provimento de urgência preconizado na lei do mandado de segurança assumir tripla configuração, ou seja, liminar cautelar, liminar antecipatória ou liminar satisfativa, tudo dependendo das eficácias sentenciais que forem agregadas ao comando mandamental (declaratória, constitutiva ou condenatória)*".

No mesmo sentido, Teori Albino Zavascki[4] ensina que *"a medida liminar em mandado de segurança configura típica hipótese de antecipação dos efeitos da tutela, prevista no art. 273, I, do CPC, embora a liminar em mandado de segurança possua alguns pontos divergentes em relação à tutela antecipada do art. 273 do CPC, entre as quais, o momento da antecipação, o conteúdo da medida liminar e o prazo de eficácia da medida antecipatoria*."

No caso em tela, a impetrante formulou o pedido de liminar nos seguintes termos (fl. 81):

> a) a concessão do mandado liminar para que seja suspenso, incontinenti, os efeitos do acórdão prolatado, em 3 de março de 2011, pelo Órgão Especial do TJMS no processo administrativo n. 2003.60.00.009112-1, assim como a execução da Portaria n. 020/11 do Presidente do TJMS, e da Portaria n. 020/11, da Lavra do Corregedor-Geral de Justiça, reintegrando a Impetrante na delegação do 1º tabelionato de Protestos de Campo Grande, MS, até julgamento final do presente writ;

O voto condutor do agravo regimental, de lavra do Des. João Carlos Brandes Garcia, ao deferí-lo, o fez da seguinte forma (fl. 90):

> Com tais considerações e com a indispensável vênia dos que entendem de forma diferente, concedo a liminar pleiteada, consoante os termos da inicial.

Como se verifica, o pedido da impetrante tem caráter nitidamente satisfativo e, nos termos do dispositivo acima transcrito, foi acolhido integralmente, para determinar a sua reintegração, devendo produzir todos os efeitos a ela inerentes, sem qualquer tipo de reserva.

Em face dessas considerações, contra o parecer, concedo a segurança para o fim de, reconhecendo a ilegalidade e abusividade do ato coator que determinou a retenção da quantia obtida durante o período de intervenção, determinar a sua restituição à impetrante.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (2º Vogal)

De acordo com o 1º vogal. A impetrante foi reintegrada no cargo, integralmente, sem nenhuma reserva. Então, entendo que os valores que foram recebidos durante o período de intervenção devem ser restituídos.

2 Cassio Scarpinella Bueno, A Nova Lei do Mandado de Segurança, 2009, p. 40.

3 Mandado de segurança individual: Comentários à lei 12.016/09, RT, 2009, p. 118-9.

4 Antecipação da Tutela, 2ª ed., Saraiva, p. 192.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (3º Vogal)

De acordo com o 1º vogal. Acrescento que o cartório é privado, a cartorária foi afastada de modo temerário, tanto que depois foi reintegrada, por sábia decisão desta Corte Especial. Portanto, não vejo nenhuma plausibilidade no fato de o Tribunal negar-se a devolver o dinheiro alheio, pertencente à impetrante.

O Sr. Des. Josué de Oliveira (4º Vogal)

De acordo com o 1º vogal.

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (5º Vogal)

De acordo com o 1º vogal.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (6º Vogal)

De acordo com o 1º vogal.

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (7º Vogal)

O mandando de segurança ainda não foi julgado definitivamente, está pendente de recurso. No caso de ocorrer uma decisão desfavorável, o interventor tem direito neste período a 50%. Estou de acordo com o relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (8ª Vogal)

O valor está efetivamente acautelando um eventual resultado da decisão, que pode implicar em ter de entregar para o interventor 50% deste valor. Estou de acordo com o relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (9º Vogal)

Estou de acordo com o relator, pois o recurso está pendente. Está se acautelando a parte do interventor. Se a impetrante for vencida, o interventor, no período em que trabalhou, tem ali assegurado o dinheiro que é de direito dele. Portanto, denego a segurança.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (10º Vogal)

Deve-se acautelar o direito do interventor a receber este numerário e proteger eventual direito do interventor, se por ventura a delegação não for concedida à impetrante. A ressalva não é do Órgão Julgador, é da Lei. Há reserva do numerário durante a intervenção, pois, se a impetrante perder a delegação, é do interventor. Estou de acordo com o relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (11º Vogal)

Se determinarmos a grande diferença entre direito material e direito processual, creio que haverá o campo para o deslinde desta incontrovérsia. Vejam que há duas modalidades de tutela de urgência, a tutela antecipada, na qual o Órgão Jurisdicional antecipa o resultado da demanda em sua plenitude, e a outra forma de tutela cautelar, que é justamente a medida cautelar, que está quase em extinção no Código de Processo Civil.

Na medida cautelar, não se antecipa o resultado da demanda, não serve ao direito das partes, serve de instrumento para dar eficácia ao processo principal. Se há um processo principal, que está *subjudice*, que não houve ainda o trânsito em julgado em relação ao direito material pretendido pela impetrante, não

vejo ela ter direito líquido e certo a receber o valor em que se encontra depositado, justamente porque foi beneficiada de uma medida cautelar, não de uma tutela antecipada.

Há uma certa dificuldade de resolver um problema que poderia ocasionar a concessão desta segurança, que seria justamente como restabelecer o numerário, no caso do pleito de direito material da impetrante não ser acolhido no STJ. Acompanho o relator para denegar a segurança.

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Presidente)

Ante o empate instaurado no julgamento de mandado de segurança em sessão do Órgão Especial deste areópago, por força do Art. 177, § 3º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, passo a proferir o voto de desempate.

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face do Presidente do Conselho Superior da Magistratura, cujo escopo é a declaração de nulidade e abusividade do ato consistente na retenção de importâncias arrecadadas durante o período de intervenção em Cartório extrajudicial.

A impetrante aduz, em síntese, que a suspensão dos efeitos da decisão que determinou a perda da delegação e, de consequência, ensejou sua reintegração na função de Tabeliã, fundamentaria seu direito líquido e certo na restituição dos valores auferidos e depositados em conta judicial enquanto perdurou o ato interventivo naquela serventia, uma vez que, segundo seu entendimento, sua situação funcional haveria de retornar ao *statu quo ante*.

Pedindo vênia aos demais pares, acompanho o relator. Voto pela denegação da segurança.

Como bem delineado no voto do relator, Des. Rubens Bergonzi Bossay, *"não há falar em direito líquido e certo a ensejar a concessão da segurança, porquanto, até o momento, não houve manifestação definitiva nos autos do Mandado de Segurança n. 2011.009114-6, que poderá culminar, em caso de concessão da segurança na "nulidade da aplicação da pena de perda de delegação imposta á impetrante."*

De outro prisma, em parecer preciso, a Procuradoria -Geral de Justiça manifestou que *"a recondução da delegatária ao Cartório e é fundamento do pedido exposto no presente Mandado de Segurança, possui natureza nitidamente acautelatória, tanto assim que nos votos dos Desembargadores que opinaram pela concessão da liminar vislumbra-se a descrição expressa dos pressupostos autorizadores da medida..."* (f. 175)

Ora, como se observa, não há falar em direito líquido e certo da impetrante, visto que a liminar em mandado de segurança não pode conduzir ao reconhecimento de natureza jurídica de tutela antecipatória ao caso, pois, na esteira da doutrina e jurisprudência pátrias, há muito esvaziou-se a celeuma acerca dos conceitos de tutela antecipada e tutela cautelar, sendo factível que uma liminar assuma uma ou outra feição ou, simultaneamente, a natureza cautelar ou satisfativa, consoante o fim primordial almejado no caso concreto.

Nesse diapasão, pontua Betina Rizzato Lara:

> A tutela cautelar, a nosso ver, com o fim de assegurar, a efetividade da tutela jurisdicional definitiva, pode assumir um caráter conservativo ou antecipatório (LARA, Betina Rizzato. Liminares no Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, pág. 65)

No mesmo sentido, colhe-se o seguinte entendimento jurisprudencial:

> Constituindo o deferimento de pedido liminar decisão proferida em sede de cognição sumária, podendo ter natureza cautelar ou antecipatória, a sua posterior cassação sujeita o requerente à eficácia retroativa da decisão contrária. Assim, "denegado o mandado

> de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária (STJ - REsp 675.192/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 14/06/2007, p. 254)

A propósito, sobre a adequada distinção entre institutos processuais acima mencionados e, correlacionando o tema com o caso concreto, o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (11º vogal), asseverou:

> Na medida cautelar, não se antecipa o resultado da demanda, a medida não serve ao direito das partes, serve de instrumento para dar eficácia ao processo principal. Se há um processo principal que está subjudice, que não houve ainda o trânsito em julgado em relação ao direito material pretendido pela impetrante, não vejo ela ter direito líquido e certo a receber o valor que se encontra depositado, justamente porque ela foi beneficiada de uma medida cautelar, não de uma tutela antecipada. Há uma certa dificuldade de resolver um problema que poderia ocasionar a concessão desta segurança, que seria justamente como restabelecer o numerário, no caso do pelito material da impetrante não for acolhido no STJ.

De igual modo, ao tratar da pretendida restituição, como bem asseverou a Des. Tânia Garcia de Freitas Borges (8ª vogal), *"Este valor está definitivamente acautelando um eventual resultado da decisão, que pode implicar em ter que entregar para o interventor 50% deste valor"*

Portanto, denota-se que se trata de uma verdadeira medida assecuratória, destinada apenas a garantir a efetividade da decisão final a ser prolatada no *writ*, tanto que, em momento algum do aresto em questão, se mencionou a restituição de quaisquer valores e tampouco o retorno da delegatária ao *statu quo ante,* não autorizando, portanto, a aplicação do sentido literal de tal expressão.

Não bastasse isso, vale registrar que a conclusão do relator encontra sustentáculo na própria Lei Maior que, em seu Art. 236, § 1º, aponta que lei infraconstitucional regulará as atividades dos notários, oficiais de registro e de seus prepostos.

Nesse sentido, dispõe a Lei Federal Lei n. 8.935/94, em seu Art. 36, §§ 2º e 3º. Confira-se:

> § 2º - Durante o período de afastamento, o titular perceberá metade da renda líquida da serventia; outra metade será depositada em conta bancária especial, com correção monetária.
>
> § 3 - Absolvido o titular, receberá ele o montante dessa conta, condenado caberá esse montante ao interventor.

Nesse prisma, tendo em vista a pendência de recurso e o eventual direito do interventor em receber valores, não há falar, por ora, em devolução de numerários à impetrante, sob pena de perigo de dano inverso injustificável.

Ademais, não bastasse a prudência que deve permear a medida, a impetrante não experimentará qualquer prejuízo imediato, já que os 50% (cinquenta por cento) da renda líquida arrecadada pela serventia no período em que perdurou a intervenção permanecerão depositados na conta judicial e, eventuais diferenças relativas ao pagamento a maior de tributos, na hipótese de uma sentença judicial favorável, poderão ser restituídos.

Diante do exposto, acompanho o relator, para o fim de denegar a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COM O PARECER, COM VOTO DE DESEMPATE DO PRESIDENTE, DENEGARAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves, Divoncir Schreiner Maran, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade, Romero Osme Dias Lopes e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 11 de abril de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.005570-3 - Corumbá
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EMBARGADO INTIMADO PARA DEPOIMENTO PESSOAL – ADVERTÊNCIA DE PENA DE CONFESSO – NÃO COMPARECIMENTO EM AUDIÊNCIA SEM JUSTO MOTIVO – EMBARGOS PROCEDENTES – RECURSO IMPROVIDO.

Se a parte embargada não comparece à audiência, sem justo motivo, para o depoimento pessoal, apesar de intimado com advertência de pena de confesso, tem-se por confessados os fatos alegados pelo embargante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara 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, 3 de abril de 2012.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Marlene Bonifacio da Costa Ramos, inconformada com a sentença prolatada pela Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, nos autos dos Embargos à Execução opostos por Ana Cristina Gomes de Souza, interpõe apelação cível, alegando que a ausência da apelante na audiência designada em que deveria prestar depoimento pessoal, não pode ensejar a procedência dos embargos, pois deveria a magistrada examinar as provas e formar seu convencimento, ainda mais que a apelada não junto aos autos nenhum documento ou recibo de pagamento, além do fato, que este na audiência anterior designada e formou acordo para pagamento da dívida.

Afirma que, no termo de audiência de instrução e julgamento, onde se encontravam presentes as partes, tanto a apelante como a apelada, consta que o não cumprimento do acordo, o processo retomaria seu curso, mas caberia a julgadora analisar as provas dos autos, ainda mais que houve um ajuste entre as partes e reconheceu a apelada a dívida.

Assevera que, poderia a apelada juntar aos autos comprovante de recebimentos por parte da apelante (fato novo) e discutir o que ficou estipulado no acordo homologado em juízo e tentar através de ação competente a desconstituição do acordo.

Sustenta que não restou demonstrado de maneira irrefutável que a apelada pagou o seu débito, não podendo a julgadora afirmar que não existe nos autos nenhuma prova que infirme as alegações da apelante,

pois só o fato de aceitar um acordo e assinar uma escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária é o suficiente para colocar em dúvidas seus argumentos, pois não fez prova em contrário.

Dispõe que não cabe a aplicação da pena de confissão, no presente caso, eis que o feito fora devidamente contestado e foi formulado um acordo, homologado pelo Juízo e não existe nenhum vício no título apresentado nos autos da execução.

Requer seja dado provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido formulado nos embargos à execução oposto pela ora apelada, condenando-a no pagamento das custas processuais e honorários advocatício.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposto por Marlene Bonifacio da Costa Ramos em face da sentença prolatada pela Juíza da Terceira Vara Cível da Comarca de Corumbá, que julgou "*procedente o pedido inicial formulado nestes embargos, para reconhecer o pagamento integral do mútuo contraído pela embargante e garantido por hipoteca de imóvel, extinguindo a execução com autos apensos pelo adimplemento da obrigação.*

> A embargada sai integralmente sucumbente.
>
> Em atenção à natureza e à importância da causa, ao grau de zelo do profissional, ao tempo de trabalho despendido, ao local da prestação dos serviços e à pequena atividade instrutória desenvolvida, fixam-se honorários advocatícios em favor do FUNADEP em R$ 1.000,00, com atualização pelo IGPM a partir desta data. (f. 89-90)

A apelante ingressou com a ação de execução – Processo n. 008.08.100740-7, objetivando o recebimento da quantia de R$ 14.325,71 (quatorze mil, trezentos e vinte e cinco reais e setenta e um centavos), referente à Escritura Pública de Confissão de Dívida com Garantia Hipotecária, celebrado entre as partes, em 02/06/2006 (f. 7-8 dos autos em apenso).

A apelada opôs os presentes embargos à execução, sob o argumento de que o Sr. Adolfo, esposo da ora apelante, "*emprestou à embargante o valor de cinco mil reais (R$ 5.000,00) com incidência mensal de juros no percentual de 20%, em razão disso, a embargante assinou a escritura no valor de dez mil reais. Na data do "empréstimo" foi cobrado valor de (R$ 480,00), cobrança indevida.*" (f. 3).

Em audiência de instrução e julgamento, ocorrida em 25//09/2009, as partes celebraram acordo, onde constou na cláusula terceira:

> Caso a parte embargante não consiga encontrar comprador para o imóvel dentro do prazo ora afastado, o processo de embargos retomará seu curso, com a designação de audiência de instrução e ulteriores atos, assim como a execução apensa também retomará seu curso; (f. 43-44).

Diante da constatação de que não houve cumprimento do acordo, a magistrada singular assim decidiu:

> [...].
>
> Já fixados os pontos controvertidos (decisão de f. 26), designo audiência de instrução para o dia 03.11.2010, às 14:00, oportunidade em que será tomado o depoimento pessoal da parte embargada e inquiridas as testemunhas arroladas pela embargante. Ademais, a parte embargante será ouvida mediante interrogatório.

> 1. Intimem-se, a parte embargada com a advertência relativa à confissão. (f. 53).

Constou do mandado de intimação da embargada, ora apelante, para comparecimento na audiência (f. 58):

> [...].
>
> ADVERTÊNCIA: Caso deixem as testemunhas de comparecer, sem motivo justificado, serão conduzidas pelo Oficial de Justiça, respondendo pelas despesas do eventual adiamento. Em se trata de parte, deverá comparecer para prestar depoimento pessoal, sob pena de se presumirem confessados os fatos contra ela alegados (art. 343, §§1º e 2º, do CPC).

Verifica-se, portanto, que a magistrada singular designou audiência de instrução e julgamento, tendo em vista o descumprimento do acordo celebrado entre as partes e diante do estipulado na cláusula terceira do referido acordo.

O mandado de intimação para comparecimento na audiência com a advertência descrita acima foi devidamente cumprido pelo analista judiciário (f. 58-59).

Estabelece o art. 343 do CPC:

> Art. 343. Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.
>
> §1º A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor.
>
> §2º Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão.

Portanto, vê-se que foi aplicada a pena de confissão a ora apelante, tendo em vista que apesar de regularmente intimada para prestar depoimento pessoal, sem justo motivo, deixou de comparecer à audiência de instrução e julgamento.

A magistrada singular tão somente cumpriu o disposto na legislação vigente.

É bem verdade que a presunção de que dispõe o §1º do art. 343 do CPC é relativa e não absoluta.

A respeito do tema, lecionam Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, GZ Editora, p. 531:

> [4. Presunção relativa] A presunção de que trata o §1º do art. 343, e mesmo a confissão propriamente dita não induzem necessariamente a que o juiz deva ter por verdadeiros os fatos que dela constituem objeto (a presunção de veracidade dos fatos alegados é, pois, relativa). Como todos os elementos que compõem o quadro probatório, a confissão, meio de prova que é, não pode ser analisada isoladamente, nem tampouco tem valor absoluto. A pena de confesso, é certo, configura elemento ponderável a ter influência no espírito do juiz, quando não colida frontalmente com o restante do conjunto probatório. Não poderá, tal pena de confesso, ter outro alcance que não este, todavia. A denominada pena de confesso há de ser aplicada tendo em vista o conjunto probatório e o exame global que dele faça o juiz (art. 131 do CPC)

No caso em apreço, sustenta a apelada, em sua exordial, que "*já pagou ao casal (embargada e seu esposo) o valor de R$ 5.200,00, não havendo saldo devedor algum"*. (f. 4)

Como bem destacado pela magistrada singular *"a pena de confissão deve ser aplicada, haja vista que nada há nos autos que infirme as alegações da parte embargante de que o empréstimo tomado no valor de R$ 5.000,00, em circunstâncias usurárias, com remuneração mensal de 20% ao passo que nada também contraria a alegação dos pagamentos alegados."*

A ausência da ora apelante na audiência de instrução e julgamento, sem justo motivo, embora devidamente intimada e ciente da advertência constante do mandado, faz concluir que o empréstimo, que culminou na celebração da escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária, foi realizado, aplicando-se juros exorbitantes.

Ora, a apelante tinha ciência que seu depoimento iria sanar a controvérsia com relação *"ao valor do capital mutuado, ao percentual dos juros praticados e à existência dos pagamentos parciais alegados pela embargante"* (f. 26)

Logo, a apelante não deveria ter se eximido da obrigação que lhe competia.

Assim, presumindo-se confessados os fatos alegados pelo embargante, confirma-se a sentença de procedência dos embargos à execução.

Pelo 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. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Fernando Mauro Moreira Marinho e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 3 de abril de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.010201-9 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO - INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – MULTA - ÓRGÃO AUTUADOR - AUTARQUIA MUNICIPAL - AGETRAN - AÇÃO PROPOSTA EM FACE DO DETRAN/MS - ILEGITIMIDADE PASSIVA – RECURSO IMPROVIDO.

O Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul -Detran/MS não é parte legítima para figurar no polo passivo da ação que objetiva a repetição de indébito e indenização por danos morais e materiais em virtude de infração de trânsito que o autor alega não ter cometido, porquanto, além de não ser o órgão responsável pela autuação da infração – no caso, autarquia municiapal -, exerce, através de convênio, apenas a cobrança dos valores das multas, repassando-os posteriormente aos órgãos competentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara 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, 8 de maio de 2012.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Francisco Peres Feitosa, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública e de Reg. Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Repetição de Indébito c/c Indenização que move em face de Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - DETRAN-MS, interpõe apelação cível nesta Corte alegando que o apelado possui legitimidade passiva, porquanto a arrecadação do montante estipulado na multa foi realizada por ele, conforme documento de f. 16.

Aduz que não obstante a notificação da multa ter sido realizada pela Agetran os lucros advindos da infração foram devidamente recebidos pelo apelado. Logo, se compete ao Detran/MS arrecadar o valor cobrado na multa, consequentemente é responsável por restituir os valores indevidamente cobrados, bem como indenizar os danos.

Sustenta que na remota hipótese de manutenção da sentença, em observância ao princípio da economia processual, deveria o réu ter se utilizado das modalidades de intervenção de terceiro para trazer aos autos a parte que entender ser responsável.

Relata ser de conhecimento de todos que o lugar apontado como local da infração não existe, eis que as ruas descritas no auto de infração são paralelas. Desse modo, inexistindo o local da ocorrência a multa não pode subsistir.

Expõe que o nexo causal entre o fato e o dano é evidente, bem como o ato de abater dos rendimentos e despesas usuais do apelante a quantia para quitar infração de trânsito que jamais poderia ter ocorrido gera dano presumido.

Requer o provimento do recurso.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Francisco Peres Feitosa, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública e de Reg. Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Repetição de Indébito c/c Indenização que move em face de Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - DETRAN-MS, interpõe apelação cível nesta Corte alegando que o apelado possui legitimidade passiva, porquanto a arrecadação do montante estipulado na multa foi realizada por ele, conforme documento de f. 16.

Inicialmente mister se faça um breve relato dos fatos.

Segundo o relatório da sentença (f. 70):

> Francisco Peres Feitosa ajuizou a presente AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS em face do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – DETRAN/MS, alegando, em síntese, que:
>
> - no segundo semestre de 2008 recebeu uma notificação de penalidade e autuação e posteriormente notificação de penalidade, por infração de trânsito – art. 208 do CTB, Lei 9.503/97, impondo-lhe multa no valor de R$ 191,53 (cento e noventa e um reais e cinquenta e três centavos) e registro de 07 (sete) pontos na CNH;
>
> - na notificação consta que a descrição do código da infração foi por avançar o sinal vermelho do semáforo e consta que o local da infração seria a rua Rio Grande do Sul X Avenida Calógeras, no Município de Campo Grande-MS, cometida em 17/07/2008, às 09:57;
>
> - ocorre que neste município não existe um cruzamento entre a Rua Rio Grande do Sul com a Avenida Calógeras, visto que estas ruas são paralelas e não concorrentes;
>
> - em julho de 2010, quando o requerente foi regularizar a situação de seu veículo automotor junto ao DETRAN-MS, para poder obter a documentação de porte obrigatório, foi constrangido à pagar licenciamento, seguro, IPVA e a citada multa indevida;
>
> - o requerente, quando do recebimento da notificação, entrou em contato cm o requerido para explicar e tentar resolver amigavelmente a situação, porém foi tratado com descaso e foi informado por seus representantes que nada poderiam fazer e que caberia ao requerente tentar solucionar seu problema de forma administrativa ou judicial;

> - sofreu danos de natureza patrimonial ao ser apenado com a cobrança indevida de multa pecuniária e de natureza moral ao sofrer aborrecimentos, chateações, incômodos, cobranças indevidas e penalidades sumárias;
>
> - nesses termos, pugnou pelo julgamento procedente do pedido, requerendo que o réu seja condenado a restituir em dobro o valor indevidamente cobrado e pago, bem como condenado a pagar indenização por danos materiais, no valor de R$ 1.000,00 e indenização por danos morais, no valor de R$ 1.915,30.
>
> - instruíram a inicial documentos de f. 10-16.

Intimado, o apelado apresentou contestação arguindo, preliminarmente, ilegitimidade passiva, porquanto a multa foi aplicada pela Agência Muncipal de Transporte e Trânsito - Agetran.

O magistrado acolheu a tese de ilegitimidade, sob os seguintes fundamentos:

> Em sua contestação o requerido arguiu em preliminar que não é parte legitima para integrar o pólo passivo da demanda, uma vez que a multa foi aplicada pela AGETRAN, competindo ao requerido apenas a arrecadação das multas e repasse direto às autarquias do Município. A isto o autor contra-argumentou que foi o DETRAN/MS quem exigiu o recolhimento do tributo por ocasião do licenciamento do veículo, sendo, portanto, parte legítima.
>
> Tem razão o réu. A infração de trânsito teve como órgão autuante a Agência Municipal de Transporte e Trânsito - AGETRAN, razão pela qual é contra esta autarquia do Município de Campo Grande/MS que o autor deve demandar.
>
> O DETRAN/MS é competente apenas para efetuar o licenciamento do veículo, mas para tanto devem estar quitadas todas as multas relativas ao veículo, como dispõe o § 2º, do art. 131, do CTB:
>
> Art. 131. O Certificado de Licenciamento Anual será expedido ao veículo licenciado, vinculado ao Certificado de Registro, no modelo e especificações estabelecidos pelo CONTRAN.
>
> [...]
>
> § 2º O veículo somente será considerado licenciado estando quitados os débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito e ambientais, vinculados ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas.
>
> Por determinação legal, possuindo o veículo débitos relativos a tributos, encargos e multas, independente de serem federais, estaduais ou municipais, estes débitos devem ser recolhidos primeiro no DETRAN/MS para que se possa efetuar o licenciamento. Porém o DETRAN/MS mantém convênio com outros órgãos públicos, para a cobrança das multas aplicadas por infração de trânsito, e, logo que recolhidos os débitos para que se possa efetuar licenciamento, o valor arrecadado é repassado para a autarquia correspondente.
>
> Então, não é o DETRAN/MS quem exige o pagamento da multa para o licenciamento do veículo, em é ele o responsável pela devolução do valor. Veja-se decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – ATO PRATICADO POR ÓRGÃO FEDERAL – AÇÃO MOVIDA CONTRA O DETRAN/MS – PROCEDÊNCIA – APELO QUESTIONANDO

A LEGITIMIDADE PARA A CAUSA – PROVIMENTO POR MEIO DE DECISÃO SINGULAR – ILEGITIMIDADE CONFIRMADA. O Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul exerce por força de convênio a cobrança de multa por infração de trânsito aplicada por outros órgãos públicos. Todavia, não é parte legítima para responder por ação em que o suposto infrator pretende ver declarada a nulidade da penalidade aplicada pelo DNER/DENIT.

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – MULTA APLICADA PELA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL – ÓRGÃO DA UNIÃO – PRETENSÃO DE REPETIÇÃO AJUIZADA CONTRA O DETRAN/MS – ILEGITIMIDADE PASSIVA – PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO COM BASE NO ART. 20, § 4º DO CPC – APRECIAÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ – VALOR, NA ESPÉCIE, NÃO CONDIZENTE COM O TRABALHO DESENVOLVIDO – MAJORAÇÃO – RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO E DO RÉU PROVIDO.

O Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul exerce por força de convênio a cobrança de multa por infração de trânsito aplicada por outros órgãos públicos, como por exemplo a Polícia Rodoviária Federal, não sendo parte legítima, todavia, para responder eventual ação de repetição do valor da multa.

Na hipótese de extinção do processo sem resolução do mérito, os honorários advocatícios deverão ser fixados mediante apreciação equitativa do juiz, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Não sendo condizente com o trabalho desenvolvido pelos procuradores da parte adversa, deve ser provido o recurso que objetiva a majoração da verba honorária. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.002839-1/0000-00, 1ª Turma, Des. Joenildo de Sousa Chaves, j. 28/07/2010)

Também é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CODIGO NACIONAL DE TRANSITO. APLICACAO DE MULTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CARACTERIZACAO. TENDO SIDO APLICADAS AS MULTAs QUE SE PRETENDE SUSPENDER PELO MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE, ATRAVES DE SEU ORGAO FISCALIZADOR DE TRANSITO, E PELO DAER, NAO HA QUE SE COGITAR DE RESPONSABILIDADE DO DETRAN PARA RESPONDER PELAS MESMAS, PORQUANTO ESTE NAO LAVROU OS RESPECTIVOS AUTOS DE INFRACAO. ASSIM, NAO HAVENDO RELACAO DE DIREITO MATERIAL ENTRE O AUTOR E A CITADA AUTARQUIA ESTADUAL, E A MESMA PARTE PASSIVA ILEGITIMA NO FEITO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM ACOLHIDA. PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MERITO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70004727806, PRIMEIRA CÂMARA ESPECIAL CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA, JULGADO EM 27/02/2003).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA DE TRANSITO. ACAO ANULATORIA. DEFESA PREVIA. ILEGITIMIDADE DO DETRAN. PENALIDADES IMPOSTAS POR ENTES ADMINISTRATIVOS OUTROS. QUANDO TODAS AS PENALIDADES DE MULTA DE TRANSITO QUE SE CONSTITUEM NO OBJETO DA PRETENSAO ANULATORIA FORAM IMPOSTAS POR AUTORIDADES DE TRANSITO DIVERSAS (MUNICIPIO DE SANTA MARIA E DAER), NENHUMA DELAS PELO DETRAN, UNICO SUJEITO PASSIVO DA DEMANDA, O AGRAVO INTERPOSTO CONTRA A NEGATIVA DE LIMINAR ANTECIPATORIA RESULTA IMPROCEDENTE. A AUTARQUIA ESTADUAL RE, ORGAO ESTADUAL EXECUTIVO DE TRANSITO

(ART. 22 DO CTB) NAO RESPONDE PELAS PENALIDADES IMPOSTAS POR ENTES ADMINISTRATIVOS OUTROS. AGRAVO DESPROVIDO." (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70004748299, PRIMEIRA CÂMARA ESPECIAL CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: EDUARDO UHLEIN, JULGADO EM 24/10/2002).

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO, DESCONSTITUIÇÃO DE MULTA. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. INSTRUMENTO DE AGRAVO FORMADO DE MODO DEFICIENTE, NÃO PERMITINDO A EXATA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DETRAN PARA RESPONDER POR EVENTUAL IRREGULARIDADE DA AUTUAÇÃO, ATO DE RESPONSABILIDADE DO ÓRGÃO AUTUADOR. AGRAVO IMPROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70005348578, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS, JULGADO EM 13/02/2003).

Não foi o DETRAN/MS quem lavrou o auto de infração, então, não lhe cabe devolver o valor da multa paga.

Caso o autor pretendesse licenciar o veículo sem o pagamento da multa, deveria ter ajuizado ação própria.

O requerimento do autor refere-se a cobrança de multa paga indevidamente e esta teve como órgão autuante a Agência Municipal de Transporte e Trânsito – AGETRAN, do Município de Campo Grande/MS. Por isso o Departamento Estadual de Trânsito do MS – DETRAN/MS, é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da lide em questão.

III. Decisão

Ante todo o exposto, JULGA-SE EXTINTO PROCESSO, nos termos do artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

Condena-se, o autor ao pagamento das custas processuais, diferidas nos termos do art. 12, da Lei 1.060/50, isentando-o do pagamento dos honorários advocatícios por ser hipossuficiente."

Irresignado, o autor recorre a esta Corte, pleiteando a reforma da sentença.

Alega para tanto, que o apelado possui legitimidade passiva, porquanto a arrecadação do montante estipulado na multa foi realizada por ele, conforme documento de f. 16.

Em que pesem os argumentos expendidos pelo apelante, tenho que a sentença deve ser mantida pelos próprios fundamentos.

O requerente recebeu uma notificação de penalidade de autuação e posteriormente notificação de penalidade por infração de trânsito, por ter avançado o sinal vermelho na Rua Rio Grande do Sul x Avenida Calógeras, nesta capital, o que lhe gerou uma multa de R$ 191,53 (cento e noventa e um reais e cinquenta e três centavos).

Como a infração ocorreu na cidade de Campo Grande-MS, a Agetran, autarquia municipal, expediu a notificação.

No entanto, o autor ingressou com a ação em face do Detran/MS, porquanto, segundo ele, foi o órgão que arrecadou o valor da multa imposta.

No presente caso, tenho que o órgão responsável em expedir a notificação, também é o ente responsável para responder a presente ação, ou seja, como o órgão autuante foi a Agetran, autarquia municipal, é contra ela que o apelante deveria demandar, tanto é verdade, que os documentos de f. 13/14, constam a seguinte observação "Órgão Competente – Agetran".

Ademais, importante ressaltar que os órgãos de fiscalização de trânsito detêm personalidades próprias e distintas, cada um afeito às suas próprias competências, instituídas pelo Código de Trânsito Brasileiro.

Assim preceitua o art. 22, III, do CTB:

> Compete aos órgãos ou entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, no âmbito de sua circunscrição: V - executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis pelas infrações previstas neste Código, excetuadas aquelas relacionadas nos incisos VI e VIII do art. 24, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito.

Já o art. 24, VI, do aludido Código dispõe que:

> Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:
>
> [...]
>
> VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito.

Como se vê-se, o Código de Trânsito Brasileiro retirou do Detran a competência para autuação de infrações de trânsito quando estas forem cometidas no âmbito de circunscrição dos Municípios.

Desse modo, como a infração ocorreu na cidade de Campo Grande-MS, é parte legítima o órgão municipal que procedeu a autuação da infração, no caso, a Agetran.

Colha-se excerto do voto proferido pelo Ministro Mauro Campbell Marques:

> Por outro lado, na discussão acerca de eventuais vícios no processo administrativo relacionado ao cometimento de infrações no trânsito e posterior aplicação das penalidades cabíveis deverão estar no pólo passivo, necessariamente, os órgãos responsáveis pela autuação - no caso, o DAER e a EPCT. Tanto é assim que, em diversos julgados desta Corte, é o DAER que figura como réu das ações que tratam do tema. Veja-se, por exemplo, o Resp 868.562/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJU 12.12.2006, e o Resp 845.013/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJU 16.10.2006." (REsp 676595, SEGUNDA TURMA, j., 19/08/2008)

No mesmo sentido já decidiu o e. Des. Dorival Renato Pavan:

> [...] como no caso, a multa foi imposta em razão de passagem em lombada eletrônica com velocidade superior à permitida para o local, aplicada pela Prefeitura Municipal, como se constata do documento de fls. 15, a ação haveria de ser movida em face do Município ou, então, em face da autarquia municipal instituída para fiscalizar o trânsito municipal, que são os detentores da competência para anular o respectivo auto, em face de quem, assim, a ação deveria ter sido dirigida.
>
> Assim, é absolutamente correto o fundamento da sentença, quando argumentou que "se a infração de trânsito objeto da lide tem como órgão autuador o Município de

> Campo Grande-MS, por sua agência de trânsito, é cediço que quem pode responder pela aludida infração e eventual vício no processo administrativo é o referido município, porquanto é quem detém os meios necessários para rechaçar a alegação da parte requerente que não foi devidamente notificada ou eventualmente concordar com a anulação do ato administrativo.

Assim constou na ementa:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO – MULTA DE TRÂNSITO – INFRAÇÃO COMETIDA NA CIDADE DE CAMPO GRANDE – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DETRAN/MS CONFIGURADA – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.
>
> O Código de Trânsito Brasileiro estabelece competência concorrente para a fiscalização e autuação do infrator de trânsito, no âmbito de suas respectivas circunscrições.
>
> Se a multa é aplicada no exercício regular da fiscalização de trânsito pela autoridade municipal, e se a autora objetiva a declaração de nulidade do respectivo auto de infração, é manifestamente parte ilegitima passiva ad causam o DETRAN, na medida em que a multa em questão foi aplicada pelo órgão executivo municipal, ex vi dos artigos 21, VI, VIII e IX, 22, III e 24, VI, do CTB (Lei Federal 9.503/97).
>
> Recurso improvido. Sentença mantida." (Apelação Cível - Sumário - N. 2010.008704-1, Des. Dorival Renato Pavan, Quarta Turma Cível, j., 20/04/10)

Logo, não sendo o Detran/MS responsável pela autuação da infração, não há falar em legitimidade passiva.

Vale ressaltar que o apelado é competente apenas para efetuar o licenciamento do veículo, mas para tanto devem estar quitadas todas as multas relativas ao bem, como dispõe o § 2º, do art. 131, do CTB:

> Art. 131. O Certificado de Licenciamento Anual será expedido ao veículo licenciado, vinculado ao Certificado de Registro, no modelo e especificações estabelecidos pelo CONTRAN.
>
> [...]
>
> § 2º O veículo somente será considerado licenciado estando quitados os débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito e ambientais, vinculados ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas.

Como se denota, o veículo somente será licenciado quando quitados todos os débitos relativos a multa, tributos, etc., ocasião em que o Detran/MS recolhe esses valores e, através de convênio, os repassa para os órgãos competentes.

Nesse sentido fundamentou o magistrado a quo (f. 71 verso):

> Por determinação legal, possuindo o veículo débitos relativos a tributos, encargos e multas, independente de serem federais, estaduais ou municipais, estes débitos devem ser recolhidos primeiro no DETRAN/MS para que se possa efetuar o licenciamento. Porém o DETRAN/MS mantém convênio com outros órgãos públicos, para a cobrança das multas aplicadas por infração de trânsito, e, logo que recolhidos os débitos para que se possa efetuar licenciamento, o valor arrecadado é repassado para a autarquia correspondente.

> Então, não é o DETRAN/MS quem exige o pagamento da multa para o licenciamento do veículo, em é ele o responsável pela devolução do valor.

No mesmo diapasão já decidiu esta Corte:

> É bem verdade que consta no boleto de f. 12 do Detran/MS, referente ao licenciamento do veículo do autor, a multa de R$ 574,61 (quinhentos e setenta e quatro reais e sessenta e um centavos), aplicada pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem. Isso, naturalmente, porque o Detran/MS mantém convênio com outros órgãos públicos, para a cobrança das multas aplicadas por infração de trânsito. (Agravo Regimental em Apelação Cível - Ordinário - N. 2004.003188-2/0001, Des. Josué de Oliveira, Primeira Turma Cível, j., 06/12/2005)

Cito excerto do voto proferido pelo Des. Joenildo de Sousa Chaves:

> Conforme se verifica dos autos a multa foi aplicada pela Polícia Rodoviária Federal, órgão pertencente à União, sendo que os órgãos estaduais têm convênios para a cobrança de tais multas, não significando que arrecadem aos seus próprios cofres referidos valores, que são repassados ao órgão competente. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.002839-1, Des. Joenildo de Sousa Chaves, Primeira Turma Cível, j., 28/09/10)

E ainda:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE MULTAS DE TRÂNSITO CUMULADA COM DANO MORAL – ÓRGÃO AUTUADOR – PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DETRAN/MS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> O Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – DETRAN/MS – realiza, por força de convênio, a cobrança de multas por infração de trânsito aplicadas por diversas municípios e outros órgãos públicos. Todavia, não é parte legítima para responder por ação em que o suposto infrator pretende ver declarada a nulidade da penalidade aplicada. (TJMS - Agravo - N. 2009.031396-6, Des. Sérgio Fernandes Martins, Primeira Turma Cível, j., 04/05/2010)

Entrementes, o fato de constar na guia única de arrecadação emitida pelo Detran (f. 16) a multa aplicada ao autor, não significa que o órgão arrecada os valores para os seus próprios cofres, porquanto como já fundamentado, o Detran/MS possui convênio com outros órgãos públicos, que recebem o valor por ele repassado.

Assim, não sendo o Detran/MS o órgão responsável pela autuação da infração, mas apenas pela cobrança dos valores das multas por infração de trânsito – valores estes repassados aos órgãos competentes -, deve ser reconhecida a sua ilegitimidade.

Por derradeiro, não há falar que o réu deveria ter se utilizado das modalidades de intervenção de terceiro para trazer aos autos a parte que entender ser responsável, porquanto, competia ao autor ingressar corretamente contra quem de direito.

Pelo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença pelos próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 8 de maio de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.005730-5 - Caarapó
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. USUCAPIÃO. CONEXÃO DE AÇÕES. EXERCÍCIO DE POSSE POR PERÍODO SUPERIOR A DOZE ANOS. APRESENTAÇÃO DE OPOSIÇÃO DEPOIS DE IMPLEMENTADOS OS REQUISITOS DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. SENTENÇA MANTIDA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

A posse que legitima o pedido da usucapião extraordinário deve ser declarada para que surta os efeitos da aquisição originária que lhe é inerente, enquanto o pedido de reintegração de posse conexo deve ser improvido, porquanto manifestamente incompatível com a prescrição aquisitiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento aos recursos.

Campo Grande, 20 de junho de 2012.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Antônio Fancelli e outro contra a sentença (f. 699-705) que julgou improcedente a ação de reintegração de posse promovida em desfavor de Aparecida Neide Penha.

Os apelantes alegam, em síntese, que:

> A observância dos autos deixa claro que deve ser concedida a reintegração de posse em favor dos apelantes, pois preenchidos os requisitos para tanto e não há provas de que a apelada possua direito de usucapiar o imóvel em litígio (f. 710).
>
> [...] a apelada não pode querer computar o prazo em que o Sr. Genivaldo esteve sobre o imóvel, que se deu a partir de 2000, de forma precária, conforme já demonstrado, para fins de usucapião (f. 714).
>
> Da mesma maneira, o contrato firmado entre a apelada e o senhor Genivaldo – folhas 127 – além de bão possuir validade, pois se trata de compra e venda a nom domini, a posse exercida pela apelada, que adveio do Sr. Genivaldo, também é precária, pois conforme alega a própria apelada, ela deu continuidade a posse que era exercida pelo Sr. Genivaldo (f. 714).

> [...] a posse nunca deixou de ser exercida pelo apelante, pois a partir do momento que o Sr. Genivaldo adentrou no mesmo em 2000 – folhas 128 -, a mesma passou a ser exercida pelos apelantes de forma indireta, e a da apelada de forma direta, mas precária (f. 715).

Ao final, requer "[...] *seja o presente recurso conhecido e, quando do seu julgamento, lhe seja dado integral provimento reformando a sentença recorrida, no sentido de julgar procedente o pedido de reintegração de posse formulado pelos apelantes* [...]" (f. 716).

A apelada, devidamente intimada, apresentou contrarrazões (f. 723-725).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Cuida-se, como relatado, de apelação cível interposta por Antônio Fancelli e outro contra a sentença (f. 699-705) que julgou improcedente a ação de reintegração de posse promovida em desfavor de Aparecida Neide Penha.

Verifico, de plano, que, com relação à matéria trazida no recurso, a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcrevo trechos da mesma que servem para embasar a presente decisão:

> [...]
>
> Os presentes autos possuem conexão com os autos n. 0000805-98.2010.8.12.0031 (ação de usucapião) em apenso, de tal sorte que ambas estão sendo julgadas simultaneamente, a fim de evitar decisões conflitantes. Pois bem, a sentença proferida na ação de usucapião (em apenso) reconheceu a ocorrência da prescrição aquisitiva em favor da ora requerida, haja vista que restaram comprovados naqueles autos os requisitos da usucapião extraordinária. Por esta razão não há possibilidade de procedência do pedido de reintegração de posse formulado na presente ação, haja vista o reconhecimento da usucapião em favor da requerida na ação de usucapião. A concessão da reintegração de posse nos presentes autos somente seria possível no caso de improcedência do pedido de usucapião, mas isso não ocorreu. Ao contrário, a requerida produziu provas suficiente da posse vintenária nos autos em apenso, e os requerentes, por sua vez, não se incumbiram do *onus probandi* que lhe competiam nos presentes autos, a fim de afastar o direito da requerida sobre a usucapião. Desta forma, em análise das provas carreadas aos autos, não vislumbro nenhuma capaz de afastar o direito da requerida sobre a usucapião do imóvel, sendo importante lembrar que as provas produzidas nos presentes autos são as mesmas produzidas na ação de usucapião em apenso (autos nº 0000805-98.2010.8.12.0031).
>
> [...]
>
> Assim, é improcedente a pretensão dos requerentes de serem reintegrados no imóvel objeto da presente lide, se restou comprovado os requisitos da usucapião em favor da requerente, nos autos em apenso (nº 0000805-98.2010.8.12.0031).
>
> [...]
>
> Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos constam, julgo improcedente o pedido de reintegração de posse, e via de consequência, extinto o feito, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Como se vê, razão não assiste aos ora apelantes.

Ora, cediço que o possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, e reintegrado, na hipótese de esbulho, consoante dispõem os artigos 1.210, do Código Civil, e o artigo 926, do Código de Processo Civil,

Outrossim, sabido que, para configurar o direito à reintegração da posse, três pressupostos[1] são exigidos, quais sejam: a) deve o possuidor esbulhado ter exercido uma posse anterior; b) ter ocorrido esbulho; c) ter havido a perda da posse em razão do esbulho praticado.

No caso em epígrafe, contudo, nenhum dos requisitos acima restou comprovado pelos ora apelantes, autores da reintegratória.

Destarte, não há prova nos autos de que o anterior proprietário também tivesse ocupado o imóvel, bem como, especialmente, não há prova do esbulho que teria sido praticado pela ora apelada.

Por outro lado, a toda evidência, o terceiro requisito não foi preenchido, porquanto não houve perda da posse em razão do esbulho. Na verdade, a perda deu-se exclusivamente em decorrência da prescrição aquisitiva em favor da demandada da ação reintegratória.

Assim, tendo em vista o provimento da ação de usucapião, improcede a pretensão de reintegração de posse dos ora apelantes.

Nesse sentido, e porque os autos são aptos a demonstrar que a apelada está a exercer posse sobre o imóvel há mais de vinte anos, posse esta ininterrupta, com *animus domini*, sem oposição, ao lado de não existir obstáculo objetivo, inarredável é a conclusão de que de fato encontram-se presentes os requisitos necessários ao reconhecimento da aquisição da propriedade por usucapião.

Aliás, sobre o tema, a jurisprudência pátria comunga do mesmo entendimento. Veja-se:

> APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. USUCAPIÃO. CONEXÃO. COMPRA E VENDA VERBAL. EXERCÍCIO DE POSSE POR PERÍODO SUPERIOR A DOZE ANOS. COMODATO NÃO DEMONSTRADO. APRESENTAÇÃO DE OPOSIÇÃO DEPOIS DE IMPLEMENTADOS OS REQUISITOS DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. Ação de reintegração de posse conexa com ação de usucapião extraordinário, embasada no art. 1.238, parágrafo único, do CCB. Comprovação, pelo autor, da aquisição do imóvel através de contrato verbal, com utilização do bem, como sua residência, por período superior a doze anos. Alegações do réu, sem qualquer forma de comprovação, não merecem acolhida, de acordo com o disposto no art. 333, II, do CPC. Em razão da natureza declaratória da ação de usucapião, a posterior apresentação de oposição, pelo antigo proprietário, não desconstitui a usucapião, quando já implementada. Restando caracterizada a prescrição aquisitiva, fica prejudicado o pedido de reintegração de posse, uma vez que não se vislumbra esbulho possessório, em virtude de a parte já ter adquirido o próprio domínio sobre o imóvel. Mantida a sucumbência. NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS. UNÂNIME.[2]

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO (BENS IMÓVEIS). USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO. REQUISITOS PRESENTES. Demonstrado que o demandado é possuidor de área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por período superior a cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para a sua moradia e de sua família, sem ser proprietário de outro imóvel, impõe-se o acolhimento da exceção de usucapião. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO.[3]

1 RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 105.

2 TJRS - Apelação Cível n. 70025434127, Relator: Des. Nelson José Gonzaga, 18ª Câmara Cível, D.J: 19.2.2009.

3 TJRS - Apelação Cível n. 70017836123, Relator: Pedro Celso Dal Pra, 18ª Câmara Cível Julgado em 14/06/2007.

> Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. POSSE. PROVA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONEXÃO. PROVADA a posse que legitima o pedido da usucapião extraordinária, esta deve ser declarada para que surta os efeitos da aquisição originária que lhe é inerente, enquanto o pedido de reintegração posse conexo deve ser rejeitado, porquanto manifestamente incompatível.[4]

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Antônio Fancelli e outro para manter incólume a sentença ora combatida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 20 de junho de 2012.

***

4 TJMG - Apelação Cível 1.0569.05.000418-7/001, 0004187-83.2005.8.13.0569 (1), Relator: Des. José Flávio de Almeida, 12ª CÂMARA CÍVEL, D.J: 26/08/2009.

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.007199-6 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À MONITÓRIA. PEDIDO DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA. ORGANIZAÇÃO RELIGIOSA. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. INSUFICIÊNCIA FINANCEIRA NÃO COMPROVADA. SENTENÇA MANTIDA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

A pessoa jurídica, mesmo tratando-se de entidade sem fins lucrativos, necessita comprovar a insuficiência financeira alegada para fazer jus ao benefício da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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 março de 2012.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Internacional Shalom contra decisão (f. 199-111) que acolheu parcialmente os embargos à monitória opostos em face de Perkal Automóveis Ltda.

A organização religiosa, ora apelante alega, em síntese, que:

> Conforme foi devidamente defendido nos embargos a monitória, bem como está manifestamente provado nos autos, a recorrente/embargante trata-se de uma entidade filantrópica religiosa, ou seja, sem fins lucrativos (f. 117).
>
> Outrossim, não houve impugnação de maneira processualmente cabível (apartado) da parte embargada, bem como não há prova nos autos de condição favorável, muito pelo contrário prova de sua condição de dificuldade financeira, onde o fato de ser entidade sem fins lucrativos já esclarece o prejuízo em arcar com ônus sucumbenciais (f. 117).
>
> [...] verifica-se na decisão recorrida, as duas partes saíram vencedoras, onde o recorrente venceu quanto a principal matéria discutida dos embargos, o qual combatia a forma de correção monetária e atualização ilegal a qual vinha fazendo a embargada na ação monitória (f. 119).

Por fim, "[...] *considerando que, o direito e a organização da vida em sociedade não dá apoio a intuitos imorais, deverá ser dado provimento ao presente recurso, para cassar parcialmente a sentença*

quanto a justiça gratuita negada e ônus sucumbenciais, para neste momento deferir a justiça gratuita à embargante/recorrente, bem como inverter ou alternativamente distribuir os ônus sucumbenciais entre as partes, o que se requer, posto o julgamento parcial dos embargos, mantendo-se a sentença quanto as demais matérias resolvidas, ora não recorridas [...]" (f. 120).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Internacional Shalom contra decisão (f. 199-111) que acolheu parcialmente os embargos à monitória opostos em face de Perkal Automóveis Ltda.

Cediço que o pedido de concessão da gratuidade judiciária, pleiteada pela ora apelante à f. 86, foi indeferido na sentença (f. 109), por não haver demonstração da dificuldade em arcar com as despesas processuais.

Com efeito, a organização religiosa, ora apelante, afirma fazer jus ao benefício, "[...] *por se tratar de entidade sem fins lucrativos, não haveria necessidade de ampla demonstração de prova, conforme defendido nas jurisprudências colacionadas nos embargos, bem como mais jurisprudências que abaixo se transcreve* [...]" (f. 117).

Anote-se, por necessário, que a Lei n. 1060/50, no art. 4°, prevê o instituto da gratuidade judiciária:

> A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Embora a redação do dispositivo não distinga a pessoa jurídica da pessoa física, a jurisprudência tem entendido que à pessoa física efetivamente basta a declaração da necessidade – salvo prova em contrário, podendo o Juiz exigi-la mesmo de ofício –, enquanto da pessoa jurídica é exigível a demonstração, pela própria postulante, da necessidade deste benefício.

Nesse sentido, veja-se a jurisprudência:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. IGREJA EPISCOPAL ANGLICANA DO BRASIL DIOCESE MERIDIONAL. PESSOA JURÍDICA. DESCABIMENTO. INSUFICIÊNCIA FINANCEIRA NÃO COMPROVADA. CUSTAS A FINAL NO CASO CONCRETO. A declaração de pobreza firmada pela parte gera presunção relativa, podendo ser verificados outros elementos no processo para a análise da necessidade de a parte obter AJG. A pessoa jurídica, em regra, não tem direito ao benefício da assistência judiciária gratuita, que é destinado à pessoa física. Não obstante requerida pela Igreja Episcopal Anglicana do Brasil Diocese Meridional, ainda que possa se tratar de entidade sem fins lucrativos, beneficente ou filantrópica, é imprescindível a comprovação da insuficiência financeira alegada, situação inocorrente. Caso concreto em que a decisão agravada assegurou o recolhimento de custas a final, afastando prejuízo neste momento processual. Precedentes do TJRGS e STJ. Agravo de instrumento a que se nega seguimento.[5]

5 TJRS - Agravo de Instrumento n. 70034455477, 22ª Câmara Cível, Relator: DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO, Julgado em 26.1.2010.

No mesmo norte o entendimento do STJ:

> REsp n. 370039, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Data da Publicação 26.2.2009, RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, RECORRIDO: INSTITUTO EDUCACIONAL DE PASSO FUNDO DA IGREJA METODISTA
>
> [...]
>
> Discute-se nos autos a possibilidade de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas. Verifico que o Tribunal de origem deferiu a isenção em virtude da comprovação da impossibilidade de arcar com os custos do processo, que é pressuposto para o benefício. Transcrevo trecho do voto-condutor (fl. 70):
>
> [...]
>
> O acórdão recorrido não merece reforma, pois o entendimento pacífico desta Corte é de que o benefício da justiça gratuita somente é estendido à entidade beneficente que comprove a impossibilidade de suportar os encargos da lide:
>
> PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO DE NECESSIDADE, AINDA QUE SE TRATE DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS, BENEFICENTES OU FILANTRÓPICAS.
>
> 1. "Cabe à pessoa jurídica, que comprovar não ter condições de suportar os encargos do processo, não relevando se ela possui fins lucrativos ou beneficentes, o benefício da justiça gratuita" (EREsp n.º 321.997/MG, Corte Especial, Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 16.08.2004).
>
> 2. Precedentes da Corte Especial: EREsp n.º 653.287/RS, Min. Ari Pargendler, DJ de 19.09.2005 e EREsp n.º 409.077/RS, Min. Laurita Vaz, DJ de 25.09.2006.
>
> 3. Embargos de divergência a que se nega provimento. (EREsp 839.625/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 15.10.2007 p. 224).
>
> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO DO JULGADO. INOCORRÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO DE NECESSIDADE, AINDA QUE SE TRATE DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS, BENEFICENTES OU FILANTRÓPICAS.
>
> [...]
>
> 2. "Cabe à pessoa jurídica, que comprovar não ter condições de suportar os encargos do processo, não relevando se ela possui fins lucrativos ou beneficentes, o benefício da justiça gratuita" (EREsp n.º 321.997/MG, Corte Especial, Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 16.08.2004).
>
> 3. Precedentes da Corte Especial: EREsp n.º 653.287/RS, Min. Ari Pargendler, DJ de 19.09.2005 e EREsp n.º 409.077/RS, Min. Laurita Vaz, DJ de 25.09.2006.
>
> 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 648.042/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.11.2007, DJ 22.11.2007 p. 187).

[...]

Diante do exposto, nos termos do art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao Recurso Especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 23 de janeiro de 2009.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

Fixado, então, o ônus de a pessoa jurídica demonstrar a necessidade do benefício da gratuidade judiciária, tenho que, no caso concreto, este não veio demonstrado, pois o documento da f. 91-100, não faz prova da necessidade do benefício.

Cumpre referir ainda que a organização religiosa, ora apelante, está representada por advogado particular, o que indica possuir condições de arcar com as despesas do processo.

Não demonstrada a efetiva impossibilidade de arcar com as custas, não há como se acolher o recurso.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação cível interposto pelo Ministério Internacional Shalom, mantendo intacta a sentença ora combatida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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, 28 de março de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.015677-5 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. BLOQUEIO INDEVIDO DE CONTA SALÁRIO. DANO MORAL CARACATERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

O bloqueio indevido de numerário em conta-corrente configura ato ilícito e enseja indenização por danos morais.

Inexistindo parâmetros para a fixação do valor do dano, a indenização por danos morais deve ser fixada pelo julgador com fulcro nos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a evitar a configuração de enriquecimento ilícito, em busca de atender sempre a função compensatória do ofendido e sancionatória do ofensor.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de maio de 2012.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo Banco do Brasil S.A. contra a sentença que julgou procedente a ação de indenização por danos morais que lhe move José Fernandes de Moura.

A instituição financeira apelante assevera, em síntese, que:

> Alega a parte autora que no mês de maio de 2010 ao utilizar o seu cartão bancário foi informado que não havia sido autorizado, tendo nessa oportunidade solicitado para que o funcionário tentasse mais uma vez eis que sabia que havia provisão de saldos (f. 138).
>
> Aduziu ainda que em contato com a agência, foi informado que sua conta fora bloqueada uma vez que a ordem refere-se a medida investigativa tendo sido autorizada pelo Magistrado (f. 139).
>
> [...] há de se verificar que o banco requerido procedeu de maneira regular, ante o bloqueio pelo CPF da parte autora (f. 139).
>
> [...] não há como se vislumbrar verossimilhança nas alegações da apelada: não há comprovação da conduta culposa ou dolosa do Banco do Brasil, e nem nexo de causalidade que lhe impute responsabilização (f. 151).

Ao final, requer "[...] *seja dado provimento ao recurso, a fim de reformar a r. sentença, julgando improcedente o pedido de indenização por danos morais*" (f. 152).

O apelado, devidamente intimado, apresentou as contrarrazões (f. 162-178).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se, como relatado, de recurso de apelação cível interposto pelo Banco do Brasil S.A. contra a sentença que julgou procedente a ação de indenização por danos morais que lhe move José Fernandes de Moura.

Da análise dos autos, verifica-se que José Fernandes de Moura ajuizou a presente ação de indenização, sob a alegação de que teve sua conta indevidamente bloqueada pelo banco ora apelante por mais de três meses, obstando-o de sacar dinheiro para sua subsistência, tendo que efetuar empréstimos com amigos e familiares.

A sentença, como relatado, julgou procedentes os pedidos formulados na demanda, condenando o banco ora recorrente ao pagamento de indenização de R$ 10.000,00, a título de dano moral.

O banco apelante insurge-se contra a aludida sentença, argumentando que (i) não há prova do fato constitutivo do direito do autor; e (ii) não existe, no caso, dever jurídico de indenização por danos morais.

Anote-se, por primeiro, que, conquanto o banco apelante alegue que tenha bloqueado a conta do apelado em razão de ordem judicial, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, qual seja, demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Veja-se, a propósito, trecho da sentença objurgada:

> [...] verifico que o dano efetivamente restou caracterizado, porquanto o requerido não comprovou a existência de ordem judicial que teria determinado o bloqueio de conta do autor, como alegado na contestação.
>
> Não fosse isso, do ofício de n. 048/2010 (f. 28-29) não consta o número da conta corrente do autor (6520-x), de modo que procede o pedido de condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais, mormente porque os dissabores pelos quais passou o requerente ultrapassou a barreira do razoável, ou seja, aquilo que se deve absorver como consequência da vida em sociedade e decorrentes de suas relações (f. 132)

Aplica-se, portanto, ao caso o artigo 186 do Código Civil, que estabelece: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Ora, a negligência do banco recorrente consiste na informação equivocada de CPF de terceira pessoa. Por sua vez, o nexo de causalidade entre a conduta do banco e os prejuízos suportados pelo apelado é evidente, haja vista que ficou impedido de dispor de seu salário por três meses.

Logo, resta inquestionável que tais fatos causaram situação vexatória com consequências capazes de atingir sua honra e moral, especialmente por impedir que dispusesse do seu salário por três meses, abalando seu crédito e sua honorabilidade.

Vale dizer que a ofensa do ato praticado não exige a demonstração de efetivo dano, pois a retenção indevida do salário afronta o princípio constitucional da dignidade humana e, por consequência, o direito de personalidade.

Por outro lado, quanto ao valor da indenização, cediço que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para se chegar ao *quantum* a ser fixado a título de reparação por dano moral. De fato, a questão é subjetiva, obedecendo aos critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, devendo o montante fixado constituir-se em compensação ao lesado, bem como em adequado desestímulo ao ofensor.

Nesse sentido, a determinação da quantia a ser paga a título de danos morais fica ao arbítrio do juiz e deve ater-se aos prejuízos sofridos pela vítima, obedecendo ainda aos pressupostos essenciais para a sua fixação.

Assim, por um critério de razoabilidade, considerando a repercussão dos fatos na vida do autor ora apelado e os transtornos que lhe causaram, tenho que o valor da condenação fixado pelo magistrado de piso em R$ 10.000,00 deve ser mantido.

Com efeito, referido valor indenizatório, além de ser perfeitamente possível de ser suportado pelo banco, mitiga, condignamente, os tormentos sofridos pelo consumidor em razão dos danos causados pelo evento danoso.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo Banco do Brasil S.A., mantendo intacta a sentença de origem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 30 de maio de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.010912-3 - Anastácio
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AGRESSÃO VERBAL EM PÚBLICO – COBRANÇA DE DÍVIDA – BOLETIM DE OCORRÊNCIA – PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DE VERACIDADE – DECLARAÇÕES CONFIRMADAS POR PROVA TESTEMUNHAL – TESTEMUNHA SEM COMPROMISSO – AMIGO DO REQUERIDO – OFENSA À IMAGEM E À HONRA – DEVER DE INDENIZAR – VALOR DA INDENIZAÇÃO MAJORADO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO DA REQUERIDA CONHECIDO E IMPROVIDO – RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O Boletim de Ocorrência, como meio de prova, reveste-se de certeza, pois elaborado por autoridade competente, imparcial, que goza de fé pública e presunção de veracidade. Presunção esta que somente pode ser afastada quando produzida prova capaz de infirmar o conteúdo do referido documento, o que não ocorreu *in casu*. 2. O depoimento de testemunha dispensada de compromisso por ser amigo do requerido não se caracteriza como prova robusta para desnaturar o conteúdo do boletim de ocorrência. 3. Os fatos alegados na inicial restaram devidamente comprovados (art. 333 do CPC), uma vez que a prova testemunhal corroborou as declarações apresentadas no boletim de ocorrência. 4. Estando presentes todos os elementos da responsabilidade civil, como a conduta lesiva, o dano e o nexo de causalidade, patente o dever de indenizar. 5. No caso em questão, entendo que o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) é suficiente para compensar o abalo moral suportado, e, consequentemente, suficiente para inibir a empresa requerida de voltar a praticar o mesmo ato, daí que, dessa forma, não há enriquecimento ilícito de uma parte e nem causa de empobrecimento de outra, atendendo tanto a situação das partes quanto a função compensatória da indenização e a natureza da sanção, respeitando-se a razoabilidade e proporcionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Posto Sudoeste - Ltda e, dar parcial provimento ao recurso de Pedro Ajala Paez, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de maio de 2012.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Posto Sudoeste Ltda apela da sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que lhe move Pedro Ajala Paez, na qual foi julgado procedente o pedido e condenado a requerida-apelante

no pagamento de danos morais fixados no valor de R$ 5.000,00. Sustenta, em síntese, que apenas agiu no exercício regular do direito, qual seja, o direito de cobrar a dívida. Aduz que através de seu proprietário manteve, ao contrário do alegado na inicial, conversa mansa e harmoniosa com o apelado, para que ele saldasse sua dívida, sem qualquer ato de desrespeito ou afronta. Quanto à prova testemunhal, alega ter a julgadora singular considerado o depoimento de duas pessoas que estavam dentro de um supermercado de fronte ao ponto de táxi, onde supostamente teria havido a discussão, deixando de considerar o depoimento, ainda que sem compromisso, da testemunha que se encontrava presente no ato da conversa. Questiona a recorrente, como as pessoas que estavam dentro do supermercado poderiam ter ouvido a conversa que ocorreu do outro lado da rua? Destaca que o boletim de ocorrência é documento unilateral, de sorte que qualquer indivíduo pode, sendo verdadeiros ou não os fatos, lavrá-lo perante autoridade policial. Defende que a prova produzida através do boletim de ocorrência foi desconstituída pelo depoimento testemunhal de Thiago do Amaral Gomes, apesar de desconsiderado pela julgadora singular. Destaca, ainda, que segundo a jurisprudência do STJ, o boletim de ocorrência elaborado com base unicamente nas declarações do ofendido não goza de presunção *juris tantum* de veracidade. Portanto, aduz não ter o autor se desincumbido do ônus da prova quanto aos fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 333 do CPC. Alega, ademais, ter restado inconclusiva a prova testemunhal, diante do entrechoque dos depoimentos. Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, com a reforma da sentença.

Pedro Ajala Paez também manejou recurso de apelação, alegando que para a fixação do valor da indenização não foi devidamente considerada a amplitude do dano, do constrangimento, o abalo emocional sofrido, devendo o valor da indenização ser majorado para R$ 100.000,00. Pede a revisão da sentença para majoração do valor da indenização, pois caso contrário, entende que não se estaria respeitando o direito lastreado no art. 5º, inciso X, da CF/88. Tece considerações acerca do caráter dúplice da indenização, ou seja, penalizar o ofensor e recompensar o ofendido. Cita doutrina a respeito de que a boa fama da pessoa constitui pressuposto indispensável para a progressão no meio social e conquista do lugar adequado. Assim, requer o provimento do recurso, com a reforma da sentença para a majoração da indenização pelos danos morais.

As partes apresentaram contra-razões, pugnando pelo improvimento do recurso da parte contrária.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Tratam-se de dois apelos, um da requerida, visando a reforma da sentença para o afastamento da condenação, tendo em vista a ausência de dano moral, e outro do autor, pretendendo a majoração do valor da indenização.

Do recurso interposto por Posto Sudoeste Ltda

A questão posta em debate relaciona-se à existência ou não de dano moral em razão da conduta praticada pelo proprietário da empresa requerida, que, segundo consta dos autos, ao cobrar dívida da parte autora, teria ido até o ponto de moto-táxi localizado de fronte ao Supermercado Princesa, onde o autor se encontrava e lhe dito as seguintes palavras: "*seu vagabundo, mentiroso, velho safado, sem qualidade, sem moral, você não vale o prato de comida que come*". E, ainda, no início de janeiro de 2010, a pessoa de Adalto ligou para o aparelho celular do patrão do autor para cobrar referida dívida, tendo dito: "*Você tá acoitando o Pedro, que se eu não receber essa dívida vou contratar dois policiais para quebrar o Pedro no pau, para nunca mais ele me fazer de besta*".

Pois bem, a situação narrada encontra-se registrada através do Boletim de Ocorrência acostado à f. 9, o qual, segundo a jurisprudência, é documento elaborado por órgão público e goza de presunção *juris*

tantum de veracidade, somente podendo ser afastado por prova robusta em contrário. Nesse sentido são os julgados que seguem:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACIDENTE DE VEÍCULO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ATROPELAMENTO DE PEDESTRE - RODOVIA - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - ÔNUS DA PROVA - ARTIGO 333 DO CPC - BOLETIM DE OCORRÊNCIA EM DESFAVOR DA TESE AUTORAL - PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. O direito à reparação do dano moral depende da concorrência dos requisitos delineados no artigo 186 do CC. Nos termos do artigo 333, do Código de Processo Civil, o ônus da prova cabe à parte-autora relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e à parte-ré, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte-autora. **O boletim de ocorrência é documento elaborado por órgão público, gozando de presunção relativa de veracidade, de maneira que seu teor, se não destituído por prova robusta em contrário, deve prevalecer para servir de base ao julgador na composição do litígio**. São elementos para exclusão da responsabilidade a culpa exclusiva da vítima e a ocorrência de caso fortuito e força maior, hipóteses essas em que há quebra do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Recurso conhecido e não provido." (Apelação Cível - Sumário - N. 2012.006000-3/0000-00 - Campo Grande, Terceira Câmara Cível, Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Publicação: 30/03/2012, Nº Diário: 2620) frisei

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - ACIDENTE EM RODOVIA - VEÍCULO INVADIU PISTA CONTRÁRIA E COLIDIU COM OUTRO VEÍCULO - BOLETIM DE OCORRÊNCIA - PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE VERACIDADE - AUSÊNCIA DE DOCUMENTO QUE INFIRME O CONTEÚDO DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA - CULPA DA REQUERIDA - DANOS MATERIAIS - DEVER DE INDENIZAR - CONSERTO DO VEÍCULO - APRESENTAÇÃO DE TRÊS ORÇAMENTOS - REQUERIMENTO DE PERÍCIA PARA COMPROVAÇÃO DOS DANOS EFETIVOS - PROVA NÃO REALIZADA POR FALTA DE APRESENTAÇÃO DO VEÍCULO PELO AUTOR - IMPUGNAÇÃO ACOLHIDA - DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO - LUCROS CESSANTES - LOCAÇÃO DO VEÍCULO - AUSÊNCIA DE PROVA DO PERÍODO DE LOCAÇÃO - ACOLHIMENTO DA DATA CONFIRMADA PELA REQUERIDA - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. **1. O Boletim de Ocorrência, como meio de prova, reveste-se de certeza, pois elaborado por autoridade competente, imparcial, que goza de fé pública e presunção de veracidade. Presunção esta que somente pode ser afastada quando produzida prova capaz de infirmar o conteúdo do referido documento, o que não ocorreu *in casu***. [...] (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.036975-7/0000-00 – Paranaíba, Quinta Turma Cível, Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel, Publicação: 12/01/2012, Nº Diário: 2566) destaquei

Defende a apelante que a prova produzida através do boletim de ocorrência foi desconstituída pelo depoimento testemunhal de Thiago do Amaral Gomes, apesar de desconsiderado pela julgadora singular.

No entanto, a premissa é equivocada, pois não é possível que o teor do boletim de ocorrência seja desconstituído pelo testemunho de Thiago, cuja prova passa ao largo de ser robusta, uma vez que foi inclusive dispensado de prestar compromisso por ser amigo do requerido.

Diante disso, não vislumbro nos autos prova robusta capaz de afastar a presunção de veracidade das declarações contidas no boletim de ocorrência, pelo contrário, pois as demais testemunhas confirmaram o teor do referido boletim, de forma que este deve prevalecer para servir de base ao julgador na formação de convicção.

Corroborando as declarações do boletim de ocorrência, as demais testemunhas confirmam a versão dos fatos trazida na inicial. Antônio Pereira Camargo Junior afirma que presenciou os fatos, pois saiu do Supermercado Princesa e ao chegar em frente ao ponto de moto-táxi, localizado do outro lado da rua, encontrou o autor e o cumprimentou, sendo que em seguida chegou um cidadão falando alto e ofendeu o autor com xingamentos, tais como" *vagabundo, você não vale o prato que come"*. Confirma, ainda, que Sr. Adair falava alto e fazia ameaças, tudo durante o dia, onde haviam transeuntes passando pela rua. (f. 102)

Valmir da Silva também confirmou os fatos narrados na inicial, pois disse em seu depoimento em juízo:

> [...] que no dia dos fatos o depoente estava no Supermercado Princesa que fica em frente ao ponto de moto-táxi, durante o dia; que ouviu a discussão entre o autor e o requerido; que o depoente ouviu o Sr. Adair dizendo ao autor 'que ele era um velho safado, não valia o prato que comia'; que no local havia mais pessoas; que o autor manteve a calma, não reagiu; que o tom de voz de Adair estava um pouco alto. (f. 103)

Pois bem, em resposta à indagação da apelante acerca de como as pessoas que estavam dentro do supermercado poderiam ter ouvido a conversa que ocorreu do outro lado da rua, verifica-se que uma das testemunhas já havia saído do Supermercado Princesa e estava junto com o autor em frente ao ponto de moto-táxi no momento em que os fatos ocorreram e, portanto, com certeza estava em condições de descrever, como de fato descreveu, tudo que viu e ouviu.

Por outro lado, a outra testemunha estava saindo do Supermercado Princesa e afirma também que ouviu a discussão entre os litigantes, sendo que o Supermercado fica em frente ao ponto de moto-taxi.

Assim, não restam dúvidas de que aludidas testemunhas tinham todas as condições possíveis para confirmar os fatos, posto que praticamente participaram deles, ao contrário do que ocorre com Thiago do Amaral Gomes, que é amigo de Adair, proprietário da requerida. De sorte que, a meu juízo, os fatos alegados na inicial restaram devidamente comprovados (art. 333 do CPC), uma vez que a prova testemunhal corroborou as declarações apresentadas no boletim de ocorrência.

Defende a apelante estar no exercício regular de direito, ao cobrar dívida do autor, no entanto, as provas coligidas demonstraram ter, na verdade, extrapolado seu direito, ao agir de forma ilícita, abusiva, desmedida e até truculenta, devendo, por isso, responder pelos danos advindos de sua conduta.

Concernente ao tema em debate, é possível extrair da redação do art. 927 do Código Civil (*"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*) que a obrigação de reparar depende da verificação da conduta lesiva, do dano, do nexo causal entre eles e da culpa, sendo dispensada esta última nos casos de responsabilidade objetiva.

No presente caso, como visto, tenho que restaram preenchidos os requisitos da responsabilidade civil. O ato ilícito restou demonstrado através da conduta praticada pelo proprietário da requerida, que ao cobrar dívida do autor proferiu-lhe palavras de xingamento, em local público e em voz alta.

O nexo de causalidade está presente, pois da conduta praticada pelo Sr. Adair, ao proferir xingamentos ao autor em voz alta e em local público, causou-lhe transtornos à sua imagem e à sua honra, tendo o dever de reparar.

Por fim, o dano restou caracterizado pelo prejuízo moral sofrido pelo apelado, com o constrangimento causado pelo representante da requerida. Casos semelhantes já foram objeto de análise por esta Corte:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AGRESSÕES VERBAIS EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL - INSULTOS À HONRA SUBJETIVA DO AUTOR DA AÇÃO - TENTATIVA DE INTIMIDAÇÃO

E DE PROVOCAR A DESOCUPAÇÃO DE IMÓVEL OBJETO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO - DANO MORAL CONFIGURADO - FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO EM PATAMAR RAZOÁVEL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. **Estando incontroverso nos autos, ter o demandado imputado ao autor da ação as injúrias verbais que causaram a este um dano psíquico considerável, na medida em que desrespeitou o seu direito de personalidade, causando-lhe lesões de sentimento por ofensa à sua honra subjetiva, mormente porque proferidas sem uma causa aparente e justificável, de maneira graciosa e com o intuito de submeter o demandante a constrangimentos, vergonha e humilhações perante seu círculo de convivência familiar e social, no propósito de intimidá-lo e com isso provocar a desocupação do imóvel objeto do contrato de locação comercial, resta configurado o dano moral e o consequente dever de indenizar**. Mantém-se o valor fixado a título de indenização por danos morais se o magistrado respeitou os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considerou a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização." (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.026348-6/0000-00 – Dourados, Quarta Turma Cível, Relator: Des. Josué de Oliveira, Publicação: 23/09/2011, Nº Diário: 2510) frisei

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL - **AGRESSÃO FÍSICA E VERBAL - HUMILHAÇÃO E CONSTRANGIMENTO SUPORTADO PELA VÍTIMA - BOLETIM DE OCORRÊNCIA POLICIAL - PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO** - DEVER DE INDENIZAR - QUANTUM INDENIZATÓRIO - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - PREQUESTIONAMENTO - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. Se as provas dos autos não deixam dúvidas de que as lesões sofridas pela autora foram em decorrência da agressão física causada pela requerida, resta caracterizado o nexo de causalidade entre o dano suportado pela vítima e a conduta ilícita da ofensora, devendo esta ser condenado pelos danos morais causados àquela. Constatada nos autos que a lesão corporal sofrida pela autora da demanda, foi em decorrência da agressão física praticada pela requerida, bem como comprovadas várias ofensas morais proferida pela agressora à vítima, o valor estipulado na decisão recorrida, a título de indenização por danos morais, mostra-se adequado, eis que observados os critérios pertinentes recomendados pela doutrina e jurisprudência, obedecendo aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade. Sendo as razões do recurso minuciosamente apreciadas e julgadas torna desnecessária a manifestação expressa de dispositivos legais, a título de prequestionamento. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.023816-7/0000-00 - Ponta Porã, Terceira Turma Cível, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Publicação: 22/11/2010, Nº Diário: 2317) destaquei

Portanto, verificada a presença dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, o improvimento do recurso com a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Do recurso interposto pelo autor

Alega o apelante que para a fixação do valor da indenização não foi devidamente considerada a amplitude do dano, do constrangimento, do abalo emocional sofrido, devendo o valor da indenização ser majorado para R$ 100.000,00.

Importante 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 sua reincidência. Segundo os ensinamentos de Caio Mário[1]:

1 **Responsabilidade Civil.** 8ª edição. Editora Forense, 1997, p.97

> [...] 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.

Para tanto, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, analisa-se o grau de culpabilidade do ofensor e as conseqüências do ato. Além disso, na quantificação da reparação do dano moral, há que se observar, também, a atividade, a condição social e econômica do ofendido, bem como a capacidade do ofensor em suportar o encargo, sem dar azo ao enriquecimento sem causa. Este Tribunal, ao julgar casos semelhantes, tem-se posicionado no sentido de que o ofensor deve ser repreendido pelo seu erro, porém, é necessário levar em conta também outras situações constrangedoras e concretas aptas a fixar o *"quantum"* indenizatório.

No caso em questão, entendo que o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) é suficiente para compensar o abalo moral suportado, e, consequentemente, suficiente para inibir a empresa requerida de voltar a praticar o mesmo ato, daí que, dessa forma, não há enriquecimento ilícito de uma parte e nem causa de empobrecimento de outra, atendendo tanto a situação das partes quanto a função compensatória da indenização e a natureza da sanção, respeitando-se a razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido já se posicionou a jurisprudência desta Corte. Confira:

> APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELEFONIA - INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - DANO MORAL CARACTERIZADO - MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSO NÃO PROVIDO. Não sendo exagerado o valor fixado a título de indenização por danos morais deve o mesmo ser mantido, respeitados 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 pelas empresas de telefonia contra o consumidor." (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.035083-7/0000-00 - Campo Grande, Primeira Câmara Cível, Relator: Des. João Maria Lós, Publicação: 18/01/2012, Nº Diário: 2570)

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - CONTA-CORRENTE FORMALMENTE ENCERRADA - DOCUMENTO QUE ISENTA A EX-CORRENTISTA DE QUALQUER DÉBITO - INSCRIÇÃO DE SEU NOME POR PENDÊNCIA DE QUASE UM ANO APÓS - NÃO COMPROVAÇÃO DO DÉBITO - INEXISTÊNCIA DA DÍVIDA - OUTRAS ANOTAÇÕES POSTERIORES AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 385 DO STJ - DANO MORAL - PRESENTE - OCORRÊNCIA PELO SIMPLES FATO DA RESTRIÇÃO INDEVIDA - QUANTUM ARBITRADO - OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE FRENTE AOS FATOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. Comprovado por documento produzido pela própria instituição financeira a inexistência de débitos por ocasião do encerramento da conta, cobrança posterior, depois de decorrido quase um ano, sem qualquer lastro, a título de adiantamento na mesma conta encerrada, é tido por inexistente, mormente quando a parte credora não desconstitui a prova produzida pela parte adversa. O dano moral alegado nesta demanda prescinde de comprovação, uma vez que presumido ("in re ipsa"), decorrente da própria conduta praticada, qual seja, o indevido encaminhamento do nome da apelada para a negativação nos cadastros de restrição ao crédito. O arbitramento deve ter como base o princípio da

proporcionalidade, levando-se em conta as condições da pessoa ofendida, bem como a capacidade econômica da empresa ofensora, sem perder de vista, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em enriquecimento ilícito ao ofendido. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.036138-0/0000-00 - Campo Grande, Terceira Câmara Cível, Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson, Publicação: 18/01/2012, Nº Diário: 2570)

Assim, **conheço do apelo da requerida e nego-lhe provimento,** ao passo que **conheço e dou parcial provimento** ao recurso do autor**,** apenas para majorar o valor da indenização para R$ 10.000,00 (dez mil reais), atualizado a partir deste julgamento, mantendo-se a sentença quanto aos demais termos e efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE POSTO SUDOESTE - LTDA E, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE PEDRO AJALA PAEZ, 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, 3 de maio de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.011744-3 - Bataguassu
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA - APELAÇÃO – SOBREPARTILHA – CONSTITUIÇÃO E EXIBILIDADE DO CRÉDITO – DECADÊNCIA AFASTADA - COMPENSAÇÃO – ITCD - IMPOSSIBILIDADE – PRETENSÃO À RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO INDEVIDAMENTE – PRESCRIÇÃO – PRAZO DE 5 ANOS – A CONTAR PAGAMENTO INDEVIDO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Relativamente á decadência para a Fazenda Pública constituir e exigir o crédito tributário, verifica-se que, em se tratado de ITCDMD, não é possível, antes da homologação da partilha, a Fazenda Pública efetuar o lançamento e a respectiva cobrança do referido imposto, posto não haver possibilidade de exibilidade antes do reconhecimento judicial do direitos dos sucessores, uma vez que somente com a partilha é possível identificar perfeitamente os aspectos material, pessoal e quantitativo da hipótese normativa, tornando possível a realização do lançamento. 2. Impossível a aplicação do instituto da compensação do ITCD no presente caso em razão de estar prescrita a pretensão à restituição de valor pago indevidamente, posto que o pagamento indevido se deu à época da Ação de Inventário, ou seja, julho de 2001 e a Ação de Sobrepartilha foi proposta mais de 5 anos depois (junho/2007), nos termos do art. 165, I, e 168, I, ambos do CTN. Assim, estando prescrita a pretensão à restituição do pagamento indevido do ITCD, torna inexistente crédito em favor da autora e demais herdeiros, o que impossibilita a compensação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara 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, 10 de maio de 2012.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

O Estado de Mato Grosso do Sul apela da sentença proferida nos autos da Sobrepartilha proposta por Angela Santos Correa, na qual foi homologado o plano de partilha e admitida a compensação do ITCD. Sustenta violação ao devido processo legal a compensação nos termos propostos, posto que não é devida a compensação do valor que deveria ser recolhido na Sobrepartilha, com o valor recolhido a maior na Ação de Inventário. Aduz que se eventualmente houve recolhimento a maior no Inventário, deve esse questionamento ser deduzido na via processual adequada, na qual deverão ser discutidas as razões do pagamento a maior, a viabilidade da cobrança, bem como questões relativas à prescrição do direito à repetição. Destaca ainda que se pretende a compensação de tributo incidente sobre áreas diversas, com metragens e valores diferentes, o que a toda evidência não se mostra consentâneo com a rigidez e legalidade da aferição da base de cálculo

do ITCD. Enfatiza, ademais, a existência de impeditivo para que haja a compensação do imposto, tendo em vista a ocorrência de prescrição, uma vez que o recolhimento por conta do Inventário se deu em 23/07/2001, ou seja, há mais de 10 anos, e até porque a Sobrepartilha só foi ajuizada em 26/07/2007. Assim, seja pela ocorrência de prescrição do direito de exigir o indébito ou por inobservância do devido processo legal ou ainda em razão da impossibilidade de compensação em situações fáticas diversas, pugna o recorrente pelo provimento do recurso, com a reforma da sentença para o prosseguimento dos autos com o devido recolhimento do ITCD.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso, destacando a existência de decadência do direito da Fazenda Pública constituir e exigir crédito em razão da sobrepartilha, tendo em vista que, considerando que a sucessão ocorreu em 15/05/2001, o fato gerador se deu em 30/06/2001, nos termos do art. 123, I, da Lei n. 1.810/97, e, considerando a regra prevista no art. 173, I, do CTN, por certo que ocorreu a decadência. (f. 246-250).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso de apelação proposto em face da sentença proferida nos autos da Sobrepartilha que homologou plano de sobrepartilha e autorizou compensação do ITCD.

A questão posta em debate envolve homologação de sobrepartilha e autorização para compensação do ITCD, tendo em vista o recolhimento a maior na época do Inventário, referente ao imóvel matriculado sob o n. 5.837 e necessidade de recolhimento do ITCD sobre o novo imóvel partilhado, matriculado sob o n. 1.323. Assim, entende a parte autora que na Ação de Inventário foi recolhido imposto sobre a área de 12,10 ha, quando deveria ter sido recolhido apenas sobre a área de 7,02 ha, tendo, portanto, ocorrido o recolhimento a maior referente à área de 5,08 ha.

Na Ação de Sobrepartilha, partilhou-se novo bem, o imóvel matriculado sob o n. 1.323, com área de 4,01 ha, sobre o qual deve incidir o ITCD. Assim, de acordo com o entendimento manifestado na petição inicial, como houve o pagamento a maior do ITCD sobre 5,08 ha e incidindo referido imposto sobre 4,01 ha, por certo que não é devido qualquer pagamento, sendo cabível a compensação.

Suscitou a apelada a decadência do direito da Fazenda Pública constituir e exigir crédito em razão da sobrepartilha, tendo em vista que, considerando que a sucessão ocorreu em 15/05/2001, o fato gerador se deu em 30/06/2001, nos termos do art. 123, I, da Lei n. 1.810/97, e, considerando a regra prevista no art. 173, I, do CTN, por certo que ocorreu a decadência.

Assiste razão em parte à apelada, porquanto a decadência deve ser aplicada nos termos do art. 173, I, do CTN, que dispõe:

> O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:
>
> I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Pois bem, assentada essa premissa, a controvérsia reside na identificação do instante em que o tributo já poderia ter sido constituído, na espécie relativamente á área de 4,01 has. Deixada pelo "*de cujus*".

No sistema de apuração do ITCDMD, deve-se observar inicialmente a norma contida no art. 35, parágrafo único, do CTN, que dispõe que:

> Nas transmissões causa mortis, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários.

Assim, em que pese a herança seja transmitida com a abertura da sucessão, a exibilidade do ITCDMD fica na dependência da correta identificação dos herdeiros e, por conseguinte, dos "tantos fatos geradores" a que se refere o parágrafo único do art. 35 do CTN.

Diante disso, não é possível, antes da homologação da partilha, a Fazenda Pública efetuar o lançamento e a respectiva cobrança do referido imposto, posto não haver possibilidade de exibilidade do imposto antes do reconhecimento judicial do direito dos sucessores, uma vez que somente com a partilha é possível identificar perfeitamente os aspectos material, pessoal e quantitativo da hipótese normativa, tornando possível a realização do lançamento.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme os seguintes julgados que trago à colação:

> TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO. DECADÊNCIA. **TERMO INICIAL. ARROLAMENTO. HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA**. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. ART. 173, I, DO CTN. 1. Cuida-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial no qual se discute o termo inicial da decadência para o lançamento do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação - ITCMD. 2. Tendo as instâncias ordinárias consignado que não houve pagamento antecipado do imposto, aplica-se à decadência o art. 173, I, do CTN, de modo que o seu termo inicial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, tal como pacificado pela Primeira Seção no regime dos recursos repetitivos (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12.8.2009, DJe 18.9.2009). 3. Na sistemática de apuração do ITCMD, há que observar, inicialmente, o disposto no art. 35, parágrafo único, do CTN, segundo o qual, nas transmissões causa mortis, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários. 4. Embora a herança seja transmitida, desde logo, com a abertura da sucessão (art. 1.784 do Código Civil), a exigibilidade do imposto sucessório fica na dependência da precisa identificação do patrimônio transferido e dos herdeiros ou legatários, para que sejam apurados os "tantos fatos geradores distintos" a que alude o citado parágrafo único do art. 35, sendo essa a lógica que inspirou a edição das Súmulas 112, 113 e 114 do STF. **5. O regime do ITCMD revela, portanto, que apenas com a prolação da sentença de homologação da partilha é possível identificar perfeitamente os aspectos material, pessoal e quantitativo da hipótese normativa, tornando possível a realização do lançamento (cf. REsp 752.808/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.5.2007, DJ 4.6.2007, p. 306; AgRg no REsp 1257451/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6.9.2011, DJe 13.9.2011).** 6. Não houve aplicação retroativa do art. 1.031, § 2°, com a redação dada pela Lei 9.280/1996, porquanto a referência a este dispositivo serviu apenas para mostrar que a positivação dessa regra é consequência da ratio contida no art. 35, parágrafo único, do CTN. Trata-se, em verdade, de típica adequação da técnica processual às exigências do direito material. 7. Na hipótese dos autos, a homologação da partilha data de 1°.11.1994, de maneira que o termo inicial da decadência foi 1°.1.1995, em consonância com o art. 173, I, do CTN. Tendo sido o auto de infração lavrado em 18.6.1999, não se operou o transcurso do prazo decadencial quinquenal. 8. Agravo Regimental não provido." (AgRg no REsp 1274227/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 13/04/2012) destaquei

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INVENTÁRIO. ITCMD. TERMO A QUO DECADENCIAL PARA LANÇAMENTO DO TRIBUTO. HOMOLOGAÇÃO DO CÁLCULO. 1. Nos termos do art. 173 do CTN, somente no primeiro dia do exercício seguinte ao ano em que o lançamento poderia ter sido realizado é que começa a transcorrer o prazo decadencial de 5 anos para a constituição do crédito tributário. 2. No caso, tratando-se de inventário, compete ao juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, proceder ao cálculo do imposto de transmissão causa mortis, conforme dispõem os arts. 1.012 e 1.013 do CPC. 3. Consequentemente, enquanto não homologado o cálculo do inventário, não há como efetuar a constituição definitiva do tributo, porque incertos os valores inventariados sobre o qual incidirá o percentual da exação, haja vista as possíveis modificações que os cálculos sofrerão ante questões a serem dirimidas pelo magistrado, nos termos dos arts. 1.003 a 1.011 do CPC. 4. No caso em apreço, homologado o cálculo em 27.6.2008, o prazo decadencial só ocorrerá após 31.12.2013. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1257451/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 13/09/2011)

Na hipótese dos autos, a homologação da sobrepartilha data de 18/07/2011 (sentença), de maneira que o termo inicial da decadência foi 1°/01/2012, em consonância com o art. 173, I, do CTN, segundo o qual o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, *contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*.

Como ainda não se passaram 5 anos da referida data (1º/01/2012), não se operou o transcurso do prazo decadencial para a Fazenda Pública efetuar o lançamento e a respectiva cobrança do ITCDMD sobre a área objeto de sobrepartilha.

Por outro lado, suscitou o apelante preliminar de prescrição, sob o argumento de que o recolhimento do ITCD, à época do Inventário, se deu em 23/07/2001, ou seja, há mais de 10 anos e a sobrepartilha só foi ajuizada em 26/07/2007, estando, portanto, prescrito o direito à compensação.

Com efeito, verifico que assiste razão ao apelante, porquanto a pretensão à restituição do indébito encontra-se atingida pela prescrição, de modo que impossível a pretendida compensação.

O Código Tributário Nacional prevê no art. 168, que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

> I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

O art. 165, do mesmo diploma legal, por sua vez, preconiza que:

> O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:
>
> I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou **da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido**;

Na hipótese dos autos, entendo que se aplica a norma contida no inciso I do art. 165 do Código Tributário Nacional, posto que devida a restituição total ou parcial do tributo quando houver pagamento a maior que o devido em face de circunstância material do fato gerador.

É o que ocorre no presente caso, a circunstância material do fato gerador, qual seja a transmissão do bem em razão da morte, ocorreu de forma irregular, pois se deu em área maior que a devida, uma vez que

relativamente ao imóvel matriculado sob o n. 5.837, em vez de 7,02 ha, para efeito de cálculo do ITCD foi considerada a área de 12,10 ha, vez que não excluídos os 5,08 ha desapropriados pela Cesp (f. 12).

Assim, o início do prazo prescricional conta-se da data da extinção do crédito tributário, a qual se dá com o pagamento, conforme valiosa lição de Hugo de Brito Machado[1], que ensina:

> Nos casos em que o pagamento indevido do tributo ocorre depois do lançamento, tem-se que o pagamento extingue o crédito tributário, nos termos do art. 156, inciso I, do Código Tributário Nacional. Nesses casos dúvidas não há. O prazo de que dispõe o contribuinte para promover a ação pedindo a restituição do que tenha pago indevidamente começa na data do pagamento indevido.

Portanto, no presente caso, o prazo para a autora-apelada requerer a restituição do pagamento indevido do ITCD iniciou-se na data do pagamento indevido do tributo, que, segundo se extrai do documento acostado à f. 170, ocorreu em 23/07/2001. Logo, contando-se 5 anos a partir dessa data, tem-se que o prazo findou-se em 23/07/2006. Como a presente ação foi proposta em 27/06/2007, logo prescrito se encontra a pretensão à restituição.

Diante disso, estando prescrita a pretensão à restituição do pagamento indevido do ITCD, torna inexistente crédito em favor da autora e demais herdeiros, de forma a impossibilitar a compensação.

Com isso, prescrita a pretensão à restituição do valor pago indevidamente a título do ITCD, impossível a compensação por ausência de crédito.

Visto isso, despicienda a análise dos demais argumentos recursais.

Assim, amparado nos fundamentos expostos, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para afastar a decadência alegada e firmar a ocorrência da prescrição com relação ao crédito da autora, o que conduz a reforma da sentença invectivada, em razão da impossibilidade de compensação no presente caso, devendo com isso os autos retornarem a origem para prosseguimento, com o recolhimento do ITCDMD sobre o bem objeto da sobrepartilha.

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, 10 de maio de 2012.

***

1 Machado, Hugo de Brito. Comentário ao código tributário nacional, volume III. São Paulo: Atlas, 2005. P. 446

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.015413-5 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RETENÇÃO INDEVIDA DE VALORES DO CLIENTE – CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 30% – ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DA TABELA DA OAB/MS AFASTADA – PEDIDO DE NULIDADE – INOVAÇÃO LIDE – FALTA INTERESSE – DANO MATERIAL NÃO VERIFICADO – PAGAMENTO PARCELADO – PESSOA IDOSA – DANO MORAL CARACTERIZADO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO NA PARTE CONHECIDA.

1. Considerando-se que o apelante firmou contrato de honorários com o apelado/advogado, não se pode negar a este último o direito de recebê-los. 2. Conforme entendimento já firmado da jurisprudência, a inobservância à tabela da OAB para fins de fixação de honorários advocatícios não se mostra abusiva, quando considerados outros elementos no momento da contratação. 3. Quanto a alegação de que teria sido induzido a assinar o contrato sem conhecimento do seu conteúdo, apesar da insurgência do apelante, não houve à época pedido incidental de sua nulidade e muito mentos produção de prova nesse sentido. Consequentemente, falta ao apelante interesse recursal quanto ao pedido de invalidade do contrato, dada a impossibilidade de inovação em grau de recurso. 4. Levando-se em conta que o valor depositado em juízo e objeto de acordo foi levantado pelo apelado em 11/03/2008; que invés de repassar ao seu cliente/apelante a quantia que lhe era devida - R$ 21.000,00, o apelado a reteve indevidamente; que tal atitude impôs ao apelante, pessoa idosa com mais de setenta anos, dor e aflição, além de inúmeras idas ao escritório, oportunidade em que passou mal e teve até que ser atendido pelo Corpo de Bombeiros; que os valores devidos foram pagos em parcelas, findando-se em julho/2008, prolongando o sofrimento do apelante, dúvidas não restam quanto ao dano moral experimentado, devendo, pois, ser indenizado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e dar-lhe provimento.

Campo Grande, 31 de maio de 2012.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Isaias Raimundo Barbosa interpôs recurso de apelação em face de João Catarino Tenório Novaes, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na presente Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais. Aduz que muito embora tenha havido acordo entre o recorrente e

o Unibanco, os valores levantados pelo apelado - R$ 45.453,55, pertenciam somente ao apelante (f.34); que após muita peregrinação ao escritório do apelado, recebeu em parcelas o total de R$ 21.500,00, ficando um saldo remanescente de R$ 23.953,55; que os documentos de f.39-40 deixam dúvidas quanto aos contratos de honorários, uma vez que foram realizados sem a presença da filha do apelante, que era quem lhe dava toda assistência em razão do seu estado precário de saúde, inclusive psiquiátrico; que a sentença recorrida não reconheceu as ilicitudes ensejadoras de dano moral; que se não bastasse as dificuldades que enfrentou com inúmeras idas ao escritório do apelado em busca de receber o que lhe pertencia, onde por vezes não era recebido e passava longas horas, chegando ao ponto de desmaiar no escritório do apelado e ser atendido pelo Corpo de Bombeiros (f.41), em razão da irritação e falta de medicamentos, já que não dispunha do dinheiro que lhe pertencia para suprir suas necessidades; que há ilícito na conduta do apelado, uma vez que impôs ao apelante, pessoa idosa, doente e pobre, abalo a sua integridade física e psicológica; que o apelado sequer contestou os pedidos por danos materiais e morais. Destaca que o contrato de honorários advocatícios firmado entre as partes, estipulando o percentual de 30%, apresenta vícios, uma vez que dele não participou a filha do recorrente que sempre o assistia; que o percentual de 30% encontra-se fora da tabela da OAB/MS e longe do ordenamento jurídico pertinente, especialmente o Código de Defesa do Consumidor. Pugnou pelo provimento do recurso, com a decretação da invalidade do contrato de honorários advocatícios firmado entre as partes, ante o vício apontado, com a condenação do apelado ao pagamento da quantia de R$ 31.176,24, acrescido de juros e demais cominações legais, bem como em danos morais.

Em contrarrazões, o apelado requereu o improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recuso de apelação interposto por Isaias Raimundo Barbosa em face de João Catarino Tenório Novaes, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na presente Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais.

1. Dos danos materiais

Pelo que se depreende dos fatos contidos na exordial, o apelante contratou o apelado como advogado para fins de recebimento de um seguro; que firmado acordo com a seguradora, em 11/03/2008, o apelado levantou a quantia de R$ 39.887,49 pertencente ao apelante, mais R$ 5.586,06 a que o causídico teria direito a título de honorários advocatícios; que a partir daí inúmeras foram as idas e vindas ao escritório do apelado buscando receber o seu dinheiro, chegando a desmaiar na sala de espera; que o apelado de forma sorrateira e inexplicável, devolveu pequenas quantias em parcelas sendo: R$ 1.000,00 em 04/04/2008; R$ 4.000,00 em 02/05/2008; R$ 1.500,00 em 16/05/2008; R$ 15.000,00 em julho/2008, totalizando R$ 21.500,00. Sustenta que sobre os R$ 39.887,49, deve ser acrescido: R$ 8.000,00, a título de correção monetária e R$ 4.788,75 referente a multa de 10%, totalizando R$ 52.676,24; desse valor deverá ser abatido a quantia já recebida R$ 21.500,00, remanescendo saldo de R$ 31.176,24, objeto do pedido de danos materiais.

Nos presentes autos resta incontroverso que o apelante recebeu a quantia de R$ 21.500,00. Portanto, ainda que parte desse valor tenha sido repassado a filha do apelado, tal circunstância não foi questionada nos autos, tratando-se, pois, de fato irrelevante para a análise da demanda.

Assim, firmada essa premissa, em relação ao pedido de R$ 31.176,24, não merece prosperar a pretensão do apelante.

De acordo com a documentação acostada pelo próprio apelante, do valor depositado nos autos da ação executiva promovida em face da seguradora - R$ 40.702,65 (f.22), as partes acordaram que R$ 30.000,00 era devido ao apelante a título de indenização; R$ 5.000,00 ao apelado a título de honorários advocatícios, enquanto que o restante seria restituído à seguradora (f.27).

Portanto, equivoca-se o apelante quando aduz que faria juz a R$ 39.887,49, uma vez que por força de acordo passou a ter direito tão somente a quantia de R$ 30.000,00. Por outro lado, a multa de 10% é indevida, já que descontituída de qualquer previsão contratual ou legal. Daí que, em sendo incontroverso o recebimento da quantia de R$ 21.500,00, restaria um saldo de R$ 8.500,00.

Ocorre que ao contestar a lide, o apelado acostou aos autos contrato de honorários firmado entre as partes estipulando o percentual de 30% do valor da causa (f.63). Note-se que ao apresentar sua impugnação, o apelante aduziu desconhecer a existência do referido contrato; que teria assinado uma séria de papéis por ocasião do acordo, sem conhecimento do seu conteúdo; que, apesar da atual fase processual, aludido documento deveria ser desconsiderado por ser totalmente absurdo e arbitrário, uma vez que o apelado já teria recebido seus honorários por ocasião do acordo.

Ora, em se tratando de contrato de prestação de serviços, onde o apelante não nega ser sua a assinatura ali existente, não pode ser simplesmente desconsiderado. É que de acordo com o art. 22 da Lei 8.906/94:

> A prestação do serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos **honorários convencionados**, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência." destaquei.

Daí que como o acordo firmado com a seguradora em momento algum deu quitação dos honorários contratualmente avençados com o apelante, não se pode negar ao advogado o direito de recebê-los.

Quanto a alegação de que o percentual de 30% estaria fora da tabela prevista pela OAB/MS, necessário se faz observar que a tabela em questão serve apenas de parâmetro, de forma que outros elementos também podem ser considerados no momento da contratação. Nesse sentido, confira o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. CONVÊNIO DA OAB/SP COM A PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (RESOLUÇÃO PGE N. 127/95). PAGAMENTO DA VERBA HONORÁRIA COM BASE NA TABELA DA OAB/SP. INVIABILIDADE. ART. 22 DA LEI N. 8.906/94. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO... 2. 'A fixação dos honorários com base em critério diverso da tabela da OAB, no particular, não avilta o exercício da advocacia e não ofende o disposto no artigo 22, § 1º do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94). Antes, pelo contrário, prestigia o desempenho de tão relevante tarefa em prol do acesso à Justiça' (REsp n. 532.898-SP, relator Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ de 3.11.2003).3. Recurso especial não-provido. (STJ; REsp 302.577/SP; Relator: Ministro João Otávio de Noronha; Órgão Julgador: Segunda Turma; julgado em 06.12.2005, DJ 01.02.2006, p. 476).

E também este Tribunal:

> EMBARGOS INFRINGENTES – REFORMA PARCIAL DO JULGADO – CABIMENTO – PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO AFASTADA – AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – AUSÊNCIA DE CONTRATO ESCRITO – UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO DIVERSO DOS PERCENTUAIS LANÇADOS EM TABELA DA OAB – EMPREGO, POR ANALOGIA, DO DISPOSTO NO ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC – ESTIPULAÇÃO DOS HONORÁRIOS EM VALOR INTERMEDIÁRIO, INFERIOR AO FIXADO PELOS VOTOS MAJORITÁRIOS E

> SUPERIOR AO FIXADO PELO VOTO MINORITÁRIO – POSSIBILIDADE – AMPLO EFEITO DEVOLUTIVO DA MATÉRIA, OBJETO DE DIVERGÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE... A fixação dos honorários advocatícios em critério diverso dos percentuais lançados na tabela do Conselho Seccional da OAB não avilta o exercício da advocacia, mormente quando, aplicando analogicamente o art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, é arbitrado um valor condizente com os parâmetros traçados por tal dispositivo. [...]. (TJMS; Embargos Infringentes em Apelação Cível n. 2006.001428-9/0001-00; Órgão Julgador: Segunda Seção Cível; Relator Designado: Desembargador Joenildo de Sousa Chaves; julgado em 11.02.2008).

Por fim, alega o apelante que teria sido induzido a assinar o contrato sem conhecimento do seu conteúdo. Apesar da insurgência, merece ser destacado que no momento oportuno não foi formulado pedido incidental de nulidade do contrato e muito menos realizada produção de prova nesse sentido. Consequentemente, falta ao apelante interesse recursal quanto ao pedido de invalidade do contrato, dada a impossibilidade de inovação em grau de recurso.

2. Dos danos morais

Alega o apelante que após ter sido levantado o valor depositado em juízo pelo apelado, este não lhe repassou a parte que lhe cabia, ensejando em inúmeras idas ao escritório do apelado em busca de receber o que lhe pertencia, onde por vezes não era recebido e passava longas horas, chegando ao ponto de desmaiar no escritório do apelado e ser atendido pelo Corpo de Bombeiros (f.41), em razão da irritação e falta de medicamentos, já que não dispunha do dinheiro que lhe pertencia para suprir suas necessidades; que há ilícito na conduta do apelado, uma vez que impôs ao apelante, pessoa idosa, doente e pobre, abalo a sua integridade física e psicológica.

Em contrarrazões, o apelado limitou-se a requerer o improvimento do recurso, enquanto que em contestação não negou ter repassado os valores de forma parcelada, justificando que o fez a pedido da filha do apelante, uma vez que este estaria doente; que, inclusive, o mal súbito noticiado na exordial teria ocorrido enfrente ao Edifício 26 de Agosto, após o apelante ter recebido alta do Hospital Nosso Lar.

Pois bem, diz o art. 333, II, do CPC, que cabe a parte contrária a comprovação de fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. No caso em tela, apesar de não negar o pagamento parcial, o apelante não comprovou que o fez a pedido da filha do apelante, por que este estaria doente. Aliás, intimado acerca de produção de provas, o apelado requereu o julgamento da lide (f.86).

Afora isso, vale mencionar que de acordo com o documento de f.39, não impugnado pelo apelado, a filha do apelante, sra. Maria de Fátima Barbosa, noticia que além de não possuir cópia do acordo firmado com a seguradora, também não fora efetuado o pagamento ao seu pai. Aludida cobrança é reiterada no documento de f.40, também não impugnado, confira:

> Venho mais uma vez solicitar a sua atenção e compreensão no sentido de resolver por completo a dívida de meu pai, proponho um cheque Pré-datado para a data de 12 de maio a qual o senhor afirma realizar o restante do pagamento total. Portanto aguardo retorno positivo para hoje a tarte **considerando que o senhor já demorou muito o tempo devido devido do recebimento, e o meu pai tem o seu devido direito de receber em breve tudo que lhe é por direito**. destaquei.

Por outro lado, com relação ao boletim de ocorrência de f.41, este notícia que o apelante teria sido vítima de mal súbito no Edifício 26 de Agosto e não na calçada, como sustentado pelo apelado.

Considerando-se que o valor depositado em juízo e objeto de acordo foi levantado pelo apelado em 11/03/2008; que ao invés de repassar ao seu cliente/apelante a quantia que lhe era devida - R$ 21.000,00, o apelado a reteve indevidamente; que tal atitude impôs ao apelante, pessoa idosa com mais de setenta anos, dor e aflição, além de inúmeras idas ao escritório, oportunidade em que passou mal e teve que ser atendido pelo Corpo de Bombeiros; que os valores devidos foram pagos em parcelas, findando-se em julho/2008, prolongando o sofrimento do apelante, dúvidas não restam quanto ao abalo à dignidade da pessoa humana, fato que no conjunto faz presente o dano moral, devendo, pois, ser indenizado.

Verificada a responsabilidade civil do apelado, o *an debeatur*, passo à análise do valor da indenização, o *quantum debeatur*.

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 pelo advogado e sua dimensão na esfera particular e geral do ofendido, que era seu cliente, pessoa idosa e aposentado, visando, além do conforto da reparação, também e especialmente, limitar a prática de atos como o noticiado, entendo que deve ser arbitrado o montante **R$ 20.000,00** (vinte mil reais), que reputo condizente com os parâmetros apontados, especialmente quanto ao aspecto pedagógico da reparação civil, sem implicar, contudo, enriquecimento do ofendido, conforme autoriza a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – EMPRÉSTIMO EM CONSIGNAÇÃO – NÃO REALIZADO PELA AUTORA – AUSÊNCIA DE CONFERÊNCIA DOS DOCUMENTOS DO PORTADOR – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – RAZOÁVEL – SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO NÃO PROVIDO. Já está assentado na doutrina e na jurisprudência que o valor da indenização fixado a título de dano moral deve atender à capacidade econômico-financeira do ofensor, de modo tal a se constituir em fator de desestímulo do ato praticado e atender, por outro lado, à intensidade do sofrimento do ofendido, à gravidade, natureza e repercussão da ofensa, sem se constituir em fonte de enriquecimento indevido à vítima. Sentença mantida por seus próprios fundamentos.

Posto isto, conheço parcialmente o recurso e dou-lhe parcial provimento para o fim de reformar em parte a sentença recorrida e condenar o apelado ao pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil) reais, a título de danos morais, a ser corrigido pelo IGPM/FGV a partir da publicação deste acórdão, acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar do ato ilícito (retenção indevida) – 12/03/2008. No mais, considerando a sucumbência parcial, condeno o apelado ao pagamento de 50% das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo tão somente em 15% sobre o valor da condenação. No mais, condeno o apelante ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em 15% sobre o valor da condenação, porém, ficam sobrestados, em razão da parte ser beneficiário da justiça gratuita (art. 12 da Lei 1.060/50). É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM EM PARTE DO RECURSO E DERAM-LHE PROVIMENTO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

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, 31 de maio de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2009.031313-1 - Aquidauana
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRELIMINAR – LEGITIMIDADE ATIVA – ESPÓLIO – AFASTADA – NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA MÉDICA – DANOS MORAIS – NÃO COMPROVAÇÃO DO DANO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Se, após a interposição do recurso, foi deferida a substituição do pólo ativo para o espólio, inexiste qualquer ilegitimidade.

Não merece provimento o pleito quanto aos danos morais, quando não se encontra caracterizado nos autos o dever de indenizar. Cediço que, em se tratando de obrigação de indenizar, necessária faz-se a coexistência de três elementos fundamentais, quais sejam, o dano sofrido pela vítima, a conduta ofensiva praticada pelo agente e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta praticada.

Decisão mantida. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar a preliminar e no mérito, por maioria, negar provimento ao recurso, vencido o vogal, que lhe dava provimento.

Campo Grande, 27 de março de 2012.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relator

RELATÓRIO

A Srª Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Espólio de Zélia Xavier Pereira, inconformado com a sentença de fls. 177/185, que julgou improcedente seu pedido formulado na *Ação de Indenização,* ajuizada em desfavor de *Luiz Roberto Peralta Marti,* interpõe apelação cível, fls. 190/196.

Em suas razões recursais, requer a reforma da sentença para condenar o recorrido em danos morais, sustentando, para tanto, que o apelado agiu com negligência e imperícia, tendo em vista a demora no diagnóstico de câncer de mama, ocasionando a morte da requerida durante o processo.

À fl. 197, a d. Juíza deferiu o pedido de substituição do pólo ativo, determinando as alterações e anotações pertinentes.

Em contrarrazões, fls. 199/204, preliminarmente, aduz que *"deve a parte apelante corrigir erro de pessoa,visto que a petição recursal é manejada em nome "de cujus", quando por certo deveria ser intentada em nome dos herdeiros, ainda, compulsando os autos, não se verifica procuração dos herdeiros para o advogado que atua no processo, o que de fato é uma irregularidade gritante, conforme se fulcra o art. 282/284 do CPC, devendo assim a parte autora diligenciar no sentido de que supra tal falha, sob pena de se extinguir o feito (267, I e VI – principalmente quanto a legitimidade de parte)*.", (fls. 201/202), no mais, pelo improvimento do recurso.

VOTO (EM 20.3.2012)

A Srª Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por *Espólio de Zélia Xavier Pereira,* nos autos da *Ação de Indenização*, em razão da sentença que julgou improcedente os pedidos contidos na inicial, ajuizada em desfavor de *Luiz Roberto Peralta Marti*.

Requer a reforma da sentença para condenar o recorrido, sustentando, para tanto, que o apelado agiu com negligência e imperícia, tendo em vista a demora no diagnóstico de câncer de mama, ocasionando a morte da requerida durante o processo.

Em contrarrazões, fls. 199/204, o recorrido, preliminarmente, aduz que *"deve a parte apelante corrigir erro de pessoa,visto que a petição recursal é manejada em nome "de cujus", quando por certo deveria ser intentada em nome dos herdeiros, ainda, compulsando os autos, não se verifica procuração dos herdeiros para o advogado que atua no processo, o que de fato é uma irregularidade gritante, conforme se fulcra o art. 282/284 do CPC, devendo assim a parte autora diligenciar no sentido de que supra tal falha, sob pena de se extinguir o feito (267, I e VI – principalmente quanto a legitimidade de parte)*.", (fls. 201/202), no mais, pelo improvimento do recurso.

Por ordem de prejudicialidade, analiso por primeiro a preliminar suscitada pelo apelado.

Da preliminar.

Não se constata no presente recurso qualquer *"irregularidade gritante"*(fl. 201), acerca da legitimidade, posto que, quando foi interposto, fl. 190, a MM. Juíza *a quo* ainda não havia se manifestado acerca do pedido de substituição do polo ativo (fl. 172).

Entretanto à fl. 197, constata-se o deferimento do pedido de substituição do pólo ativo, com a determinação de alterações e anotações pertinentes nos autos.

Posto isso, afasto a preliminar suscitada pelo recorrido.

Quanto ao mérito.

Pois bem, entendo que no tocante à matéria ventilada no recurso há que ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, reproduzo trechos que servem para embasar esta decisão, fls. 180/185:

> [...] No caso vertente, a demandante afirmou que o demandado "incorreu em culpa por incúria e imperícia em sua atividade médica", pela demora no diagnóstico.
>
> A respeito da responsabilidade por erro de diagnóstico, assevera RUI STOCO:"O diagnóstico consiste na determinação da doença do paciente, seus caracteres e suas causas.

O erro no diagnóstico, como regra, não gera responsabilidade, salvo se tomada sem atenção e precauções conforme o estado da ciência, apresentando-se como erro manifesto e grosseiro. Comete-o o médico que deixa de recorrer a outro meio de investigação ao seu alcance ou profere um juízo contra princípios elementares de patologia (CHAMMARD - MONZEIN, p. 119-120).

[...]

Para tanto caberá indagar 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 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.

Se a resposta for negativa, não se poderá falar em culpa, pois o equívoco, transmudado em mero erro profissional, não foi querido, desejado, nem nas circunstâncias se poderia exigir maior atenção, cuidado ou precisão do médico. É o erro justificável ou escusável. (Tratado de Responsabilidade Civil, RT, p. 541).

Desta forma, improcedente o pedido inicial, eis que, diante da documentação acostada aos autos e a prova oral produzida, não restou comprovado que o demandado cometeu ato ilícito, ou seja, tenha agido com imperícia, negligência ou imprudência.

Com efeito, consta da "Ficha de Atendimento" (f. 52-55), que a demandante iniciou atendimento no Posto de Saúde no dia 3.10.2005, realizando exame preventivo e demais exames de rotina, sendo atendida pelo demandado no dia 21.11.2005.

Em 23.11.2005, o exame de mamografia resultou em "achados mamográficos benignos (BIRADS-II)" (f. 30), com a anotação "Aconselhável seguimento mamográficos nos períodos normais de exames". A demandante foi atendida pelo demandado em 22.1.2006, com a anotação na ficha do exame.

Aos 30.3.2006, em outro atendimento, foi constatado nódulo na mama direita, sendo determinado a realização de exame de ultra-sonografia, realizada em 19.4.2006 (f. 31), quando houve a constatação de três nódulos.

Retornou a demandante ao Posto de Saúde em 3.10.2006, sendo atendida por outro médico. Retornou para continuidade do tratamento de câncer, após a cirurgia realizada em 2.4.2007 (f. 54).

Houve, portanto, atendimentos à paciente, de forma regular.

Segundo o exame de mamografia realizado em janeiro/2006, constou "achados mamográficos benignos (BIRADS-II)", recomendando, em períodos normais de exames, outras mamografias para acompanhamento. Daí, não se pode dizer que havia suspeita tratar-se de nódulo maligno.

No segundo exame realizado, de ultra-sonografia, realizada em 19.4.2006, detectou-se três nódulos e, também, sem nenhum sinal de malignidade. O demandado juntou à peça defensiva, matéria a respeito dos exames realizados e da doença em questão. De acordo com as anotações, é recomentado o exame histopatológico em caso de nódulo irregular e com margens espiculadas ou mal definidas, que apresentam alta suspeita de malignidade (f. 56-71).

Assim, a paciente foi atendida em 28.4.2006 e orientada a retornar em seis meses para repetição de exames e acompanhamento. Após o seu retorno, em 3.10.2006, a paciente foi atendida por outro médico, não sendo mais atendida pelo demandado.

Até esse momento, ou seja, 28.4.2006, nos termos acima e conforme as provas juntadas, não havia prova de que a paciente já possuía nódulos malignos, ou suspeitas de nódulos malignos.

Não há como se afirmar que o demandado foi imperito ou negligente. Enfim, como anotada Rui Stoco, para erro de diagnóstico, que houve erro grosseiro do demandado.

As testemunhas ouvidas em audiência afirmaram:

[...] Que a autora chegou no centro de Saúde com o resultado de uma mamografia; que foi examinada pelo Dr. Luis Roberto e, pelo resultado, pediu para a autora retornar depois; que o resultado do exame "birads dois"; Que a expressão "birads dois" significa que é benigno; Que depois a autora retornou, não se recordando quanto tempo depois, podendo dizer que foi breve, queixando-se de dor; Que então o Dr. Luis Roberto pediu um ultra-som de mama; que o resultado do ultra-som apareceu um nódulo bem pequeno, que não tinha aparecido na mamografia; Que a autora deveria retornar depois de seis meses para nova avaliação... Que dos exames realizados não havia informações de se tratar de malignidade... Que mesmo no resultado do ultra-som o nódulo que aparecia era insignificante... Que no ultra-som realizado pela autora foi encontrado um nódulo; Que nesses casos é normal orientar o paciente em seis meses (Ana Maria Ribeiro de Melo, f. 145).

[...] Que vindo o resultado da mamografia "birads dois", em medida de rotina, foi a autora orientada para retornar em seis meses para repetir o exame [...] que existe a "birads zero" que é inconclusiva, tendo que investigar para saber do que se trata; Que a "birads um e dois", que são achados benignos, não se sugerindo a pulsão; Que também tem a "birads três e quatro", quando então é sugerido a pulsão; Que no caso da autora o resultado foi "birads dois"[...] Que no caso de câncer da mama o procedimento é o seguinte: Se já vem o resultado de câncer ou se vem o resultado "birads três ou quatro"; que nesse caso é feito a pulsão e o paciente é encaminhado para o Hospital do Câncer em Campo Grande (Eleusa Maria Guzzela, f. 146).

O marido da paciente nada soube informar a respeito do caso, exceto que "a doença foi descoberta em fevereiro ou março de 2007" e que um ano antes tinha sido descoberto nódulo no seio da sua esposa (f. 144).

Desta forma, segundo os autos, o procedimento adotado pelo demandado foi adequado e condizente com o diagnóstico dos exames realizados. Não há prova em contrário, ou seja, de que deveria ser realizado outros exames ou tomadas outras providências.

Sendo assim, não há se falar em diagnóstico tardio, não restando, portanto, comprovada qualquer conduta do demandado de propiciar o alegado dano.

Assim, não há prova do erro médico, imperícia ou imprudência, valendo ressaltar que um dos elementos da responsabilidade civil é o nexo causal, entendido este como o vínculo entre um determinado comportamento, e um evento, permitindo concluir se a ação, ou omissão do agente foi, ou não a causa do dano.

No caso, não demonstrou a parte demandante qualquer conduta culposa do demandado, ou seja, de que o diagnóstico poderia e deveria ter sido feito mais precocemente, o que, em tese, poderia conduzir à cura, pois nos exames realizados, na época, não havia indicação de suspeita de malignidade.

Todos os demais exames onde houve suspeita e confirmação foram realizados a partir de março de 2007. Observe-se que no exame realizado em abril de 2006, não informam qualquer sinal de malignidade e constam nódulos "às 2, 4 e 6h, com 9,5, 6,7 e 7,3 mm no maior diâmetro respectivamente; 01 nódulo anecóico às 7h, com 5,8mm no maior diâmetro" (f. 31).

No exame citológico, está datado em 14.2.2007, consta nódulo "entre 2-3h de mama direita, imagem hipocogênica de contornos mal-definidos, com sombra acústica ausente, 12mm de pele, medindo 20mm (T) x 16mm (AP)" (f. 26).

Aliás, realizado o exame de mamografia em Campo Grande, aos 29.1.2007, foi apresentado o resultado "BIRADS: "O" (ZERO)" (f. 29) que, como exposto pelo demandado, significa resultado inconclusivo, tanto que indicou "estudo ecográfico poderá trazer subsídios diagnósticos". Ou seja, indica estudo ultra-sonográfico, procedimento adotado pelo demandado quando recebeu o exame com o resultado indicando presença de nódulos.

Daí, pelo primeiro resultado, não há confirmação de imperícia do demandado.

Como anota Rui Stoco, citando SOURDAT (ob. cit., p. 539), "não se considera erro profissional o que resulta da imprecisão, incerteza ou imperfeição da arte, sendo objeto de controvérsias e dúvidas. Segundo observação do autor francês por último citado, 'é princípio assente que os Tribunais não têm o direito de examinar se o médico afastou-se das regras de sua profissão, abordando a questão de ordem científica, de apreciação e de prática médica, não lhes sendo lícito, tampouco, decidir coisa alguma sobre a oportunidade de uma intervenção cirúrgica, sobre o método preferível a empregar, ou sobre o melhor tratamento a seguir. As questões puramente técnicas escapam à sua competência."

No caso, repita-se, não há documentos nos autos, indicando que, diante do quadro na época, estivesse o demandado agido de forma negligente. Não há prova certa que o procedimento por ele adotado (mamografia, ultrassonografia e retorno para repetição de exames) foi incorreto.

Ainda, apesar da alegação de que foi atendida várias vezes pelo demandado, consta da Ficha de Atendimento, que a paciente foi atendida em três oportunidades, sendo a última em 28.4.2006 (f. 53). Portanto, também não há prova de que houve descaso do demandado, deixando de atender várias reclamações da paciente.

Ante a ausência de comprovação de erro médico por negligência e imperícia por parte do demandado, não há de ser imputada qualquer responsabilidade. A respeito, confira os acórdãos:

CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ERRO MÉDICO - DIAGNÓSTICO TARDIO DE PATOLOGIA TIREOIDIANA - NEGLIGÊNCIA DO PROFISSIONAL NÃO DEMONSTRADA - RESPONSABILIDADE DE INDENIZAR AFASTADA. A responsabilidade civil do profissional da medicina é de meio, razão pela qual incumbe ao paciente a produção de prova consistente da prática de conduta negligente, imperita ou imprudente em tratamento clínico. Afasta-se a atuação culposa do médico, quanto à eventual erro no tratamento e diagnóstico tardio de patologia tireoidiana, quando evidenciado que adotou as condutas corretas e exigidas para a espécie, sendo certo que o quadro clínico anterior apresentado pelo autor - distúrbios psíquicos - a toda evidência, não decorreu de tal patologia, mas era a ela antecedente. Apelo não provido. (Apelação Cível nº 1.0024.01.591843-6/001, 10ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Alberto Vilas Boas. j. 23.05.2006, unânime, Publ. 03.06.2006).

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ALEGADO ERRO MÉDICO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - RECURSO DA AUTORA - ERRO DE DIAGNÓSTICO AFASTADO - PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL CONSISTENTES - CONDUTA ADEQUADA ANTE A SITUAÇÃO CONCRETA - NEGLIGÊNCIA NÃO COMPROVADA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Não há falar em erro de diagnóstico por omissão, se as normas de procedimento adotadas pela médica, ante a conjectura que se lhe afigurava, foram as usuais. A infalibilidade não constitui atributo da natureza humana e as ciências médicas, como todas as ciências, curvam-se a essa condicionante. (Apelação Cível nº 2001.009718-4, 2ª Câmara de Direito Civil do TJSC, Rel. Jaime Luiz Vicari. unânime, DJ 07.01.2009).
>
> Isso posto e tudo o mais que dos autos consta, julgo improcedente o pedido formulado nesta ação de indenização ajuizada por Zélia Xavier Pereira – espólio em desfavor de Luis Roberto Peralta Marti. Condeno a parte autora no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R$ 2.000,00, forte no artigo 20, § 4º, do CPC, observando-se o que dispõe o artigo 11 da Lei n. 1.060/50, ante o benefício da gratuidade de justiça. Sem custas.

Como destacado, inexiste qualquer circunstância que implique na modificação da sentença combatida, que se mostra jungida aos contornos do conjunto probatório dos autos.

Em que pesem os argumentos do recorrente, é certo que os autos não dão sustentáculo ao pleito indenizatório. Ora, a análise detida do processo leva à conclusão de que os fatos narrados pelo apelante estão desprovidos de lastro probatório, o que fatalmente gera a improcedência do pedido.

Assim, não merece provimento o pleito quanto aos danos morais, pois não se encontra caracterizado nos autos o dever de indenizar. Cediço que, em se tratando de obrigação de indenizar, necessária faz-se a coexistência de três elementos fundamentais, quais sejam, o dano sofrido pela vítima, a conduta ofensiva praticada pelo agente e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta praticada.

Como bem elucidado pelo magistrado *a quo*, restou comprovado nos autos que *"[...] diante do quadro na época, estivesse o demandado agido de forma negligente. Não há prova certa que o procedimento por ele adotado (mamografia, ultrassonografia e retorno para repetição de exames) foi incorreto. Ainda, apesar da alegação de que foi atendida várias vezes pelo demandado, consta da Ficha de Atendimento, que a paciente foi atendida em três oportunidades, sendo a última em 28.4.2006 (f. 53). Portanto, também não há prova de que houve descaso do demandado, deixando de atender várias reclamações da paciente."* (fl. 184).

Desta feita, não se desincumbiu o requerente do seu ônus da prova, como determina o art. 333, do Código de Processo Civil. Por oportuno, colaciono os seguintes julgados desta E. Corte:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA – COBRANÇA DE INDEVIDA DE VALORES – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVA UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS – DANO MORAL – NÃO CONFIGURADO – COBRANÇA EXCESSIVA – AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – MERO DISSABOR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> Os pequenos dissabores e contrariedades da vida moderna não podem dar ensejo à indenização, sendo evidente que o convívio social acarreta diversas situações desagradáveis que geram aborrecimentos, mas que não são passíveis de qualquer indenização; [...]. (TJMS – Apelação Cível n. 2010.035470-8, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Turma, 26.01.2011).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – NÃO COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO DANO – MERO DISSABOR – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em condenação por danos morais quando o ocorrido não ultrapassa à normalidade dos acontecimentos, sem ofender a reputação e honra do ofendido, tratando-se de mero dissabor.

Para que o autor de ação de indenização seja ressarcido por danos morais, deve ele demonstrar haver sofrido, com a conduta da parte ré, abalo psíquico ou moral, pois o mero aborrecimento não enseja, por si só, indenização a tal título. Recurso conhecido, mas improvido." (TJMS – Apelação Cível n. 2005.018603-7, Dorival Renato Pavan, 5ª Turma Cível, 29.01.2009).

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO REVISIONAL – AGRAVO RETIDO – CONHECIDO E NÃO PROVIDO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – PREVIDÊNCIA PRIVADA – PRESCRIÇÃO – ACOLHIDA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – NEGADA – DANOS MORAIS – INEXISTENTES – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não comprovada nos autos a presença do dano moral, inexiste o dever de indenizar. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.038883-3/0000-00 - Campo Grande - Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins – Primeira Turma Cível – J. 8.2.2011).

Portanto, fica demonstrado que os requisitos exigidos para o ensejamento de indenização por dano moral não restaram caracterizados.

Dessa forma, não há falar em ocorrência de dano nem de ato ilícito ou abusivo praticado pela ré, não coexistindo, portanto, nexo de causalidade.

Em face do exposto, conheço do recurso, porém lhe nego provimento para manter incólume a douta sentença de primeiro grau.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Revisor)

De acordo com o voto da relatora.

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E NO MÉRITO A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO FOI ADIADA A PEDIDO DO VOGAL (DES. PAULO ALFEU PUCCINELLI), ENQUANTO O RELATOR E O REVISOR NEGAVAM PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO (EM 27.3.2012)

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Vogal)

Pedi vistas destes autos para examinar com maior detença o pedido de indenização por danos morais, formulado na exordial em desfavor de Luiz Roberto Peralta Marti, ora apelado, em razão de alegada demora de diagnóstico de câncer de mama, enfermidade que acometeu a Srª Zélia Xavier Pereira, autora da ação, e que, no curso do processo, resultou em seu óbito.

A E. Relatora, Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, entendeu por bem improver a presente apelação cível, ao fundamento de que os autos não dão sustentáculo ao pleito indenizatório, porquanto não provado que o médico recorrido agiu de forma negligente, nem tampouco que o procedimento por ele

adotado (mamografia, ultrassonografia e retorno para repetição de exames) foi incorreto, restando mantida, por conseguinte, a r. sentença atacada, que julgou improcedente a ação indenizatória em apreço.

Com a devida vênia, divirjo desse entendimento.

Com efeito, a respeito da responsabilidade civil do médico, assenta Carlos Alberto Bittar[1] que a:

> [...] responsabilidade civil médica não foge dos princípios gerais que norteiam o assunto. Portanto, para a sua caracterização, é necessária a ocorrência dos seguintes pressupostos: ação ou omissão lesiva do médico; dano injusto, de conteúdo pessoal, moral ou patrimonial; e o nexo causal, isto é, a relação de causa (ação) e efeito (dano). A produção da prova, em juízo, estará concentrada nesses antecedentes indissociáveis.
>
> A ação lesiva que se atribui ao médico pode ser impulsionada por dolo (consciência e vontade de agir com o objetivo de propiciar o dano) ou, no âmbito da culpa strictu sensu, por imprudência (traduzida por atitudes impensadas, despidas de qualquer acautelamento), negligência (omissão de precauções impreteríveis) ou imperícia (carência de conhecimento técnico). A desobediência aos preceitos e às etapas das condutas e procedimentos dissecados nos itens anteriores pode consubstanciar a conduta danosa.

Em comento, leciona Miguel Kfouri Neto, *verbis:*

> A apuração da culpa do profissional médico obedece aos mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa. Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave: "Não é necessário que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa[2].

Como se vê do exposto, gera responsabilidade civil a ação lesiva do médico impulsionada, no âmbito da culpa *strictu sensu,* por imprudência, negligência ou imperícia, sendo que, evidentemente, se configurada quaisquer dessas condutas, nasce o dever de indenizar.

No caso em específico, ante o arcabouço probatório dos autos, cunha-se que o apelado agiu com imprudência, falta de acautelamento, ao deixar de investigar os nódulos encontrados na mama direita de Zélia Xavier Pereira. Explico.

Infere-se da ficha de atendimento da paciente (fls. 52/55) que ela, na data de 21.11.2005, foi atendida pelo médico apelado, Dr. Luiz Roberto Peralta Marti, no Posto de Saúde, profissional este que solicitou exame de mamografia, realizado em 23.11.2005, do qual constou como resultado a existência de "*achados mamográficos benignos (BIRADS – II",* sendo aconselhado, em sua conclusão, o seguimento mamográfico nos períodos normas de exames (fl. 30), sendo referida paciente novamente atendida pelo recorrido em 22.01.2006, com anotação do exame na aludida ficha.

Na data de 30.03.2006, Zélia Xavier realizou outra consulta com o apelado, data em que foram constatados nódulos na mama direita da paciente com dor à apalpação, o que motivou a realização de ultrassonografia em 19.04.2006, através da qual foi confirmou-se a presença de três nódulos sólidos e císticos na referida mama direita da mesma (fl. 31).

1 In Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar. Coodernação de Carlos Alberto Bittar, Saraiva, 1991, p. 99)

2 In A responsabilidade civil do médico. Revista Jurídica n. 170, p. 113-128.

Consoante se vê à fl. 53, o apelado tomou ciência desse resultado em 28.04.2006, quando a paciente em questão foi consultada por ele.

De fato, esse último exame realizado na paciente (ultrassonografia) não apontava para existência de achados mamográficos malignos; contudo, o apelado, alicerçado na prudência médica, poderia, através de outros procedimentos mais avançados e precisos, investigar melhor a causa dos nódulos encontrados na mama da Srª Zélia, especialmente considerando que essa reclamava de dor à apalpação, que ela, à época, contava com 41 (Quarenta e um) anos de idade (fl. 15) e, ainda, que os critérios de avaliação da imagens mamográficas eram inespecíficos quanto às características dos cistos (redondos, ovais, bem delimitados e etc – fl. 66)

Tal o entendimento não é colhido a esmo, mas decorre da própria literatura médica, trazida aos autos pelo recorrido, a qual, quanto à conduta a ser tomado pelo médico no caso de lesões sólidas com características do fibroadenoma (tumor benigno)[3], aponta a possibilidade de realização de punção aspirativa ou a biópsia percutânea. Senão vejamos:

> A conduta em lesões sólidas:
>
> [...]
>
> Pode ser feito o controle ecográfico ou punção aspirativa com agulha fina, quando se dispõe de um bom citopatologista. Mas se a paciente tiver mais 35 anos e critérios de avaliação de imagem mais inespecíficos ou, se a imagem não puder ser enquadrada em lesão "provavelmente benigna", a paciente de ser encorajada a obter uma amostra de tecido para análise, de preferência, via percutânea, podendo-se optar pela punção aspirativa com agulha fina ou pela biópsia percutânea com agulha grossa (fl. 68)

Destarte, pode-se concluir que o médico recorrido agiu com imprudência, visto que, como demonstrado, poderia ter recorrido a outro meio de investigação posto ao seu alcance a fim de constatar com precisão qual era a enfermidade que acometia sua paciente, o que, como visto, não foi feito.

Acresce-se que, acaso o recorrido não dispusesse de conhecimento específico acerca da doença, deveria tê-la encaminhado a outro profissional com especialidade para tanto e que pudesse auxiliar no diagnóstico da enfermidade.

É oportuno salientar que aqui não se reconhece o erro de diagnóstico, visto que os exames apresentados ao apelado não apontavam para a malignidade dos nódulos, sendo sim verificado que, no caso, o médico atuou com imprudência médica, posto que deixou de recorrer a outros meios de investigação postos à sua disposição para apurar a doença que acometia a Srª Zélia, conduta esta exigível de qualquer profissional preocupado e cauteloso no trato de seus pacientes.

Em assim sendo, havendo nexo causal entre os danos sofridos pela Srª Zélia Xavier Pereira e a conduta imprudente do apelado, Dr. Luiz Roberto Peralta Marti, é incontroverso que deve ele, no presente caso, ser responsabilizado civilmente, cabendo-lhe arcar com a pertinente indenização, nos termos do preceituado no artigo 927 (antigo artigo 159, do CC/1916) do Código Civil, o qual dispõe:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Por sua vez, estabelece o artigo 186, do mesmo *Códex:*

3 In http://www.conhecersaude.com/adultos/3277-fibroadenoma.html;

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

Reconhecida a responsabilidade civil do apelado, deve adiante ser verificada a possibilidade de ressarcimento dos danos reclamados na exordial.

No que diz respeito aos danos estéticos, estes devem estão claramente provados nas fotografias de fls. 97/103, os demonstram que, em razão da retiradas dos referidos nódulos, a paciente ficou com leve deformação e cicatriz em sua mama direita e próximo à axila, danos estes que são indisfarçáveis e que, sem sombra de dúvida, causaram modificação no aspecto do corpo da mesma, o que é suficiente para importar na devida reparação.

A propósito dessa compreensão, valho-me da lição de Teresa A. Lopes de Magalhães que, sobre os danos estéticos, acentua que:

> [...] não se trata apenas das horripilantes feridas, dos impressionantes olhos vazados, da falta de uma orelha, da amputação de um membro, das cicatrizes monstruosas ou mesmo do aleijão propriamente dito. Para a responsabilidade civil basta a pessoa ter sofrido uma 'transformação', não tendo mais aquela aparência que tinha. Há, agora, um desequilíbrio entre o passado e o presente, uma modificação para pior. (O dano estético. Responsabilidade Civil, RT, p. 18-19).

Por conseguinte, não há dúvida de que o evento danoso (imprudência médica) e suas conseqüências (retirada dos nódulos e cicatriz) resultaram em sofrimento e aflição à Srª Zélia, perturbando o estado de normalidade de sua vida até que fosse encontrada a verdadeira causa dos nódulos em sua mama direita, posteriormente diagnosticados como câncer de mama.

Tais circunstâncias são o bastante para ensejar a reparação por danos morais, nos quais estão inclusos os estéticos, reclamados na inicial.

Nesse sentido, veja-se o seguinte aresto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - RESPONSABILIDADE CIVIL - JULGAMENTO EXTRA PETITA - INOCORRÊNCIA - EMPRESA DENUNCIANTE E LITISDENUNCIADA - CONDENAÇÃO À INDENIZAÇÃO SOLIDÁRIA GENÉRICA EM DENUNCIAÇÃO À LIDE POR RELAÇÃO JURÍDICA SECURITÁRIA - POSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - REJEIÇÃO - VALOR ARBITRADO MINORADO. 1. "O dano moral constitui-se na dor, no sofrimento, infligidos a outrem; as lesões corporais implicam dor, e as cicatrizes maculam a estética do corpo, razão por que negar o sofrimento do autor é desconhecer a natureza humana (OBRA CITADA - TALÇRS - JTARS 91/201 - PÁG. 228) [...]. (Apelação Cível n° 2005.07.1.026704-8. Quinta Turma Cível. Relator: Desembargador Romeu Gonzaga Neiva. Julgado em 17.03.2010. Publicado em 12.04.2010)

Ressalta-se, por conveniente, que, quanto à quantificação dos danos morais e estéticos, insta salientar é admissível o arbitramento cumulativo dos valores a serem fixados como ressarcimento pelos prejuízos em voga, quando, como no caso, ambos derivam do mesmo fato, sendo que assim prevê a Súmula n° 387, *verbis: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral."*

No mesmo sentido, são os seguintes arestos dessa Corte Superiora:

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO. CICATRIZES. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> I. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral" (Súmula n. 387/STJ). [...]. (REsp n° 752260/RJ. Quarta Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Julgado em 02.09.2010. Publicado em 16.09.2010) (Grifei)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATROPELAMENTO DE TRANSEUNTE POR VIATURA DA POLÍCIA. HONORÁRIOS. ART. 260 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DANOS MORAL E ESTÉTICO. CUMULAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.
>
> 1. À falta do indispensável prequestionamento, não se conhece do recurso especial. São aplicáveis os princípios estabelecidos nas Súmulas 282 e 356 do STF.
>
> 2. É possível a cumulação de indenização por danos estético e moral, ainda que derivados de um mesmo fato, mas desde que um dano e outro possam ser reconhecidos autonomamente, ou seja, devem ser passíveis de identificação em separado. [...] (AgRg no REsp 936838/ES. Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Barros. Julgado em 18.06.2009. Publicado em 05.08.2009) (Grifei)

Nesse norte, levando-se em consideração as circunstâncias que foram causa para a produção do evento danoso noticiado na lide, a condição financeira dos litigantes, bem como os prejuízos experimentados pela Srª Zélia, fixo a indenização por danos morais e estéticos no valor de R$ 15.000,00 (Quinze mil reais), *quantum* este que se mostra suficiente para minorar os prejuízos de ordem moral e estética demonstrados nas linhas acima, além de encontrar-se em perfeita consonância com o caráter punitivo-compensatório que essa espécie de indenização precisa ter, não servindo tal *quantum,* de outro lado, ao enriquecimento ilícito da vitima.

Destaca-se que o arbitramento do valor reparatório em questão vem de encontro com o entendimento esposado pela nossa doutrina, como se vê da valiosa a lição de Caio Mário da Silva Pereira, o qual assim ensina, *verbis:*

> [...] o problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, que é próprio da indenização do dano material, corresponderá à função compensatória pelo que tiver sofrido. Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescer que na reparação do dano moral, insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (Aguiar Dias).
>
> A vitima de uma lesão a algum daqueles direitos se cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva" (Responsabilidade Civil. n. 49, p. 67.)

No mesmo norte, são os seguintes julgados emanados dos nossos tribunais, *verbis:*

> PROCESSO CIVIL. CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTADA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA MANTIDA.
>
> [...] 3. Na fixação da verba compensatória, referente ao dano moral e ao dano estético, diante da ausência de critérios legalmente definidos, o julgador, atento às finalidades compensatórias, punitiva e preventivo-pegagógica da condenação, bem como guiado pelos princípios gerais da prudência, bom senso, proporcionalidade, razoabilidade e adequação, deve estabelecer valor que se mostre adequado às circunstâncias que envolveram o fato e compatível com o grau e a repercussão da ofensa moral e estética discutida.[...]. (TJDFT. Apelação Cível n° 2010.08.1.002852-0. Primeira Turma Cível. Relator: Desembargador João Batista Teixeira. Julgado em 06.04.2011. Publicado em 11.04.2011)
>
> E M E N T A – DUPLO APELO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – LESÃO EM ESCOLA MUNICIPAL – OMISSÃO DO MUNICÍPIO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – CUMULAÇÃO – DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – POSSIBILIDADE – FIXAÇÃO EM VALOR ÚNICO – QUANTUM FIXADO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE [...]
>
> A cumulação de indenização por danos morais e estéticos oriundos do mesmo fato, o que não é afastado em hipóteses como a dos autos, em que, a despeito de ter sido estipulado um valor único, levou-se em consideração as duas espécies de dano.
>
> Não há parâmetros para a fixação do valor do dano moral, devendo o julgador arbitrá-los segundo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, evitando o enriquecimento ilícito e atendendo sempre à função compensatória ao ofendido e punitiva ao ofensor. [...]. (TJMS. Apelação Cível n° 2009.027920-0/0000-00. Terceira Turma Cível. Relator: Desembargador Fernando Mauro Moreira Marinho. Julgado em 17.08.2010. Publicado em 23.08.2010)

Por derradeiro, salienta-se que, sobre esse valor indenizatório, deverá incidir correção monetária pelo IGPM/FGV, a contar da prolação deste *decisum*, e juros de mora de 1% ao mês, a contar do evento danoso, sendo nesse sentido a orientação deste Sodalício:

> EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS **MORAIS**, MATERIAIS E ESTÉTICOS – [...] – JUROS DE MORA INCIDENTES DESDE A DATA DO EVENTO DANOSO – SÚMULA 54 DO STJ [...]
>
> O termo inicial dos juros moratórios é computado desde a data do evento danoso, aplicando-se a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça".(Apelação Cível n° 2012.003706-6/0000-00. Quarta Câmara Cível. Relator Designado: Des. Dorival Renato Pavan. Julgado em 28.02.2012. Publicado em 13.03.2012)
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS **MORAIS** C/C PEDIDO DE LIMINAR – PRELIMINAR ALEGADA EM CONTRARRAZÕES – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – COMPROVADA A INEXISTÊNCIA DA DÍVIDA APONTADA NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO – **DANO** MORAL CARACTERIZADO – VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM R$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) – JUROS DE MORA INCIDENTES A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO – INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO – INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBÊNCIAIS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO".(Apelação Cível n° 2011.037474-1/0000-00. Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Julgado em 22.02.2010. Publicado em 07.02.2012)

Diante dessas razões, divergindo da E. Relatora, dou provimento parcial à apelação cível para condenar o apelado Luiz Roberto Peralta Marti a arcar, em favor do Espólio de Zélia Xavier Pereira, com indenização por danos estéticos e morais no valor de R$ 15.000,00 (Quinze mil reais), acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a contar do evento danoso, e correção monetária pelo IGPM/FGV, a partir da prolação deste acórdão.

Outrossim, havendo sucumbência recíproca, em aplicação ao artigo 21, *caput,* do Código de Processo Civil, condenou cada litigante a arcar com 50% (cinquenta por cento) das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.000,00 (Dois mil reais), conforme r. sentença, ficando sobrestado o pagamento de tais verbas pela parte autora, a teor do artigo 11, da Lei n° 1.060/50, por ser beneficiária da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E NO MÉRITO, POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL, QUE LHE DAVA PROVIMENTO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. 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, 27 de março de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.003844-3 - Corumbá
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO – CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL COM CLÁUSULA DE GARANTIA HIPOTECÁRIA – AUSÊNCIA DE EFETIVA E CLARA DEMONSTRAÇÃO DO PAGAMENTO DAS RENDAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O conjunto probatório conduz à inarredável conclusão de que as cláusulas entabuladas no contrato de arrendamento nunca foram observadas pelo recorrido, mormente com relação ao pagamento antecipado das rendas, pois embora afirme haver quitado a totalidade das parcelas, cujo vencimento dar-se-á em agosto de 2013, revela patente contradição na forma pela qual o pagamento teria sido efetuado. Ora por meio de lâminas de cheques; ora por declaração exarada pelo procurador e, por fim, através de recibo de quitação assinado pelo recorrente.

No que se refere ao pedido indenizatório, mostra-se indevido qualquer ressarcimento dessa natureza, uma vez que o recorrente não se desincumbiu do ônus que lhe competia, no sentido de demonstrar, efetivamente, em que consistiriam os danos ocorridos no imóvel.

RECURSO ADESIVO – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO PREJUDICADO.

Em virtude da reforma da sentença de primeiro grau, fica prejudicada a análise do pleito de majoração de honorários sucumbenciais, formulado pelo recorrido em sede de recurso adesivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, dar parcial provimento ao recurso principal e julgar prejudicado o recurso adesivo, nos termos do voto da relatora, vencido o vogal.

Campo Grande, 29 de maio de 2012.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Felipe Espírito Santo Bustorff, inconformado com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na *Ação de Despejo por falta de Pagamento* em desfavor de *Ricardo de Oliveira Carneiro*, interpõe recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que:

a) não recebeu o pagamento dos aluguéis pactuados com o recorrido no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), o que restou comprovado pela devolução, por parte do Banco sacado, das 24 (vinte e quatro)

lâminas de cheques emitidos pelo recorrido, além de não haver cumprido com as obrigações de conservar as pastagens, mobiliários e maquinários do imóvel e deixado de prestar garantia hipotecária no prazo de 60 (sessenta) dias após a assinatura do contrato;

b) os recibos apresentados pelo recorrido, nos quais consta a quitação de pagamento firmada pelo então procurador do recorrente, tratam-se de simulação, vez que foram produzidos na data da audiência de tentativa de conciliação realizada em 3.9.2008 e, sobretudo, porque a procuração outorgada pelo recorrente a Adair Carneiro Neto – filho do recorrido – não o autorizava a receber pagamento do arrendamento e na data da confecção do recibo a procuração já havia sido revogada;

c) ressalta que embora tenha obtido a concessão da tutela antecipada para o fim de reintegrá-lo na posse do imóvel, após a instrução probatória, em alegações finais, o recorrido juntou aos autos uma declaração, na qual o recorrente declarava o recebimento da importância de R$ 284.000,00 (duzentos e oitenta e quatro mil reais), como pagamento do arrendamento firmado entre as partes;

d) instado a se manifestar, no prazo de cinco dias, o recorrente, por sua patrona à época, não o fez, tendo sido proferida a sentença de improcedência do pedido, fundamentada, exclusivamente, no referido documento – declaração – de quitação, que teria sido assinado pelo recorrente. Contudo, a assinatura em questão trata-se de falsificação comprovada por meio de perícia técnica realizada com o Dr. Vinícius Coutinho e juntada aos autos por ocasião da interposição deste recurso.

e) é possível a juntada de documento novo na fase recursal, nos termos do art. 397 do Código de Processo Civil, sendo o laudo pericial grafotécnico conclusivo no sentido de reconhecer a falsificação da assinatura aposta na declaração, razão pela qual o direito material deve prevalecer sobre o processual, sobretudo quando a parte pretende obter vantagem ilegal com a utilização do processo, razão pela qual deve-se permitir a produção desta prova na fase recursal;

f) diante das circunstâncias descritas, faz-se necessária a concessão de tutela antecipada para o fim de reintegrar o recorrente na posse do imóvel – Fazenda Bela Vista – mostrando-se presente a verossimilhança das afirmações, e a possibilidade de reversibilidade da medida, uma vez que o próprio imóvel pode servir de garantia caso o provimento recursal venha a ser negado;

Outrossim, requer que seja recebido, como documento novo, o laudo grafotécnico e, não sendo este o entendimento, para que o julgamento seja transformado, liminarmente, em diligência, a fim de se realizar novo exame pericial grafotécnico, em atendimento à instrumentalidade do processo, dando-se, ao final, provimento ao recurso de apelação.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença de primeiro grau para o fim de declarar rescindido o contrato de arrendamento rural, decretando-se o despejo do recorrido, condenando-o no pagamento de perdas e danos contratuais, especialmente o valor dos alugueres e danos ocorridos no imóvel, a serem apurados, além de multa contratual fixada em 20% sobre o valor do arrendamento. Pede, ainda, pela condenação do recorrido por litigância de má-fé.

Por sua vez, o recorrido interpôs recurso adesivo, requerendo a majoração dos honorários advocatícios, fixados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), aplicando-se o que dispõe o art. 20, §3º, do Código de Processo Civil, ou seja, entre 10% a 20% sobre o valor da condenação, ou seja, no mínimo, R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Contrarrazões pelo não provimento do recurso, alegando, quanto ao documento novo anexado na apelação, a preclusão do direito do recorrente, que deveria ter se manifestado acerca da declaração anexada aos autos no momento oportuno ou por meio de incidente de arguição de falsidade (art. 390 do CPC), no

prazo de 10 (dez) dias, após a juntada do documento, não sendo o recurso de apelação o meio adequado para tanto.

Contrarrazões ao recurso adesivo ofertadas às fls.530-532.

Às fls. 545/549, o pedido de tutela antecipada formulado pelo recorrente foi concedido, determinando o despejo do recorrido da Fazenda Bela Vista, objeto do arrendamento rural.

VOTO (EM 10.4.2012)

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação interposto por *Felipe Espírito Santo Bustorff*, em razão da sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá/MS, que julgou improcedente o pedido formulado na *Ação de Despejo* em que contende com *Ricardo de Oliveira Carneiro*.

A sentença entendeu pela improcedência do pedido, com base nos seguintes argumentos, *verbis*:

> [...] Já produzidas as provas necessárias e relevantes à solução da controvérsia de fato aqui instaurada, a causa está pronta para julgamento.
>
> A parte autora pleitea a rescisão do contrato de arrendamento rural celebrado com a parte requerida, alegando descumprimento contratual do réu, que não teria pagado o preço do aluguel, nem constituído a garantia hipotecária prevista no contrato de fl. 27, bem como pelo fato de não estar explorando devidamente o imóvel.
>
> Já o réu contradiz os fatos alegados pelo autor, dizendo que quitou todos os alugueis devidos a título de arrendamento mercantil, apresentando, para fazer prova de sua alegação, o documento de fl. 322.
>
> De fato, o documento acima contém declaração assinada pela parte autora, na qual dá quitação total à dívida do requerido relativa ao arrendamento mercantil da Fazenda Bela Vista, desde à parcela vencida em 12/09/2007 até 12/08/2013.
>
> Deve-se salientar que apesar do documento de fl. 322 existir antes mesmo da propositura da ação, deve ser tido como documento novo, para fins de admiti-lo como suficiente a contrariar os fatos alegados pelo autor, uma vez que era tido como perdido pelo requerido, não possuindo o conhecimento de seu paradeiro, por analogia ao art. 485, VII, do CPC.
>
> Assim, a controvérsia diz respeito ao cumprimento ou não, por parte do réu-arrendatário, das obrigações contidas no contrato de fls. 25/28 e 160/163.
>
> No que tange à obrigação do arrendatário em usar o bem conforme as finalidades previstas no contrato, o auto de constatação de fl. 127 faz prova de que a Fazenda Bela Vista mantinha-se bem conservada e estava em perfeito funcionamento, explorando as atividades de turismo e pecuária, tudo conforme a cláusula 2.ª do contrato de fl. 25. Daí que improcede o argumento do autor em dizer que o requerido não estaria explorando devidamente o imóvel rural arrendado.
>
> Quanto à alegação de não pagamento dos alugueis por parte do requerido, o documento apresentado à fl. 322 faz prova em contrário, uma vez que contém declaração do próprio autor (com reconhecimento de firma) de que estavam quitadas todas as parcelas do arrendamento, desde 12/09/2007 até 12/08/2013.

> Ademais, a parte autora foi intimada para manifestar sobre o teor do documento apresentado pelo requerido, entretanto, permanece inerte por mais de quatro meses, presumindo ser verdadeira a declaração constante à fl. 322, até porque tal documento contém o reconhecimento de autenticidade da firma do autor pelo Cartório de Registro de Títulos e Documentos desta cidade.
>
> Assim, nos termos dos arts. 372 e 373 do CPC, não contestada a autenticidade do documento de fl. 322 pelo autor, presumem-se verdadeiras as declarações ali apostas, razão pela qual deve ser julgado improcedente o pedido inicial do autor quanto à alegação de ausência de pagamento pelo réu dos alugueis advindos do contrato de arrendamento mercantil da Fazenda Bela Vista.
>
> Por fim, no que diz respeito ao descumprimento contratual de constituição de garantia hipotecária por parte do requerido, tenho que trata-se do obrigação acessória e tem por finalidade garantir o pagamento dos alugueis devidos pelo réu a título de arrendamento rural (obrigação principal), sendo que, uma vez quitados os alugueis até final do contrato, não se justifica a rescisão do negócio entabulado entre as partes tão somente pelo descumprimento da obrigação contratual acessória (constituição de garantia hipotecária). Isso porque a obrigação acessória segue o destino da obrigação principal e uma vez extinta esta, aquela também deve ser extinta por perda de objeto.
>
> 3 – DISPOSITIVO:
>
> Diante do exposto, julgo improcedentes os pedidos iniciais do autor e extingo o feito, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.
>
> Fica revogada a decisão antecipatória de tutela concedida às fls. 178/182. Expeça-se contramandado de reintegração na posse da Fazenda Bela Vista ao requerido, devendo, no mesmo ato, o Sr. Oficial de Justiça proceder à constatação do estado em que se encontra o imóvel rural.
>
> Em razão da sucumbência, condeno o autor a pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, os quais, considerando a natureza e a importância da causa, o zelo e o tempo de trabalho exigido, o local da prestação do serviço, assim como a atividade instrutória desenvolvida, fixo em R$ 1.500,00, que serão atualizados pelo IGP-M a partir desta data.

Com efeito, embora a magistrada de primeiro grau tenha entendido pela improcedência do pedido inicial, entendo que a sentença deve ser integralmente reformada.

Inicialmente, faz-se necessário rememorar o contexto fático e jurídico dos presentes autos, a fim de bem delinear os contornos do processo em análise. Pois bem.

O recorrente ingressou com ação de despejo em desfavor do recorrido, alegando, em síntese, que celebrara Contrato de Arrendamento Rural, apontando, como razões para o desfazimento do referido instrumento, o não pagamento da renda; a ausência de constituição de garantia hipotecária e a exploração indevida do imóvel.

Entendeu o D. Juízo, ao conceder o pedido de tutela antecipada formulado pelo então autor, *verbis*:

> A tutela antecipatória deve ser concedida.
>
> Não procede a ausência de notificação argüida. Duas das obrigações contratuais que o autor alega descumpridas são positivas, líquidas e tinham termo certo: a relativa ao pagamento do preço e a relativa à oferta de hipoteca, daí por que, havendo mora "ex re",

desnecessária a notificação (art. 397, CPC). Ainda que assim não fosse, de se ressaltar que a citação é a forma mais veemente de constituição em mora (art. 219, CPC).

É incontroverso que o contrato firmado entre as partes, cujo instrumento encontra-se às f. 25 a 28 e 160 a 163, previu a obrigação do arrendatário (cláusula décima) de garantir o negócio por meio do oferecimento em hipoteca do imóvel matriculado sob o nº 6.158, da Comarca de Nova Xavantina-MT. Tal garantia deveria ser constituída dentro de sessenta dias a contar da assinatura do instrumento particular do arrendamento, que ocorreu em 20 de agosto de 2007.

Sobre o alegado inadimplemento dessa obrigação contratual nada foi dito na contestação. Tal alegação de fato, portanto, à falta de impugnação específica, deve ser tida como verdadeira, até porque poderia o réu, facilmente, ter demonstrado a existência desse direito real constituído em favor do arrendador.

Não bastasse, verifica-se que as procurações exibidas às f. 164 e 165, de fato não concederam poderes específicos a Adair Carneiro Neto, filho do réu, para receber o preço do arrendamento rural. Elas outorgaram poderes diversos: a f. 164, para movimentar a conta corrente da sociedade empresária Boa Vista Empreendimentos Agro Pecuários e Turísticos Ltda. ME e a de f. 165, para dar em garantia hipotecária ou avalizar parte ideal do imóvel com matrícula nº 1.140.Ademais, de se destacar que o réu não demonstrou que o autor teria levantado antecipadamente o valor dos cheques entregues em pagamento do preço, ao passo que as cártulas aqui exibidas indicam que foram devolvidas por falta de fundos (f. 35 a 38).

Isso já é suficiente para, em cognição sumária, concluir pela verossimilhança das alegações do autor relativas ao inadimplemento das duas obrigações contratuais aludidas,verossimilhança que mais se reforça, se considerado que o pagamento do preço aqui não adimplido decorre da insuficiência de fundos de cheques emitidos pelo próprio Adair Carneiro Neto, filho do autor.

Ademais, não se pode desconsiderar que, a par da falta de poderes para receber o preço do arrendamento, os recibos de f. 166 a 168 não inspiram confiabilidade, no que tange aos fatos que pretendem demonstrar.

Com firma reconhecida apenas em 3.9.2008, representariam entrega de pecúnia de pai para filho, filho esse que, ao mesmo tempo em que quer o demandante seja mandatário do credor, foi justamente quem garantiu o pagamento do preço, mediante a emissão de cheques que vieram a ser devolvidos sem fundos.

Além disso, um dos alegados pagamentos do preço teria sido feito em 12 de novembro de 2007, de forma antecipada em relação aos meses de dezembro de 2007 a agosto de 2013 (o que já não é normal para quem pretende obter lucro com o arrendamento), ao passo que o autor, em 14 de novembro de 2007, havia se manifestado pela revogação das procurações dadas, para outros fins, ao filho do réu Adair Carneiro Neto (f. 39 a 41).

Esses fatos todos, enfim, não dão plausibilidade às alegações do demandado.

Contudo, é bom reforçar, aqui eles se tornam irrelevantes para efeito probatório, uma vez que se parte da premissa de que o procurador mencionado sequer tinha poderes para receber o preço do arrendamento.

De outro lado, evidente o dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que o réu vem suportando grande prejuízo pela falta de pagamento do preço, somada à ausência de garantia contratual.

> Diante do exposto, verossímeis as alegações de inadimplemento contratual por parte do arrendatário e presente a urgência da medida, concedo a antecipação de tutela pretendida, a fim de determinar o despejo da parte ré da fazenda arrendada, ficando concedido o prazo de dez dias para desocupação, sob pena de cumprimento coercitivo.
>
> 1. Expeça-se mandado de intimação para desocupação, arrolamento e despejo.
>
> Ao cumprir a intimação, o oficial deve proceder ao arrolamento dos bens que guarnecem a fazenda. Não havendo desocupação voluntária dentro de dez dias, deve cumprir a ordem de despejo.
>
> 2. Intimem-se, inclusive para especificação de provas em cinco dias.
>
> 3. Extrai-se cópia integral e encaminhe-se ao Ministério Público, para que seja apurada eventual falsidade ideológica dos recibos de f. 166 a 168.
>
> De fato, o documento acima contém declaração assinada pela parte autora, na qual dá quitação total à dívida do requerido relativa ao arrendamento mercantil da Fazenda Bela Vista, desde à parcela vencida em 12/09/2007 até 12/08/2013.

Após detida análise do conjunto probatório constante dos autos, chego à conclusão de que a pretensão recursal deve ser parcialmente acolhida, diante do fato de que, à toda evidência, a boa-fé contratual restou maculada desde o início da relação avençada entre as partes, porquanto o recorrido não cumpriu ao que fora estipulado no contrato de arrendamento, não somente em relação à cláusula de garantia hipotecária estabelecida no aludido instrumento, como também pela ausência de efetiva e clara demonstração do pagamento das rendas.

Isto porque, embora o recorrido afirme, na peça contestatória, haver quitado a totalidade das rendas – cujo termo final ocorreria em 2013 – por meio dos recibos de fls. 166-168, emitidos, respectivamente, em 12.09; 12.10 e 12.11.2007, pelo então procurador do recorrente, que, diga-se, é filho do recorrido, evidencio a total desconexão e incongruência da documentação acostada aos autos, que me conduzem ao entendimento de que referidos recibos de quitação, no montante de R$ 284.000,00 (duzentos e oitenta e quatro mil reais), por si só, demonstram a ausência de boa-fé contratual, uma vez que o procurador não tinha poderes para receber o preço do arrendamento.

Este aspecto foi muito bem destacado pela magistrada *a quo,* por ocasião da concessão da tutela antecipada. Vejamos o entendimento então manifestado, *verbis*:

> Não bastasse, verifica-se que as procurações exibidas às f. 164 e 165, de fato não concederam poderes específicos a Adair Carneiro Neto, filho do réu, para receber o preço do arrendamento rural. Elas outorgaram poderes diversos: a f. 164, para movimentar a conta corrente da sociedade empresária Boa Vista Empreendimentos Agro Pecuários e Turísticos Ltda. ME e a de f. 165, para dar em garantia hipotecária ou avalizar parte ideal do imóvel com matrícula nº 1.140.Ademais, de se destacar que o réu não demonstrou que o autor teria levantado antecipadamente o valor dos cheques entregues em pagamento do preço, ao passo que as cártulas aqui exibidas indicam que foram devolvidas por falta de fundos (f. 35 a 38).
>
> Isso já é suficiente para, em cognição sumária, concluir pela verossimilhança das alegações do autor relativas ao inadimplemento das duas obrigações contratuais aludidas,verossimilhança que mais se reforça, se considerado que o pagamento do preço aqui não adimplido decorre da insuficiência de fundos de cheques emitidos pelo próprio Adair Carneiro Neto, filho do autor.

> Ademais, não se pode desconsiderar que, a par da falta de poderes para receber o preço do arrendamento, os recibos de f. 166 a 168 não inspiram confiabilidade, no que tange aos fatos que pretendem demonstrar.

Nessa seara, conquanto o recorrido afirme que realizou a quitação antecipada do contrato de arrendamento por "exigência" do recorrente, asseverando que *"como o valor foi pago ao procurador do autor, e levando-se em conta que fora o autor quem elegeu seu procurador, dando poderes para receber e dar quitação, se porventura tal valor não foi repassado, não pode vir cobrar tal valor do réu, mas sim propor ação de prestação de contas contra seu procurador."*, há que observar que o procurador em questão trata-se do filho do recorrido, que, conforme mencionado no instrumento de procuração, detinha poderes especiais para, *verbis*:

> [...] dar em garantia hipotecária e/ou avaliar, à qualquer instituição financeira, sua parte ideal que possui no imóvel situado neste município e comarca de Corumbá-MS, detalhadamente descrito na averbação 17 da matrícula n.º 1.140, do Oficial de Registro de Imóveis – 1º Ofício – desta Comarca; podendo para tanto nomeado procurador apresentar documentos, fazer provas, passar e assinar recibos, dar e receber quitação, efetuar pagamento de taxas, concordar, discordar [...] (f. 163v)

Portanto, pouco consistentes as alegações do recorrido neste aspecto, uma vez que seu filho – procurador do recorrente – extrapolou os poderes delimitados por meio da aludida procuração.

Além deste aspecto, o recorrido não cumpriu a obrigação estipulada na Cláusula 10ª do Contrato de Arrendamento, consubstanciada no oferecimento de garantia hipotecária, *"no prazo de 60 dias contados da assinatura do presente contados da assinatura do presente, 2.500 hectares do Imóvel Rural matrícula 6158, Comarca de Nova Xavantina – MT, sendo 2000 (dois mil) hectares formados e 500 (quinhentos) hectares de pasto nativo."* (f. 27), o que seria suficiente para o desfazimento do instrumento contratual.

No que se refere à declaração de fls. 322, que teria sido assinada pelo recorrente e serviu de principal embasamento para a improcedência do pedido inicial, oportuno transcrever seu inteiro teor, *verbis*:

> Eu, FELIPE ESPIRITO SANTO BUSTORFF, português, casado, empresário, portador do RG. 8.935.000-5 SSP/SP. CPF. 944.438.928-91, residente e domiciliado na rodovia da integração, estrada park, KM 26, Fazenda Bela Vista, zona rural da Comarca de Corumbá-MS. Declaro para os devidos fins, que recebi do senhor ADAIR CARNEIRO NETO, portador do RG.01520379 SSP/MS. CPF. 01532342101. A quantia de R$ 284.000,00 (Duzentos e Oitenta e Quatro mil Reais), em espécie, referente ao pagamento do Arrendamento Rural da Fazenda Bela Vista, pagos pelo arrendatário Ricardo de Oliveira Carneiro, portador do RG. 375723 MAER/RJ. CPF. 55096140925. Quitando assim a dívida do arrendamento relativo às parcelas de 12/09/2007, no valor de R$ 4.000,00, na data 12/10/2007 no valor de R$ 4.000,00 no valor de R$ 4.000,00 e também do pagamento de 12/11/2007 à 12/08/2013, totalizando o valor de R$ 276.000,00.
>
> Firmo como verdadeiras as alegações acima, sob pena da Lei.
>
> Corumbá-MS, 27 de fevereiro de 2008

Com efeito, entendo que esta prova não deve se sobrepor – de maneira absoluta – às demais, em reforço à situação fática do negócio e da dúvida que remanesce acerca da autenticidade da assinatura aposta na mencionada declaração, questionada pelo recorrente por meio do laudo grafotécnico (fls.486-498) trazido aos autos pelo recorrente.

Nesse diapasão, ainda que o laudo pericial tenha sido produzido unilateral e extemporaneamente, acaba por corroborar as provas já existentes nos autos e reforça a idéia de que a declaração – que teria sido assinada pelo recorrente – não se presta como fundamento das razões de decidir, repito, diante de sua conjugação com o contexto fático probatório e como prova exclusiva da quitação, como se extrai dos fundamentos da sentença recorrida.

Nessa linha de raciocínio, a declaração anexada tardiamente aos autos pelo recorrido – após a instrução probatória – não faz prova da alegada quitação uma vez que se encontra completamente divorciada do contexto fático e não se coaduna com as próprias assertivas lançadas pelo recorrido desde o momento da contestação.

Com efeito, o conjunto probatório conduz à inarredável conclusão de que as cláusulas entabuladas no contrato de arrendamento nunca foram observadas pelo recorrido, mormente com relação ao pagamento antecipado das rendas, pois embora afirme haver quitado a totalidade das parcelas, repito, cujo vencimento dar-se-á em agosto de 2013, revela patente contradição na forma pela qual o pagamento teria sido efetuado. Ora por meio de lâminas de cheques; ora por declaração exarada pelo procurador e, por fim, através de recibo de quitação assinado pelo recorrente.

Como ressaltei na decisão que concedeu a liminar de reintegração de posse ao recorrente, formulada por ocasião da interposição da apelação, *verbis:*

> Há indícios veementes de que a Declaração que teria sido assinada pelo recorrente não condiz com as informações constantes dos recibos de quitação juntado aos autos pelo recorrido às fls. 166-169, em razão da divergência das datas, bem como com as demais provas constantes dos autos. Outrossim, as demais provas documentais dos autos – consubstanciadas em decisões judiciais concessivas de tutelas cautelares em desfavor do recorrido e do procurador do recorrente, envolvendo contratos e transações de natureza similar, que também não foram adimplidos – revelam mais do que a verossimilhança das alegações do recorrente, porquanto evidenciam o total descumprimento, pelo arrendatário, do que fora estipulado no contrato de arrendamento.

Todos estes aspectos, *a priori,* não foram devidamente sopesados por ocasião da sentença, que se limitou a considerar válida a declaração de quitação (f. 322), na qual o recorrido atesta o recebimento integral do valor do arrendamento de forma antecipada – 5 (cinco) anos antes de seu término, vez que o prazo final do contrato é em 12.08.2013 e referido documento teria sido assinado pelo recorrente em 27.2.2008 – o que contraria os próprios termos estipulados no instrumento contratual, que fixou pagamento mensal no valor de R$ 4.000,00, até seu termo final.

Ademais, mostra-se indispensável a confrontação da referida declaração com as demais provas constantes nos autos, diante da total incongruência das informações e documentos apresentados pelo recorrido.

Impende observar que, atento à estas circunstâncias dos autos, o Juízo da Comarca de Corumbá encaminhou à Promotoria de Justiça local, por meio do ofício n.º 094, de 14.01.2011 (f. 538), cópia integral dos autos, para apuração de eventual prática de infração criminal por parte do recorrido e ainda que sejam searas diversas, tal conclusão foi acertadamente tirada pela magistrada *a quo* diante das evidências observadas no procedimento cível.

Ao comentar sobre a boa-fé contratual, a Professora e Mestra Gisele Leite[1] pontua, com propriedade, *verbis*:

1 "Roteiro sobre o princípio da boa fé objetiva" - Revista Jus Vigilantibus, 4 de setembro de 2006.

> [...] Aliás, é curial destacar que o Direito não pode privilegiar aquele que age com intuito de enganar, ludibriar o outro contratante, ainda que tal fato não se tipifique como vício de consentimento
>
> A máxima venire contra factum proprium non post significa que certa pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantidos a confiança e o dever de lealdade decorrentes do princípio da boa fé objetiva, depositado quando da formação do contrato.
>
> [...]
>
> O princípio da boa fé objetiva pode ser percebido do teor do art. 422 do CC de 2002 pelo qual, os contratantes estão ligados a guardar tanto na conclusão do contrato como em sua execução e mesmo nas negociações preliminares, a conduta de lealdade e probidade."
>
> Em decorrência da vocação finalística do contrato, a autonomia privada limita-se tanto pelos princípios e normas do direito contratual, ditas impositivas, inderrogáveis pela vontade das partes, que tem origem ontológica na busca da igualdade social pelo direito, bem como pelo princípio da boa-fé, princípio este, pelo que se vê, mitigado pelo apelante.
>
> A boa-fé serve de limite à autonomia da vontade, seja impondo que seu exercício se faça sempre compatível com o fim econômico e social a que o contrato se destina, seja impedindo que a declaração de vontade se interprete de tal forma que frustre esse mesmo fim.
>
> Paralelamente, nesse mesmo diapasão, tem-se a autonomia da vontade como fonte soberana de obrigações, as quais vinculam as partes na mesma medida que a lei. É, também, a obrigatoriedade do contrato outra decorrência da boa-fé e da exigência social de se tutelar a segurança e o dinamismo das relações contratuais.
>
> A declaração expressa gera legítima confiança na outra parte de que o prometido será cumprido. Entretanto, isso não aconteceu no caso.

Desse modo, impõe-se a rescisão do contrato de arrendamento e, consequentemente, a confirmação da decisão de fls. 565/569, proferida por esta relatora, que decretou o despejo do recorrido *Ricardo de Oliveira Carneiro* da Fazenda Bela Vista, objeto do arrendamento rural, cabendo ao recorrido efetuar o pagamento das rendas, fixadas no valor mensal de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), totalizando R$ 288.000,00 (duzentos e oitenta e oito mil reais), além da multa contratual fixada em 20% (vinte por cento) sobre o valor das rendas.

No que se refere ao pedido indenizatório, conquanto o recorrente pretenda a condenação do recorrido no pagamento dos danos ocorridos no imóvel, entendo ser indevido qualquer ressarcimento dessa natureza, uma vez que o recorrente não se desincumbiu do ônus que lhe competia, no sentido de demonstrar, efetivamente, em que consistiriam tais danos e sua respectiva especificação. Como observado pela magistrada *a quo* no despacho de fls. 200, *verbis*:

> No mais, o processo encontra-se regular, exceto com relação à indevida intimação para especificação de provas feita determinada às f. 182, item 2.
>
> É que a causa, por força do artigo 275, II, "a", do Código de Processo Civil, tramita pelo procedimento sumário, rito que exige das partes que, desde seus articulados iniciais, já especifiquem as provas que pretendem produzir e, caso tenha interesse na produção de perícia ou na inquirição de testemunhas, já formulem os respectivos quesitos ou arrolem os respectivos nomes, conforme artigos 276 e 278 do mesmo Código.
>
> Por isso, torna-se sem efeito a intimação determinada às f. 182.

Desse modo, indevida qualquer indenização em razão de supostos danos ocorridos no imóvel rural.

De outro modo, não procede o pedido formulado pelo recorrente, para que o recorrido seja condenado por litigância de má-fé, uma vez que a conduta do recorrido não se amolda àquelas tidas como litigância de má-fé, especificamente as previstas no art. 17, inc. I, II e VI do CPC.

Nesse diapasão, imperioso reconhecer que a litigância de má-fé requer para sua caracterização, que a parte aja maliciosamente, com intuito de causar dano processual, seja pelo longo tempo decorrido para a solução da lide, seja pela prática de atos que desvirtuem a condução e o resultado da demanda, o que não se constata no caso em análise.

A lição dos processualistas Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery[2] é esclarecedora e oportuna se faz a sua citação: "*Conceito de litigante de má-fé. É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o improbus litigator, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito [...]*".

Ainda, deixo de apreciar o recurso adesivo interposto por *Ricardo de Oliveira Carneiro*, que requereu a majoração dos honorários advocatícios, tendo em vista a reforma da sentença recorrida.

Por tais razões, conheço do recurso de apelação interposto por *Felipe Espírito Santo Bustorff*, e dou-lhe parcial provimento, reformando-se a sentença recorrida para o fim de julgar parcialmente procedente o pedido formulado na *Ação de Despejo por Falta de Pagamento e Infração Contratual* ajuizada em desfavor de *Ricardo de Oliveira Carneiro*, declarando rescindido o Contrato Particular de Arrendamento Rural com Opção de Compra e Venda e outras Avenças celebrado entre as partes (fls.25/28), confirmando-se a decisão de fls. 565/569, que concedeu a tutela antecipatória que decretou o despejo do recorrido *Ricardo de Oliveira Carneiro* da Fazenda Bela Vista, objeto do arrendamento rural. Condeno-o, ainda, no pagamento das rendas fixadas no valor mensal de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), totalizando R$ 288.000,00 (duzentos e oitenta e oito mil reais), além da multa contratual fixada em 20% (vinte por cento) sobre o valor das rendas.

Outrossim, condeno o recorrido no pagamento dos honorários advocatícios, que fixo em R$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais), com fundamento nas alíneas do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

ADIADA A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. JULIZAR BARBOSA TRINDADE) E FÉRIAS DO MESMO (16/04 A 05/05), APÓS O RELATOR DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E JULGAR PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO.

VOTO (15.5.2012)

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Revisor)

Está em julgamento *apelação cível* interposta por Felipe Espírito Santo Bustorff e *recurso adesivo* de Ricardo de Oliveira Carneiro e Jader Evaristo Tonelli Peixer contra sentença que, nos autos da *ação de despejo por falta de pagamento,* julgou improcedente o pedido considerando o pagamento da pagamento da obrigação pelo locatário/Ricardo em face da apresentação do recibo de quitação e da inércia do arrendante/Felipe para se manifestar a respeito.

2 In, Código de Processo Civil Comentado, ed. RT, 4ª Edição, notas ao artigo 17.

A il. Relatora deu provimento ao recurso principal por considerar que os elementos dos autos, aliados ao laudo grafotécnico de que a assinatura aposta no recibo que ensejou a extinção da obrigação é inautêntica, são suficientes para descaracterizar o alegado pagamento do contrato de arrendamento.

Por isso, declarou rescindido o contrato de arrendamento, confirmando a decisão que antecipou a tutela e decretou o despejo de Ricardo de Oliveira Carneiro, condenando-o ao pagamento das rendas fixadas no valor mensal de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), totalizando R$ 288.000,00 (duzentos e oitenta e oito mil reais), além da multa contratual fixada em 20% sobre o valor das rendas, bem como nos honorários advocatícios fixados em R$ 28.000,00, e afastou os demais pedidos e o recurso adesivo de Ricardo e Jader.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão e peço vênia para dela divergir apenas em relação aos termos da condenação ao pagamento das rendas, por entender que são cabíveis apenas no período em que o arrendatário esteve no efetivo exercício da posse do imóvel por força do arrendamento.

O Contrato foi celebrado com prazo de 06 anos para o período de 12/08/2007 a 12/08/2013 com a finalidade de arrendamento de pasto para gado bovino e exploração turística e segmento hoteleiro da Fazenda Bela Vista.

A ação de despejo foi ajuizada em 15/04/2008, sendo concedida tutela antecipada de despejo, cujo mandado foi cumprido em 06/02/2009 (f. 213).

Após, o recorrente Ricardo foi reintegrado na posse do bem em 10/11/2010 em decorrência do julgamento de improcedência da ação, fato que durou até 31/03/2011 (f. 561) quando foi concedida antecipação da tutela na apelação (f. 545-9), situação que permanece até o momento.

Assim, constata-se que o arrendatário teve a posse sobre o imóvel nos períodos de 12/08/2007 a 05/02/2009 (17 meses e 24 dias) e de 10/11/2010 a 31/03/2011 (04 meses e 21 dias), totalizando 22 meses e 16 dias, de sorte que, com a devida vênia, entendo desarrazoado que além da multa contratual arque integralmente com o valor do arrendamento se, involuntariamente, dele não desfrutou pelo tempo integral, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa do arrendante.

Ademais, verifica-se às f. 343-6 que no primeiro período em que o arrendatário/Ricardo foi despejado, o arrendante/Felipe celebrou em 15/06/2009 contrato de arrendamento com terceiros (Antônio Paulo Mohamed Xavier e Pedro Henrique Katurchi), com prazo de 03 anos e aluguel mensal de R$ 2.500,00, os quais permaneceram na posse até 10/11/2010, de modo que o arrendante obteve lucro com o bem objeto do contrato.

Diante do exposto, meu voto é no sentido de divergir, em parte, da il. Relatora para que a condenação das rendas limite-se ao período em que o arrendatário esteve no efetivo exercício da posse oriunda do contrato de arrendamento, ou seja, 22 meses e 16 dias, corrigidos pelo IGPM-FGV a partir de cada vencimento e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, além da multa contratual que deverá ser atualizada desde a data do acórdão que rescindiu o contrato.

Também no que se refere à sucumbência, por força do art. 20, § 3º do CPC, os honorários devem ser de 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação.

ADIADA A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL (DES. PAULO ALFEU PUCCINELLI), APÓS A RELATORA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E JULGAR PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO, E O REVISOR DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, DIVERGINDO EM RELAÇÃO À CONDENAÇÃO DAS RENDAS E HONORÁRIOS.

VOTO (EM 29.5.2012)

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Vogal)

Pedi vista para melhor analisar o feito.

No caso presente, o requerente **Felipe Espírito Santo Bustorff** propôs a presente a **ação de despejo por falta de pagamento** em face de **Ricardo de Oliveira Carneiro**, alegando ter celebrado um contrato de arrendamento rural com o requerido, em 20/08/2007, com opção de compra, que não foi exercida, pois o arrendatário não teria pago o valor de R$ 150.000,00 acordados como sinal.

Ainda, diz o autor que a cláusula 5.ª do contrato de arrendamento previa o pagamento mensal de R$ 4.000,00, sendo a primeira parcela em 12/09/2007 e as demais a cada 30 dias, sendo que no ato da assinatura do contrato, o requerido teria entregado ao autor 24 cártulas de cheques, cada uma no valor de R$ 4.000,00. Entretanto, os cheques passados ao autor não tinham fundos e foram devolvidos pelo banco sacado, não tendo o requerente recebido qualquer valor a título de aluguel desde setembro de 2007. Em razão disso, pleiteia a rescisão contratual e a reintegração na posse do imóvel, bem como a condenação do requerido a indenizar as perdas e danos sofridos pelo demandante.

O réu apresentou contestação, alega, como preliminar, ausência de notificação para a sua constituição em mora, e, no mérito diz que os cheques repassados por ele ao autor foram devolvidos por insuficiência de fundos e, por essa razão, o demandante teria exigido o pagamento antecipado de todo o contrato, o que foi feito pelo requerido, necessitando, para tanto, de fazer empréstimos junto a instituições financeiras para quitar todo o contrato. Alega que teria entregado todo o dinheiro do contrato ao procurador do autor, Sr. Adair Carneiro Neto (filho do requerido), sendo que somente ficou sabendo da revogação da procuração de fls.165/164 dias após o pagamento retro referido.

O r. Juiz da causa, julgou improcedente o pedido do autor, sob o fundamento de que o réu demonstrou que quitou os alugueis devidos a título de arrendamento mercantil, apresentando, para fazer prova de sua alegação, o documento de fl. 322, que contém declaração assinada pela parte autora, na qual dá quitação total à dívida do requerido relativa ao arrendamento mercantil da Fazenda Bela Vista, desde à parcela vencida em 12/09/2007 até 12/08/2013, inclusive com reconhecimento de firma.

Ainda sustentou o magistrado da causa que a parte autora foi intimada para manifestar sobre o teor do documento apresentado pelo requerido, entretanto, permanece inerte por mais de quatro meses, presumindo ser verdadeira a declaração constante à fl. 322, até porque tal documento contém o reconhecimento de autenticidade da firma do autor pelo Cartório de Registro de Títulos e Documentos desta cidade. Condenando o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios no valor de R$ 1.500,00, que serão atualizados pelo IGP-M a partir da prolatação da sentença.

Irresignada com esta sentença, **o autor recorre** a este Tribunal de Justiça f. 455/482, aduzindo que I) não recebeu o pagamento dos aluguéis pactuados, II) que a prova pericial extra-judicial anexada com apelação cível, demonstra que a assinatura não é do autor.

Já o réu propôs recurso adesivo f. 507515, requerendo elevação dos honorários advocatícios entre 10% a 20% do valor do arrendamento ou no mínimo R$ 50.000,00.

A eminente Rel. Des. Tânia Garcia Freitas Borges, deu provimento em parte para o recurso do autor, a fim de julgar procedente o pedido formulado na inicial, declarando rescindido o contrato particular de arrendamento rural com opção de compra e venda. Condenou ainda no pagamento das rendas fixada mensalmente no valor de R$ 4.000,00, totalizando R$ 288.000,00, além da multa contratual de 20% sob

o valor das rendas, fixando honorários em R$ 28.000,00, a favor do autor, conforme art. 20, §3º do CPC. Deixando de apreciar o recurso do réu tendo em vista a reforma da sentença recorrida.

O ilustre Des. Revisor Julizar Barbosa Trindade, divergiu com relação a relatora tão somente aos termos da condenação ao pagamento das rendas, por entender que são cabíveis apenas no período em que o arrendatário esteve no efetivo exercício da posse do imóvel por fora do arrendamento, ou seja, 22 meses e 16 dias, corrigidos pelo IGPM, e juros de 1% ao mês a partir da citação. Sendo os honorários em 10% sob o valor da condenação.

Peço vênia aos eminentes pares, para divergir do entendimento assentado.

Tenho que não poderia ser acolhido a alegação de falsidade da assinatura da declaração f. 322, uma vez que tal questão não foi nem analisado pelo juiz da causa, bem como dado direito ao réu para manifestar.

Ainda como se vê, o autor deixou o prazo transcorrer *in albis*, para se manifestar da declaração anexada f. 322, vindo o juiz de primeiro grau, julgar improcedente o pedido do autor, sob o fundamento de ser verdadeiro as declarações ali opostas, uma vez que estava reconhecido firma.

Muito embora, o autor após prolatada sentença de primeiro grau realizou perícia unilateral, aonde constou ser falsa a assinatura da declaração de quitação f.485/495, entretanto, o autor não manifestou na oportunidade devida, quando o juiz da causa determinou a manifestação f.323/325.

Vale ressaltar que a perícia extra-judicial realizada pelo autor, não observou o devido processo legal, já não foi dado ao réu direito ao contraditório e ampla defesa, diferentemente da declaração anexada aos autos f. 322, aonde o juiz da causa intimou o autor para se manifestar sob a declaração de quitação, tendo o autor deixando transcorrer *in albis* o prazo.

Como é sabido, a *mens legis* desta norma é assegurar a ampla defesa e o contraditório, previstos como direitos fundamentais na Constituição Federal:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Desse modo, a meu sentir, a decisão atacada padece de nulidade absoluta, tendo em vista que inobservou os princípios constitucionais considerados pilares do nosso ordenamento processual, mormente levando-se em conta que os documentos (perícia extra-judicial) não foram dado oportunidade ao réu para manifestar.

Neste sentido:

> APELAÇÃOCÍVEL–EXECUÇÃODETÍTULOEXECUTIVOEXTRAJUDICIAL – PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO SOBRE DOCUMENTO JUNTADO – VIOLAÇÃO DO ART. 398 DO CPC – ACOLHIDA – RECURSO PROVIDO – A teor do disposto no art. 398 do CPC, a falta de intimação da parte contrária sobre a juntada de novos documentos utilizados no deslinde da causa, constitui cerceamento de defesa e gera a nulidade da sentença (TJMS – AC 2011.008781-7/0000-00 – 2ª T.Cív. – Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade – DJe 29.04.2011 – p. 24).

> PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – APRESENTAÇÃO DE NOVO CÁLCULO – NÃO ABERTURA DE PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – OFENSA AO ART. 398 DO CPC – DECISÃO AGRAVADA ANULADA – NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO AGRAVANTE/EXECUTADO – I- Assim, qualquer determinação que seja tomada com base em documento novo, deve ser precedida da oportunidade de sua discussão pelos litigantes, sob pena de configurar-se o cerceamento ao contraditório e a ampla defesa, com a possibilidade de ser a decisão proferida anulada. Recurso conhecido e provido. Decisão unânime (TJSE – AI 2010204699 – (9051/2010) – 1ª C.Cív. – Relª Desª Geni Silveira Schuster – DJe 20.09.2010 – p. 24).

Sucede que, a questão da declaração f.322, está preclusa, uma vez que o autor não se manifestou oportunamente (f.323/325), deixando transcorrer *in albis* o prazo, o que ensejou sua anuência em relação a declaração.

Sobre o tema a doutrina do Prof. Fredie Didier Júnior nos ensina que preclusão *é a perda de uma faculdade processual ou da possibilidade de se rediscutirem ou rejulgarem questões* e pode ser subdividida e três espécies: temporal, lógica e consumativa. (Curso de Direito Processual, vol. 1, 6ª ed., p.68).

No presente caso, seguindo doutrina do professor Didier, ocorreu a preclusão temporal, que traduz-se na *perda da faculdade ou direito processual decorrente do seu não exercício, em tempo e momento oportunos*. (Obra citada).

Sendo assim, decidiu com acerto o magistrado da causa ao julgar improcedente nos termos dos arts. 372 e 373 do CPC, não contestada a autenticidade do documento de fl. 322 pelo autor, presumem-se verdadeiras as declarações ali apostas, razão pela qual deve ser julgado improcedente o pedido inicial do autor quanto à alegação de ausência de pagamento pelo réu dos alugueis advindos do contrato de arrendamento mercantil da Fazenda Bela Vista.

Desta forma, o autor/recorrido somente pode desconstituir a declaração de quitação f.322, através de ação própria, uma vez que não manifestou na oportunidade que foi dado.

A questão da preclusão não foi analisada, desta forma, deve ser negado provimento ao acolhido os embargos de declaração com efeitos infringentes, para negar provimento a apelação cível interposto por Felipe Espírito Santo Bustorff.

Como se vê, nos termos dos arts. 372 e 373 do CPC, não contestada a autenticidade do documento de fl. 322 pelo autor no momento oportuno, presumem-se verdadeiras as declarações ali apostas, razão pela qual deve ser julgado improcedente o pedido inicial do autor quanto à alegação de ausência de pagamento pelo réu dos alugueis advindos do contrato de arrendamento mercantil da Fazenda Bela Vista.

Ainda deve ser afastado a tese da recorrente de que a Fazenda Bela Vista não estava sendo usada conforme as finalidades do contrato, pois o auto de constatação de fl. 127 faz prova de que a Fazenda Bela Vista mantinha-se bem conservada e estava em perfeito funcionamento, explorando as atividades de turismo e pecuária, tudo conforme a cláusula 2.ª do contrato de fl. 25. Daí que improcede o argumento do autor em dizer que o requerido não estaria explorando devidamente o imóvel rural arrendado.

Assim sendo, entendo que o recurso de apelação cível interposto pelo autor Felipe Espírito Santo Bustorff deve ser negado provimento.

Quanto ao recurso adesivo interposto pelo réu, f. 507/515, requerendo elevação dos honorários advocatícios entre 10% a 20% do valor do arrendamento ou no mínimo R$ 50.000,00, entendo que o mesmo

deve ser provimento em parte, pois considerando a natureza e a importância da causa, o zelo e o tempo de trabalho exigido, o local da prestação do serviço, assim como a atividade instrutória desenvolvida, devendo os honorários advocatícios serem fixados em R$ 15.000,00, conforme art. 20, §4º do CPC.

Posto isso e que dos autos consta, **nego provimento ao recurso de apelação cível** interposto por **Felipe Espírito Santo Bustorff**, e **dou provimento em parte ao recurso adesivo** interposto por **Ricardo de Oliveira Carneiro e outro,** para fixar os honorários em R$ 15.000,00, conforme art. 20, §4º do CPC**.**

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, VENCIDO O VOGAL.

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, 29 de maio de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.030715-9 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CIVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATO ILÍCITO – LEGITIMIDADE PASSIVA – EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS – FUNCIONÁRIO TERCEIRIZADO – ATUAÇÃO COMO PREPOSTO – RECURSO NÃO PROVIDO.

O fato do suposto causador do ato ilícito ser funcionário terceirizado não exime a tomadora do serviço de sua eventual responsabilidade. Resta configurada a ocorrência de ato lesivo causado ao requerente, em razão da conduta do funcionário terceirizado, na qualidade de preposto do agente estatal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Campo Grande, 27 de março de 2012.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Empresa Energética de Mato Grosso do Sul inconformada com a sentença que julgou parcialmente procedente a *Ação de Reparação de Danos,* que lhe move ***Wilson de Gasperi***, recorre a este Tribunal.

A guisa de preliminar, sustenta a empresa ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, uma vez que a contratação da outra requerida, Construtora Elétrica Ferreira Ltda, não consistia em atividade de transporte em favor da apelante mas sim na construção e edificação de redes de energia, afastando o nexo de causalidade entre a atividade da concessionária e o dano suportado pelo recorrido.

No mérito, sustenta a inexistência do dever de indenizar, porquanto o evento danoso não teria decorrido do serviço que prestava, sendo resultante de ato do preposto de uma empresa terceirizada, quando trafegava com veículo automotor.

Ao final, pede o provimento do recurso, para o fim de ser reconhecida a ilegitimidade passiva da apelante, ou a excludente de reponsabilidade, ou ainda, que seja afastada a responsabilidade solidária, impondo-lhe apenas a responsabilidade subsidiária, com inversão dos ônus sucumbenciais.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Empresa Energética de Mato Grosso do Sul inconformada com a sentença que julgou parcialmente procedente a *Ação de Reparação de Danos,* que lhe move ***Wilson de Gasperi***, recorre a este Tribunal.

Analiso por primeiro, a preliminar suscitada pela apelante, que a meu ver, não merece ser acolhida, como bem decidiu o magistrado sentenciante, porquanto, embora o acidente tenha sido causado por funcionário da empresa terceirizada, tal situação não exime a responsabilidade da empresa tomadora do serviço, uma vez que o causador do ato ilícito age como seu preposto. Aliás, esse é o entendimento sufragado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colacionado na sentença combatida.

Deste modo, rejeito a preliminar.

No mérito, o exame da postulação deduzida nesta sede recursal em cotejo com as provas colhidas nos autos, não permite que se vislumbre a configuração de qualquer situação que possa ensejar a reforma da sentença combatida.

Oportuna então, se mostra a transcrição das considerações feitas pelo magistrado sobre o cenário dos fatos, especialmente no texto a seguir destacado.

> No caso dos autos, a dinâmica do abalroamento, baseado nas provas testemunhais produzidas, corroboram as alegações do requerente, de que trafegava com seu veículo F1000, por estrada rural de chão e ao avistar o veículo da segunda requerida vindo em sua direção, estacionou à margem da estrada, posto que se trata de via estreita, para dar passagem à este, que não parou a tempo, vindo a colidir frontalmente com sua camionete. Confira-se:
>
> João Rinaldo Rodrigues (f. 117-118):
>
> [...] tomou conhecimento do acidente, uma vez que no dia dos fatos seguia por uma estrada rural, de motocicleta, da fazenda União (onde trabalha) para a estação Bálsamo (ao lado da BR 262). O depoente seguia no sentido fazenda União/estação Bálsamo e cerca de 1 Km após o percurso foi ultrapassado por uma Ranger da empresa Construtora Elétrica Ferreira, veículo este, que cerca de 5 Km após o local da ultrapassagem mencionada, veio a colidir com uma F1000, que seguia no sentido estação Bálsamo-Fazenda União. O depoente acredita que a velocidade desenvolvida pela Ranger, quando ocorreu a ultrapassagem antes mencionada, era de aproximadamente 90 Km/h, porquanto o depoente desenvolvia com sua motocicleta, velocidade de aproximadamente 70 Km/h. **Quando o depoente chegou no local da colisão, verificou que os veículos F1000 e Ranger colidiram frontalmente, sendo que o veículo F100 apresentava amassamento na parte dianteira (radiador, para-choque, lanternas, capô, etc), não tendo notado amassamento no veículo Ranger. O depoente verificou, ainda, que o veículo Ranger havia deixado marcas de arrasto de aproximadamente 20 metros, não tendo verificado tais marcas em relação ao veículo F1000, que procedia da estação Bálsamo para a fazenda União.** A Ranger era ocupada por dois homens e na F1000 encontrava-se o autor e mais duas mulheres. O depoente verificou que uma das passageiras se feriu em razão do acidente. **No local da colisão, a estrada deve ter aproximadamente 6 metros, mas apresenta um "facão" onde é permitida a passagem de somente um veículo**. Para a passagem de dois veículos, ambos tem que sair do "facão". O depoente verificou que ambos os veículos, após a colisão, posicionavam-se sobre o "facão". O depoente foi o primeiro a chegar no local do acidente e permaneceu por cerca de 2 minutos. Não sabe informar se posteriormente outras pessoas chegaram ao local. O veículo Ranger não exibia qualquer logomarca da requerida Enersul.

O depoente também não sabe informar se a Construtota Elétrica Ferreira encontrava-se no local a serviço da Enersul.

Delmira Gomes Valério (f. 119-120):

[...] presenciou o acidente mencionado nestes autos, uma vez que, juntamente com sua filha Cleumira, que conta com 16 anos de idade, encontrava-se no interior da camionete conduzida pelo requerente Wilson Gasperi. A depoente esclarece que Wilson conduzia, devagar, a camionete, no sentido estação Balsamo – fazenda União, sendo que **em sentido contrário "correndo", procedia uma camionete que realiza serviços de energia elétrica. Wilson chegou a parar a camionete que conduzia, o mesmo não ocorrendo com o veículo que procedia em sentido contrário, o qual veio a colidir com o veículo onde se encontrava a depoente.** Embora a depoente não tenha descido da camionete onde se encontrava, pois ficou dando atenção a sua filha, que se feriu em razão do acidente, portanto não pode verificar se no local ficaram marcas de arrasto da camionete que procedia em sentido contrário, certo é que, antes da colisão a depoente pode ver que referido veículo "arrastou" antes de bater. **A colisão aconteceu próximo a uma curva, sendo certo que a estrada apresenta "um caminho", que permite a passagem de somente um veículo, sendo que para a passagem de dois veículos, ambos tem que sair do "caminho" existente.** Após a colisão, frontal, os veículos permaneceram sobre o caminho existente no local. Em razão da colisão, somente o veículo onde se encontrava a depoente sofreu amassamento. A depoente esclarece que o acidente ocorreu à tarde, não sabendo precisar a hora."

Diante do conjunto probatório produzido, resta **configurada a ocorrência de ato lesivo causado ao requerente, em razão da conduta do funcionário terceirizado, na qualidade de preposto do agente estatal.** Portanto, resta estabelecer o quantum devido a título de indenização.

Aliás, vale ressaltar que, muito embora não houvesse sinalização no local, são obrigações do condutor, além de outras, descritas no Código de Trânsito Brasileiro, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito4.

No que se refere aos **danos materiais**, restou demonstrado nos autos que o abalroamento resultou prejuízos materiais ao requerente, pois o mesmo desembolsou a importância de R$ 12.000,00 (doze mil reais), a título de aluguel de veículo, conforme Contrato de Aluguel de veículos de f. 114 e recibos de f. 17, e a importância de R$ 8.830,00 (oito mil, oitocentos e trinta reais) para reparos no veículo danificado, conforme documento de f.16.

Assim, o requerente faz jus ao recebimento da importância de R$ 20.830,00 (vinte mil oitocentos e trinta reais), referente aos valores que desembolsou." (fls. 136/138)

Desse contexto, resta concluir que diante de um ato lesivo causado ao apelado pela conduta de um funcionário terceirizado, na qualidade de preposto do agente estatal, porquanto se encontrava a serviço da empresa apelante (fls. 66/69), caracterizada está a sua responsabilidade objetiva e solidária do dever de indenizar o dano patrimonial sofrido.

Nessa mesma linha se assenta a jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATO ILÍCITO. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. FUNCIONÁRIO TERCEIRIZADO. ATUAÇÃO COMO PREPOSTO. PRECEDENTES.

> RESPONSABILIDADE OBJETIVA. O fato do suposto causador do ato ilícito ser funcionário terceirizado não exime a tomadora do serviço de sua eventual responsabilidade; - A jurisprudência do STJ entende como preposto aquele que possui relação de dependência ou presta serviço sob o interesse de outrem. Precedentes; - O acórdão recorrido fixou a responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público, por ter o acusado agido na qualidade de agente da recorrente. Recurso Especial não conhecido. (Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 904.127; Proc. 2006/0258006-6; RS; Terceira Turma; Relª Min. Fátima Nancy Andrighi; Julg. 18/09/2008; DJE 03/10/2008)
>
> CIVIL. PROCESSO CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZAÇÃO. PROCEDÊNCIA EM PARTE. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. Transferência para o mérito. funcionário terceirizado. Vínculo de preposição. Responsabilidade solidária. dano material. Lucros cessantes. comprovados. Dano moral. Configuração. vítima privada por 14 (quatorze) meses do caminhão, veículo do qual retirava o sustento familiar. Conhecimento e desprovimento do apelo. (TJ-RN; AC 2010.002549-8; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Osvaldo Soares Cruz; DJRN 08/07/2010; Pág. 34)

Diante do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 27 de março de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.025958-0 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE ALVARÁ SANITÁRIO POR DROGARIA – ART. 22 E 23 DA LEI Nº 5.991/73 – AUTORIDADE MUNICIPAL QUE EXIGE CERTIFICADO DE REGULARIDADE TÉCNICA – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Os requisitos para a concessão do alvará sanitário estão insertos nos artigos 22 e 23 da Lei nº 5991/73, entre os quais, não consta a exigência da apresentação do certificado de regularidade técnica fornecido pelo Conselho Regional de Farmácia.

Dispositivos de caráter infralegal não podem inovar no ordenamento, mas apenas orientar a aplicação da lei, sendo descabida a exigência de requisito não previsto na norma primária.

REEXAME NECESSÁRIO – DECISÃO QUE DENEGA A SEGURANÇA – IMPOSSIBILIDADE POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL – RECURSO NÃO CONHECIDO.

Pressuposto do reexame necessário é a concessão da segurança, conforme dispõe o §1º, art. 14 da Lei nº 12.016/09.

Denegada, há a impossibilidade de se analisar a sentença apenas por esta via recorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, dar parcial provimento ao recurso de Drogaria Nunes Ltda. Por unanimidade e contra o parecer, não conheceram do Reexame Necessário, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de maio de 2012.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Drogaria Nunes interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Campo Grande, que denegou a ordem nos autos do mandado de segurança n. 0068464-20.2010.8.12.0001, impetrado em face do Secretário de Saúde do Município de Campo Grande, visando que a autoridade coatora emitisse anualmente alvará sanitário sem restrição, sob a responsabilidade técnica da proprietária da empresa impetrante, sem a exigência da certidão de regularidade do CRF/MS.

Sustenta que, inexistindo a determinação legal da apresentação de certidão de regularidade técnica para a concessão da licença sanitária, nos termos do art. 22 da Lei nº 5.991/73, a exigência para tanto pela autoridade administrativa representa conduta abusiva e ilegal.

Por fim, pugna pela reforma da sentença, concedendo-se a segurança pretendida.

Contrarrazões pela manutenção da decisão singular.

Nos termos do §1º, art. 14 da lei nº 12.016/09, o magistrado submeteu a sentença ao reexame necessário.

Em seu parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial do recurso apenas para que seja cassada a exigência da apresentação de certidão de regularidade técnica para fins de licença sanitária (f. 244-250).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

A) Recurso voluntário do impetrante

Trata-se de recurso de apelação interposto por Drogaria Nunes, irresignada com a sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Campo Grande, que denegou a ordem nos autos do mandado de segurança n. 0068464-20.2010.8.12.0001, impetrado em face do Município de Campo Grande, visando que a autoridade coatora emitisse anualmente alvará sanitário sem restrição, sob a responsabilidade técnica da proprietária da empresa impetrante, sem a exigência da certidão de regularidade do CRF/MS.

Consta dos autos que a autoridade municipal exigiu da impetrante, para a concessão do alvará sanitário, o certificado de regularidade conforme disposição da Resolução nº 276/95 do Conselho Federal de Farmácia (Dispõe sobre a inscrição, o registro e a averbação no Conselho Regional de Farmácia, e dá outras providências)[1].

A discussão gira em torno do efetivo cabimento da exigência pela Administração de requisito não constante dentre aqueles efetivamente exigidos pela Lei nº 5.991/93 (Dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências)[2].

A questão foi enfrentada anteriormente de forma sumária em sede de agravo de instrumento (2010.038374-7), restando nele consignado que os requisitos para a concessão do alvará são aqueles definidos legalmente, não exigindo assim a obtenção do certificado de regularidade expedido pelo Conselho Regional de Farmácia para este intento.

Daquele instante até o presente momento, não foram apresentados elementos que provocassem a mudança de entendimento.

1 Art. 46 - O Certificado de Regularidade é o documento comprobatório de que o responsável técnico tem qualificação profissional para responder sobre atividade profissional farmacêutica desenvolvida por determinada empresa, conforme especificação contida na alínea "c" do Art. 22 da Lei nº 5.991 de 17 de dezembro de 1973.

2 Art. 22 - O pedido da licença será instruído com:
a) prova de constituição da empresa;
b) prova de relação contratual entre a empresa e seu responsável técnico, quando for o caso;
c) prova de habilitação legal do responsável técnico, expedida pelo Conselho Regional de Farmácia.

Observa-se a nítida tentativa de validar preceito infralegal que conjuga requisito não enfrentado pelo legislador no trato da matéria, ou seja, não se observa o mero caráter regulamentador do dispositivo infralegal, mas de inovação, fixando requisito inexistente no art. 22 da lei nº 5.991/93.

Nesta orientação, calha registrar o voto que proferi quando do enfrentamento do ponto em sede de agravo de instrumento:

> O caso tratado nestes autos enseja a observância da legislação aplicável, qual seja a Lei Federal nº 5.991/73, que dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras providências.
>
> Necessária, assim, a análise dos requisitos legalmente exigidos para o deferimento do pedido de licença para funcionamento de drogaria, os quais encontram-se estabelecidos no artigo 22 da mencionada norma. Confira-se:
>
> "O pedido da licença será instruído com:
>
> a) prova de constituição da empresa;
>
> b) prova de relação contratual entre a empresa e seu responsável técnico, quando for o caso;
>
> c) prova de habilitação legal do responsável técnico, expedida pelo Conselho Regional de Farmácia."
>
> Com efeito, não há dúvida quanto ao atendimento da exigência constante da alínea "a" do supracitado dispositivo, porquanto os documentos relativos à constituição da empresa impetrante, foram devidamente noticiados e carreados ao caderno processual, conforme se vê à fl. 34, a cópia de seu comprovante de inscrição e de situação cadastral de pessoa jurídica.
>
> De igual modo, há prova da relação entre a agravante, e a responsável técnica, que pode ser verificada pela alteração contratual de sociedade limitada (f. 35-37.
>
> Portanto, *in casu*, resta também preenchido pelos impetrantes esse segundo requisito legal.
>
> Já a última alínea do art. 22 da Lei nº 5.991/73, como visto, impõe a prova da habilitação legal do responsável técnico expedida por Conselho Regional de Farmácia, que, por sua vez, também se encontra presente nos autos (fl. 38).
>
> Dessarte, a cópia da carteira de identidade profissional de Zenaide Maia (técnica em farmácia), sócia-proprietária da drogaria, expedida pelo Conselho Regional de Farmácia em cumprimento à ordem exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 947.717-MS, ao que parece, revela-se suficiente para afastar qualquer alegação em contrário erigida pela autoridade impetrada, ora agravado, no momento do indeferimento do pedido para concessão de alvará sanitário da drogaria.
>
> Demonstrado, com isto, o atendimento à determinação contida no artigo 15 da citada Lei nº 5.991/73, o qual preceitua que "a farmácia e drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei."
>
> Assim, verificando-se a regularidade na instrução do pedido feito à autoridade impetrada, em consonância com os ditames da legislação pertinente, tal como demonstrado, impõe-se a expedição da correspondente licença para funcionamento de drogaria e farmácia, conforme preceito contido no artigo 24 da mesma lei, verbis: "A licença para funcionamento

do estabelecimento será expedida após verificação da observância das condições fixadas nesta lei e na legislação supletiva."

A propósito, confiram-se as disposições do artigo 23 da Lei nº 5.991/73, que enuncia as demais condições para o deferimento do pedido de licença:

"Art. 23 – São condições para a licença:

a) a localização conveniente, sob o aspecto sanitário;

b) instalações independentes e equipamentos que satisfaçam aos requisitos técnicos adequados à manipulação e comercialização pretendidas;

c) assistência de técnico responsável de que trata o art. 15 e seus parágrafos, ressalvadas as exceções previstas nesta lei."

Tem-se, portanto, que, ao condicionar a expedição da licença pretendida pelos impetrantes à apresentação de certificado de responsabilidade técnica expedido pelo Conselho Regional de Farmácia (documento de fl. 41), a autoridade impetrada, ora agravada, em princípio, extrapolou as disposições legais pertinentes à matéria, mormente porque tal exigência aplica-se apenas aos casos de habilitação legal de farmacêutico, ao passo que, in casu, a agravada é técnica em farmácia.

Nesse sentido, eis o que preceitua a Resolução nº 409/2004 do Conselho Federal de Farmácia, in verbis:

"Art. 3º.

[...]

Parágrafo único. A Certidão de Regularidade é a prova de habilitação legal expedida pelo Conselho Regional de Farmácia para autorizar ao farmacêutico o exercício da Responsabilidade Técnica por um estabelecimento."

Com efeito, fala-se em "Certidão de Regularidade" apenas para as hipóteses de autorização ao farmacêutico para exercício de responsabilidade técnica por um estabelecimento. Todavia, como já dito, esse não é o caso em apreço, em que o pedido de autorização é feito por técnica em farmácia para responsabilização de drogaria, que, segundo conceituação descrita na Lei nº 5.991/73, nem mesmo se confunde com farmácia:

"Art. 4º - Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes conceitos:

[...]

X - Farmácia - estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;

XI - Drogaria - estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais;"

Ademais, segundo entendimento já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, é permitido aos técnicos em farmácia a atuação como responsáveis por drogarias. Confira-se:

"Súmula 120. O oficial de farmácia, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, pode ser responsável técnico por drogaria."

Desta forma, em sede de cognição sumária, resta demonstrado o fumus boni iuris que assiste a agravada, não podendo permanecer impossibilitada do seu exercício profissional pelo ato administrativo em comento, a ponto de implicar afronta ao artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal.

Outrossim, registre-se, o ato administrativo que condicionou o deferimento do pedido de licença à apresentação, pelo primeiro impetrante, de certificado de responsabilidade, expedido pelo Conselho Regional de Farmácia (fl. 41), não exigido dentre os requisitos vistos nos artigos 22 e 23 da Lei nº 5.991/73, ao que parece, caracteriza o ato ilegal e abusivo, tornado, de conseguinte, arbitrário, ao ser praticado pelo agravado.

A esse respeito, confira-se o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES:

"O excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, sua competência legal e, com isso, invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite." (In, Direito Administrativo Brasileiro. 21ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2000, p. 104).

Posto isso, justifica-se a revogação de decisão interlocutória agravada e consequentemente a concessão de tutela recursal de urgência, para que seja a agravada compelida a concessão de alvará sanitário para a agravante.

Também neste sentido a jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO DO IMPETRADO. LIMINAR CONCEDIDA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICENÇA PARA FUNCIONAMENTO DE DROGARIA. APRESENTAÇÃO DE CERTIFICADO DE REGULARIDADE TÉCNICA. ATO ADMINISTRATIVO ILEGAL RECURSO IMPROVIDO. É permitido ao técnico em farmácia responsabilizar-se por drogaria quando regularmente inscrito no Conselho Regional de Farmácia. Inteligência da Súmula nº 120 do STJ. Age com excesso de poder a autoridade administrativa que condiciona o deferimento de pedido de revalidação de licença para funcionamento de drogaria ao preenchimento de condição não enumerada na Lei de Regência, vale dizer, a apresentação de certificado de regularidade técnica, o qual somente é exigido nas hipóteses de autorização ao farmacêutico para o exercício de responsabilidade técnica por um estabelecimento (Resolução nº 409/04 - Conselho Federal de Farmácia). Precedente. (TJMS; AgRg-AG 2011.029859-9/0001-00; Campo Grande; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; DJEMS 29/11/2011; Pág. 38)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO DECISÃO MONOCRÁTICA QUE MANTEVE A DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA QUE CONCEDEU LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXIGÊNCIA DO CERTIFICADO DE REGULARIDADE DO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA PARA EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ SANITÁRIO. TÉCNICO EM FARMÁCIA DEVIDAMENTE INSCRITO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ART. 15, §3º, DA LEI N. 5.991/73. SÚMULA N. 120/STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA. Deve ser concedida a liminar em mandado de segurança sempre que presentes os requisitos fumus boni iuris e periculum in mora. O certificado de regularidade exigido não é documento imposto pela legislação aplicada à espécie, no caso, a Lei n.º 5.991/73, sendo que para a expedição de alvará sanitário, basta, apenas, que haja no estabelecimento técnico em farmácia devidamente habilitado pelo Conselho Regional de Farmácia. Recurso conhecido e improvido. (TJMS; AgRg-AG 2010.038575-8/0001-00; Campo Grande; Terceira Turma Cível; Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo; DJEMS 28/01/2011; Pág. 38).

> DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. TÉCNICO EM FARMÁCIA. RESPONSABILIDADE TÉCNICA POR DROGARIA. ALVARÁ SANITÁRIO. CERTIFICADO DE REGULARIDADE TÉCNICA. REQUISITO NÃO EXIGÍVEL NA LEGISLAÇÃO PERTINENTE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA CONCEDIDA. I. É possível que a responsabilidade técnica de drogarias, seja assumida por prático de farmácia ou oficial de farmácia, desde que estejam inscritos no conselho regional de farmácia. Inteligência da Súmula nº 120 do STJ. II. Cumpridos todos os requisitos insertos na Lei nº 5.991 de 1973, não há que se falar em qualquer exigência de apresentação do certificado de regularidade técnica para a obtenção de licença para funcionamento do estabelecimento (alvará sanitário). III. Reconhecida a ilegalidade do indeferimento do alvará sanitário com base na ausência do certificado de responsabilidade técnica, fornecido pelo conselho regional de farmácia, revela-se evidente o direito líquido e certo dos impetrantes de obterem o aludido licenciamento, nos termos da Lei nº 5.991/73 segurança concedida. Apelação conhecida e provida. Segurança concedida. (TJGO; AC-MS 152834-91.2009.8.09.0051; Goiânia; Rel. Des. Jeova Sardinha de Moraes; DJGO 01/04/2011; Pág. 253)
>
> REMESSA NECESSÁRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL, COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITADA. CARACTERIZADA A ILEGALIDADE DO ATO COATOR. SEGURANÇA CONCEDIDA NOS LIMITES DA SENTENÇA.1 - É Autoridade para figurar no polo passivo de Mandado de Segurança na qualidade de coator, o Secretário Municipal de Saúde que alega ser de sua atribuição receber pedido de licenciamento instruído com os devidos documentos e encaminhá-lo ao órgão competente do Estado, quando na realidade recebeu pedido de expedição de alvará de funcionamento do estabelecimento, indeferindo-o. 2.- Rejeita-se, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva para figurar no polo passivo do mandado de segurança. 3.- É ilegal o ato do Secretário Municipal de Saúde quando condiciona a expedição de alvará sanitário a exibição de certificado de regularidade técnica do Conselho Regional de Farmácia. 4.- São os pressupostos previstos pela Lei n.º 5.991/73 que estabelece que o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos seja feito pelo Conselho Regional de Farmácia. 5.- Se o Impetrante é oficial de farmácia inscrito no Conselho Regional de Farmácia, pode ser ele responsável técnico por drogaria (Súmula nº 120 do STJ). 6.- Constitui ato ilegal, passível de ser protegido pelo mandado de segurança o indeferimento de pedido de alvará de funcionamento de farmácia e drogaria com base em Portaria, porque pela hierarquia das Leis não pode se sobrepor ao ordenamento jurídico de Lei absolutamente constitucional. 7.- Remessa conhecida para julgar procedente o pedido de Mandado de Segurança nos limites da sentença. (TJES; REO 043.02.900007-2; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Arione Vasconcelos Ribeiro; Julg. 19/02/2003; DJES 02/10/2003)"

Acerca do pedido de revalidação anual do alvará sanitário sem qualquer restrição ao apelante, descabem maiores dilações ante a desproporcionalidade do que sustenta.

A revalidação anual do alvará sanitário fica condicionada ao cumprimento das condições sanitárias exigidas para o licenciamento do estabelecimento (art. 26 da Lei nº 5.991/73), portanto, não é porque concluiu-se por descabida a exigência do certificado de regularidade técnica que, automaticamente, restará por preenchido os demais requisitos elencados na legislação para a obtenção da revalidação do alvará.

Assim, anualmente deverá a empresa comprovar sua regularidade para a obtenção da revalidação de seu alvará.

Diante todo o exposto, conheço do recurso e, de acordo com parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou-lhe provimento parcial para conceder em parte a segurança e determinar à autoridade coatora que expeça alvará sanitário em favor da impetrante, independentemente da exigência de certidão de regularidade técnica emitida pelo Conselho Regional de Farmácia/MS.

Condeno o Município de Campo Grande ao ressarcimento das despesas processuais adiantadas pela impetrante, corrigidas monetariamente com base na variação do IGPM/FGV, a partir de cada desembolso.

Incabíveis honorários advocatícios por força do que dispõe o art. 25 da Lei nº 12.016/09.

Declaro resolvido o mérito, em conformidade com o inc. I, art. 269 do Código de Processo Civil.

Encaminhem-se cópias do presente acórdão ao Secretário Municipal de Saúde e à Procuradoria-Geral do Município de Campo Grande.

B) Do reexame necessário

Acerca do duplo grau jurisdição obrigatório na hipótese de concessão da ordem, previsto no § 1º, art. 14 da Lei nº 12.016/09, Pedro Roberto Decomain leciona[3]:

> Trata-se de proteger melhor os respectivos interesses e patrimônios, em face da possibilidade de existência de equívoco em tais decisões. Sem interditar o manejo da apelação, supre o Código, todavia a eventual omissão dos procuradores judiciais dessas entidades em interpor tal recurso em face de sentenças que sejam desfavoráveis a elas.
>
> Como também no mandado de segurança a sentença que o julga procedente pode, em tese, ser prejudicial ao interesse de pessoa jurídica de direito público, entendeu o legislador que também neste caso se vislumbrava situação em que se justificava ordenar que a decisão, para tornar-se definitiva, fosse primeiro obrigatoriamente submetida a exame por órgão jurisdicional superior. Este o fundamento pelo qual sentenças que dão pela procedência de mandados de segurança ficam sujeitas a reexame necessário: se estiverem equivocadas, terão reconhecido como abusiva e violadora de direito líquido e certo do impetrante uma ação ou omissão estatal que na verdade era legítima.

Nesta esteira, observa-se que houve equívoco do juiz sentenciante ao proceder a remessa necessária do *mandamus*, posto que, denegada a ordem, não há previsão legal para tal procedimento nos termos do citado parágrafo da Lei nº 12.016/09.

Portanto, não conheço do recurso obrigatório.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE DROGARIA NUNES LTDA. POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, NÃO CONHECERAM DO REEXAME NECESSÁRIO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 17 de maio de 2012.

***

3 **Mandado de Segurança**: O tradicional, o novo e o polêmico na lei nº 12.016/09. São Paulo: Dialética, 2009. p. 395.

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.037171-4 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MATERIAIS E MORAIS – PLANO DE SAÚDE – SUSPENSÃO DA COBERTURA POR INADIMPLÊNCIA – NÃO COMPROVADA – DANO MATERIAL COMPROVADO – RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO.

Consumidor que paga normalmente as mensalidades do plano de saúde sem qualquer indicação de débitos anteriores, presume-se adimplente (art. 322 do CC).

Regularmente quitada a mensalidade do plano, o pagamento feito pelo cliente de R$ 80,00 (oitenta reais) por consulta imprescindível à sua saúde e não autorizada em razão da suspensão indevida dos serviços, é circunstância autorizadora da indenização pelo valor desembolsado, corrigido e atualizado.

APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MATERIAIS E MORAIS – PLANO DE SAÚDE – QUITAÇÃO DE PARCELAS POSTERIORES – ART. 322 DO CÓDIGO CIVIL – PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE PAGAMENTO DAS PARCELAS ANTERIORES – FALTA DE NOTIFICAÇÃO DO BENEFICIÁRIO ACERCA DA SUSPENSÃO DA COBERTURA DO PLANO DE SAÚDE – VIOLAÇÃO DO ART. 35-E, III C/C ART. 13, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 9.656/98 – RECURSO DA RÉ IMPROVIDO.

A presunção relativa de que a quitação da última parcela induz ao pagamento das anteriores é benefício legal concedido ao devedor, competindo ao credor fazer prova da inadimplência, nos termos do art. 322 do Código Civil.

De acordo com o art. 35-E, III, c/c art. 13, par. ún., II da Lei nº 9.656/98, o consumidor inadimplente deve ser previamente notificado antes da suspensão do contrato de plano de saúde, logo, não satisfeito o requisito legal, não é considerada a inadimplência do cliente e nem devida a suspensão dos serviços.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de Patrícia Dias Costa e, negar provimento ao recurso de Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil- Cassi, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de maio de 2012.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Patrícia Dias da Costa interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível de Campo Grande que julgou improcedente seu pedido de indenização por danos materiais, além de condená-la parcialmente ao ônus de sucumbência, na ação ajuizada em face de CASSI – Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil-MS.

Sustenta a necessidade da condenação da apelada em danos materiais devidos às diversas consultas médicas não autorizadas, apesar de regularmente pagas as mensalidades do plano de saúde, inclusive com desembolso de R$ 80,00 em uma dessas oportunidades devido à urgência do atendimento médico que lhe foi tolhido injustamente pela apelada.

Por fim, pugna pela reforma da sentença para que seja a apelada condenada ao pagamento de indenização a título de danos materiais referente aos meses em que pagou pelo plano de saúde mas não houve o atendimento médico, que haja a inversão do ônus de sucumbência ou, subsidiariamente, que seja devolvido o valor de R$ 80,00 desembolsados pela consulta médica.

Apelação de CASSI – Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil-MS, irresignada com sua condenação em obrigação de fazer, além da indenização por danos morais na ação ajuizada pela apelada.

Afirma que, a par da presunção legal decorrente do art. 322 do CC, chegou a questionar à apelada da existência de débito anterior, contudo, esta não comprovou o pagamento, além do que não pode produzir prova de fato negativo.

Defende que o fato de ter autorizado posteriormente a consulta médica, mesmo inadimplente a apelada, não induz que tenha concordado com a condição adimplente da cliente, pois se houvesse peremptoriamente recusado a consulta estaria, de fato, cometendo ato ilícito.

Sustenta a inexistência de dano moral, pois trata-se de mero aborrecimento proveniente da própria conduta da apelada de não comprovar o pagamento da dívida pendente.

Termina por requerer o provimento do apelo, de modo a repercutir na improcedência da ação.

Contrarrazões ofertadas por ambas as partes.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

A) Apelação de Patrícia Dias Costa

A apelante protesta a indenização por danos materiais decorrentes da não prestação dos serviços pela apelada quanto necessitou.

Contudo, conforme apontado pelo juízo sentenciante, os serviços prestados pela apelada, ainda que de maneira ineficiente, com atraso, foram efetivamente realizados. Problema maior que seria discutido é se não tivesse ocorrido a prestação dos serviços.

Desta feita, não há que se falar em dano material decorrente apenas da falta de pontualidade no cumprimento das obrigações da apelada.

Somente há um ponto a ser discutido.

A apelante juntou documento comprovando o desembolso em 11/11/08 no valor de R$ 80,00 referente à consulta oftalmológica ocorrida durante a instrução dos autos, devido a não autorização da apelada para a realização do procedimento (f. 42-44).

Na oportunidade da juntada, atravessou petição requerendo a restituição em dobro do valor gasto com a consulta oftalmológica.

Ocorre que o referido desembolso foi ilegítimo, a uma porque presume-se que o plano de saúde continuava sendo devidamente pago, a duas, porque consta nos autos um cartão provisório da cobertura médica expedido pela apelada com validade até 31/08/09, logo, estava a apelante coberta pelo plano quando dele precisou em 11/11/08.

Assim, havendo o pagamento da cobertura médica no período (novembro/2008), não deveria a consulta ter sido desembolsada pela apelante, sob pena de configurar inquestionável enriquecimento ilícito da apelada que recebeu a mensalidade, mas não honrou com suas obrigações decorrentes do plano de saúde.

O dano material experimentado pela conduta omissiva ilegal da apelante é medida autorizadora da indenização pelos prejuízos ocorridos, no caso, o pagamento indevido de R$ 80,00 pela apelante.

Ainda que não conste expressamente no pedido inicial a restituição de eventuais valores gastos com consultas médicas após o ajuizamento da ação, a súplica pretendida no recurso de ver devolvida a quantia injustamente desembolsada possui fundamento de validade.

Longe dos protestos de ser esta decisão *extra petita*, ao revés, ela adere a compreensão do processo cognitivo como uma concatenação formal de atos essencialmente lógicos destinados a um único fim, dizer o direito em pauta na discussão entre as partes.

Como técnica lógica, não se concebe que conclusões incontroversas – plano de saúde pago; cobertura indevidamente negada no momento certo; desembolso da apelante-, deixem de interferir no pronunciamento definitivo apenas em razão do apego desmedido às formas pré-estabelecidas.

Uma vez reconhecida a ineficiência do serviço, não é razoável negar a prestação jurisidicional referente à devolução do valor desembolsado por falta pedido expresso na inicial. Tal postura desvirtuaria a logicidade do processo e engessaria a atividade do juiz, que mesmo convicto do serviço prestado a destempo e do gasto ilegítimo por parte da requerente, se sentisse obrigado a determinar indiretamente que a parte ajuizasse outra ação para o recebimento do valor incontroverso apenas pela ameaça de desrespeito ao princípio da adstrição (art. 460 do Código de Processo Civil).

Em última instância, o afeiçoamento à congruência pelo julgador poderá afastar de modo ilegítimo a efetividade que se espera do processo, além de possibilitar a negativa de prestação jurisdicional à autora que, mesmo diante do reconhecimento do alegado, não obteve o sucesso do pretendido, ainda que em parte – pois seu pedido principal era o indenizatório por danos morais e materiais-, em razão de caráter meramente formal.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial para condenar a apelada ao pagamento da importância de R$ 80,00 (oitenta reais), corrigida pelo IGPM/FGV a partir do desembolso em novembro de 2008, e juros moratórios de um por cento ao mês à contar da citação.

Em consequência de ter a apelante decaído de parte mínima de seu pedido, nos termos do parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil, condeno a requerida a suportar integralmente as custas processuais, mantendo o percentual de honorários sucumbenciais já estabelecido pelo juízo sentenciante.

B) Apelação de Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil – CASSI.

A apelante refuta a tese da presunção insculpida no art. 322 do CC de que se encontrava paga a parcela de abril/2007, unicamente pela prova nos autos de quitação das parcelas posteriores, em especial, de janeiro/2008 em diante.

Discorrendo sobre a hipótese, leciona Sílvio de Salvo Venosa[1]:

> **O mais lógico é entender que o credor não receberia a última prestação, se a anterior não tivesse sido paga.** Admite-se, no entanto, prova em contrário. Daí porque é costume, por exemplo, nas contas de fornecimento de energia elétrica, inserir a declaração de que a quitação da última conta não faz presumir a quitação de débitos anteriores. Não cabe, contudo, ao credor, segundo alguns, em se tratando de prestações sucessivas recusar-se ao recebimento da última, se não recebeu alguma anterior: deve receber com ressalva, a fim de evitar a presunção legal (cf. Lopes, 1966, v. 2:206). É defensável também a posição de que o credor pode opor-se ao recebimento nessa situação, tendo em vista que o devedor já está em mora. (Grifo nosso)

Ante a indigitada presunção *juris tantum*, a apelante afirma que restou afastada à partir do momento em que requereu a apelada que apresentasse o comprovante de pagamento da mensalidade em atraso (abril/2007), mantendo-se inerte.

Inobstante a orientação pretendida, tem-se que não merece prosperar.

A apelante tenta beneficiar-se da própria torpeza, pois o art. 35-E da lei nº 9.656/98[2] é expresso ao estabelecer a necessária notificação do consumidor antes da suspensão de seu plano por ausência de pagamento, o que não ocorreu.

Acrescente-se a isto o fato de não fazer qualquer referência nos boletos posteriores ao período que afirma não ter sido pago anteriormente. Não há qualquer mandamento legal que determine este procedimento, todavia, se adotado fosse, seria medida de cautela indubitavelmente afeita ao afastamento da presunção legal a favor do devedor (art. 322 do CC).

E mais, há ainda a curiosa emissão de cartões provisórios para o atendimento médico da apelada. Ora, isso não prova boa-fé da apelante no "resguardo da saúde" da inadimplente, mas a quebra lógica do seu argumento de suspensão do contrato pelo não pagamento de fatura: se certa a inadimplência a ponto da suspensão do atendimento, porque emitir cartões provisórios? – o argumento da apelante não é razoável.

Não se está nem discutindo acerca da impossibilidade da prova de fato negativo pela apelante (provar que não houve o pagamento pela apelada), como argumenta, mas da completa ausência de elementos para afastar a presunção inserida no caso.

Com relação a ausência de dano moral, tem-se como ocorrido na medida em que diante da necessidade de tratamento médico constante (tratamento de alergia por 3 anos, conforme atestado médico),

1 Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 192.

2 Art. 35-E. III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei;
Art. 13. Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o qüinquagésimo dia de inadimplência;

e da presunção de adimplência das mensalidades do plano de saúde (não houve notificação da existência de débitos para a suspensão do contrato), a apelada foi tocada pelo constrangimento de ser tolhida da contraprestação médica a que tinha direito, e por diversas vezes.

Quanto à matéria prequestionada, não é preciso seu enfrentamento pontual quando na fundamentação do voto encontram-se dissolvidas todas as teses arguidas, ademais, conforme orientação do Colendo Superior, *"o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, cabendo a ele decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto, nos termos do art. 131 do CPC"*[3].

Assim, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE PATRÍCIA DIAS COSTA E, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL- CASSI, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 3 de maio de 2012.

***

3 AgRg-REsp 1.273.920 - (2011/0113141-6) - 2ª T. - Rel. Min. Humberto Martins - DJe 11.11.2011 - p. 926

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.000504-5 - Corumbá
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO DA AUTORA – RESCISÃO CONTRATUAL – ATRASO NA OBRA – NÃO CUMPRIMENTO DO CRONOGRAMA – PREJUÍZOS – INOBSERVÂNCIA – FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – RECURSO IMPROVIDO.

A rescisão do contrato antes do termo prefixado na hipótese, sob o fundamento de descumprimento de etapas do cronograma do serviço, não coaduna com o objetivo primeiro do instrumento que é exatamente a conclusão da obra, ainda mais sob os protestos da empresa contratada de que seria possível finaliza-la a tempo com o aumento da rotina de trabalho.

Descabe a contratante alegar prejuízos com a não entrega da obra no prazo estabelecido se tolhida a execução do contrato pela contratada, consubstanciando tais danos em meras conjecturas e presunções.

Não estará sendo atendido o princípio da função social do contrato, que preceitua a observância dos efeitos contratuais que extravasam a esfera individual dos envolvidos de modo a repercutir na sociedade como um todo, se for dada a importância pretendida pela apelante à execução de partes do cronograma de serviços à custa da obra como um todo, fomentadora da geração de riquezas e desenvolvimento social da comunidade envolvida.

RECURSO ADESIVO – RESCISÃO CONTRATUAL – CULPA EXCLUSIVA DA EMPRESA CONTRATANTE – POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA OBRA DENTRO DO PRAZO CONTRATADO – CONTRATO QUE PREVÊ ÔNUS APENAS A UMA DAS PARTES – CLÁUSULA PENAL – INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DO CONTRATO – EXTENSÃO DA MULTA RESCISÓRIA À OUTRA PARTE – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

Em atendimento ao princípio da função social do contrato, o atraso de etapas do cronograma de serviços não pode ser motivo suficiente para extinção do contrato quando possível a entrega da obra dentro do prazo estabelecido.

Havendo tratamento excessivamente desigual no contrato, como a fixação de penalidades apenas a uma das partes, em especial no caso de rescisão, compete ao julgador a extensão dos dispositivos também à outra parte, revertendo assim a cláusula penal também em benefício da empresa contratada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso de MMX Metálicos Corumbá Ltda e dar parcial provimento ao apelo de Vertical Construtora de Obras Ltda, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 14 de junho de 2012.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

MMX Metálicos Corumbá Ltda apela a este Tribunal, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá que julgou parcialmente procedente a ação declaratória c/c indenização por danos materiais e morais ajuizada em face de Vertical Construtora de Obras Ltda.

Sustenta que o juízo sentenciante não foi sensível ao pleito indenizatório, desconsiderando a ocorrência de danos materiais que ultrapassam as multas contratuais com a rescisão da avença decorrente de culpa da apelada.

Argumenta que a requerida tinha desde o início ciência de que não iria conseguir cumprir com suas obrigações decorrentes do contrato firmado, mesmo assim, comprometeu-se a tanto.

Aduz que em razão do descumprimento da avença, teve de arcar com a contratação emergencial de outra empresa, pois encontrava-se em muito atrasado o cronograma da obra.

Impugna a redução desproporcional da cláusula penal compensatória havida pelo juízo singular.

Por fim, requer a reforma da sentença, acolhendo-se integralmente os pedidos formulados na inicial ou, subsidiariamente, que seja mantido o valor pactuado pelas partes na cláusula penal compensatória ou, ainda, que seja ao menos fixados setenta e cinco por cento do montante desta cláusula, uma vez que apenas vinte e cinco por cento da obra foi concluída pela requerida.

Contrarrazões pela manutenção parcial da sentença, em especial, pela improcedência do pedido de indenização por danos materiais e morais.

Na oportunidade, Vertical Construtora de Obras Ltda interpõe recurso adesivo ao apelo.

Aponta que o contrato firmado não previa disponibilização imediata de todos os maquinários no início da obra, mas que fossem providenciados de acordo com as necessidades do serviço, logo, não seria motivo suficiente para a rescisão do contrato a disposição posterior da máquina.

Afirma que conseguiria cumprir com suas obrigações dentro do prazo pactuado, tendo sido tolhida de executar a obra devido a rescisão promovida pela requerida.

Alega que a rescisão unilateral provocou-lhe prejuízos de elevada monta, tanto de ordem material quanto moral.

Termina por pleitear a reforma da sentença, julgando-se procedente a reconvenção interposta para declarar a culpa exclusiva da requerida na rescisão do contrato, além da condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais que teria suportado.

Contrarrazoando, a autora refuta as afirmações feitas, reforçando a culpa da requerida na rescisão do contrato, defendendo a manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

MMX Metálicos Corumbá Ltda apela a este Tribunal, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá que julgou parcialmente procedente a ação declaratória c/c indenização por danos materiais e morais ajuizada em face de Vertical Construtora de Obras Ltda.

Segundo consta, a apelante contratou em 26/02/2007 a requerida para a prestação dos serviços de drenagem pluvial de terreno localizado em Corumbá/MS.

Pelo contrato, teria sido acordado que a requerida executaria os serviços dentro de 60 (sessenta) dias, utilizando, entre outros equipamentos, uma escavadeira hidráulica equipada com rompedor hidráulico.

Ocorre que até o dia 02/04/2007 a requerida ainda não havia disponibilizado a citada escavadeira, o que teria causado atraso de vinte e três a trinta e oito dias, motivo pelo qual a autora rescindiu o contrato e providenciou a contratação de outra empresa para que terminasse o serviço.

Em sua defesa, a requerida alega que não se obrigou a disponibilizar de imediato a escavadeira, mas apenas se tal fosse necessário. Afirma que, constatada a necessidade, providenciou a mobilização do equipamento, todavia, executava outros serviços no local até a chegada do maquinário.

Sustenta que a escavadeira chegou à obra em 24/03/2007, portanto, havia um mês para o fim do prazo pactuado, o que seria tempo suficiente para a conclusão dos serviços, inclusive porque aumentaria a rotina de trabalho no canteiro de obras.

Apresentou reconvenção onde mantém a tese de que houve a rescisão injustificada do contrato por parte da empresa MMX Metálicos Corumbá Ltda, além de postular a reparação por danos materiais e morais.

O juízo sentenciante trilhou pelo argumento acostado pela empresa autora, julgando parcialmente procedente a ação de modo a condenar a empresa Vertical Construtora de Obras Ltda ao pagamento de R$ 32.140,40 (trinta e dois mil, cento e quarenta reais e quarenta centavos), a título de cláusula penal moratória. Por derradeiro, a reconvenção foi julgada improcedente.

Este é o fato posto sob análise.

Toda a celeuma gira em torno da discussão acerca do descumprimento ou não do contrato por parte da contratada Vertical Construtora de Obras.

Tendo em vista o montante vultoso entregue à solução judicial, calha enfrentar de forma particularizada alguns tópicos por apego ao desencadeamento lógico da conclusão que se quer construir.

A) Necessidade de todos os equipamentos presentes na obra já no início do contrato.

A apelante MMX destaca que a empresa Vertical tinha conhecimento da necessidade de todos os equipamentos para a execução da obra já no início do contrato.

Para tanto, justifica a circunstância através da correspondência eletrônica (*e-mail*) trocada com o representante da empresa Vertical, onde consta a declaração deste (f. 26):

> Assunto: Esclarecimentos solicitados
>
> Em resposta ao e-mail enviado por V.S. Na data de 07/02/07, cumpre-nos informar o seguinte:
>
> [...]
>
> 2-) Os equipamentos que serão disponibilizados para a execução da obra estão relacionados a seguir:
>
> [...]

> b-) Escavadeira hidráulica marca CATERPILLAR mod. 312 ano 2002 equipada com rompedor hidráulico ("picão")
>
> [...]
>
> Obs: Estes equipamentos estarão no canteiro de obras **conforme se fizer necessário para o bom andamento dos serviços**. Outrossim informamos que caso seja preciso, poderemos disponibilizar outros tipos de equipamentos.
>
> (Grifo nosso)

Portanto, realmente havia a ciência da contratada (Vertical) da necessidade dos equipamentos listados no *e-mail* para o bom desempenho da empreitada, todavia, não é de se afastar também a afirmação de que o maquinário estaria presente "*conforme se fizer necessário para o bom andamento dos serviços*".

A declaração destacada evidencia que por ser a obra composta de várias etapas como qualquer outra, para cada uma delas seria disponibilizado o equipamento necessário àquela fase. E tal é claro e expresso, logo, não se infere do ponto o comprometimento da empresa contratada em apresentar todos os equipamentos já no início da contratação.

B) Descumprimento contratual. Descumprimento do cronograma da obra.

A empresa contratante MMX apega-se a certos dispositivos contratuais para defender o descumprimento do avençado, em especial, daqueles que orientam o cumprimento do cronograma na obra.

Nos termos do contrato (f. 44-62):

> 3.1 Os documentos abaixo relacionados, após devidamente rubricados pelas partes, constituirão parte integrante do presente Contrato e deverão ser rigorosamente observado pelas Partes:
>
> c) Anexo III – Cronograma Físico e Financeiro dos Serviços;
>
> 3.2 As disposições deste Contrato prevalecem sobre a de seus anexos [...].
>
> CLÁUSULA QUINTA – OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA
>
> 5.1 Planejar, conduzir e executar os Serviços com integral observância das disposições deste Contrato, obedecendo rigorosamente os prazos contratuais, projetos, desenhos e especificações técnicas [...].
>
> 5.14 Fornecer todos os materiais de consumo, equipamentos e ferramentas necessários aos serviços.
>
> CLÁUSULA SÉTIMA - PRAZOS
>
> 7.1 O presente contrato entra em vigor a partir da data de sua assinatura e permanecerá válido até a data de seu encerramento formal, conforme estipulado no item 7.1.1 abaixo, mediante a emissão do Termo de Encerramento Contratual.
>
> 7.1.1 Os serviços serão executados no prazo de 60 (sessenta) dias corridos de acordo com anexo III, com término em 24/04/2007.
>
> 7.2 Para efeito de aplicação de multas por atraso na execução dos serviços, serão considerados os prazos estabelecidos no ANEXO III, conforme estabelecido na Cláusula Quinta, subitem 5.1.1, obedecidos os seus marcos ou etapas.

> 7.3 Os marcos ou etapas definidos no ANEXO III são fixos e improrrogáveis, salvo se forem alterados através de termo aditivo por motivos de força maior, de acordo com o estabelecido na Cláusula Dezoito, ou por motivos imputáveis à MMX.
>
> CLÁUSULA DOZE – RESPONSABILIDADES E MULTAS
>
> 12.3 Ocorrendo atraso no cumprimento de qualquer obrigação assumida pela CONTRATADA, esta responderá pelo pagamento de uma multa diária, correspondente à 0,05% (cinco centésimos por cento) ao Valor do Contrato, conforme definido no item 19.1 abaixo, verificada desde a data do inadimplemento, até o efetivo cumprimento da obrigação. As penalidades deverão ser reembolsadas nas mesmas condições em caso de recuperação dos prazos intermediários.
>
> 12.3.1 A multa acima estipulada também incidirá, na hipóteses de descumprimento de obrigações contratuais, enquanto a CONTRATADA não regularizar sua situação.
>
> 12.4 Ocorrendo a rescisão por motivo imputável à CONTRATADA, esta responderá (i) por multa rescisória limitada a 10% (dez por cento) sobre o Valor do Contrato.
>
> CLÁUSULA TREZE - RESCISÃO
>
> 13.1 O presente Contrato poderá ser rescindido de pleno direito, a critério da MMX, mediante simples comunicação por escrito em quaisquer dos seguintes casos:
>
> 13.1.2 Descumprimento pela CONTRATADA de qualquer cláusula deste Contrato, a menos que esta corrija o seu inadimplemento dentro de 10 (dez) dias.
>
> 13.1.6 Atrasos na execução dos Serviços, por culpa da CONTRATADA sem qualquer justificativa aceita pela MMX.
>
> 13.1.7 Se a CONTRATADA paralisar total ou parcialmente os Serviços, sem prévio e expressa comunicação a MMX, por escrito, por mais de 10 (dez) dias consecutivos ou 30 (trinta) dias alternados.
>
> 13.1.8 Incapacidade técnica, negligência, imprudência, imperícia ou má-fé da CONTRATADA.

De forma destacada, este são os preceitos contratuais que subsidiariam a conduta resolutiva da contratante MMX.

Todavia, não prevalece a tese por dois argumentos.

O primeiro deles é a ausência nos autos do tal "anexo III", que descreveria o cronograma físico-financeiro do serviço (alínea "c", item 3.1, Cláusula terceira do Contrato – f. 45).

A falta do referido anexo impossibilita a análise dos atrasos perfilhados pela contratada na execução do cronograma da obra, definhando assim a principal linha de raciocínio do pleito ajuizado pela contratante.

Não há dessa forma elementos que sustentem de modo seguro algum critério da mora havida no caso, isto também porque não se pode defender que a questão tornou-se incontroversa ante as justificativas apresentadas pela contratada.

Ao revés, inclusive embasando a própria sentença, há apenas um documento unilateral produzido após os "danos" verificados (f. 131), onde se apresenta o atraso havido pela contratada, assim como deveria ser o cronograma dos serviços (f. 132). Ou seja, não há qualquer sustentação segura em tais documentos visto que, repita-se, não foi juntado nos autos pela contratante o anexo III – cronograma físico-financeiro.

Pelo segundo argumento, verifica-se a desproporcionalidade em concentrar a atenção da execução do contrato nas etapas do cronograma de obras à custa do serviço como um todo, presumivelmente a ser entregue em sua totalidade no termo final do contrato.

Creditar tanta importância à meras etapas pré-definidas em cronograma de serviço é desvencilhar-se da própria função social daquele contrato, qual seja a realização da obra e seus reflexos benfazejos à comunidade, no caso, riqueza e prosperidade ao Município de Corumbá.

No ponto, comentando o art. 421 do Código Civil, o magistério de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[1]:

> 10. Função social do contrato. A função mais destacada do contrato é a econômica, isto é, de propiciar a circulação de riqueza, transferindo-a de um patrimônio para o outro (Roppo, Il contratto, p. 12 et seq.). Essa liberdade parcial de contratar, com o objetivo de circular riqueza, tem de cumprir sua função social, tão ou mais importante do que o aspecto econômico do contrato. Por isso fala-se em fins econômicos sociais do contrato como diretriz para sua existência, validade e eficácia. **Como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os claros do que significa essa função social, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz.[...].**
>
> 13. Função instrumentalizadora. A cláusula geral aqui examinada tem função instrumentalizadora, vale dizer, o juiz deve servir-se de sua enunciação abstrata para dizer, na situação concreta que se lhe apresenta, **o que seria dar função social àquele determinado contrato que está sob sua análise.** Por função instrumentalizadora deve entender-se a atividade do juiz de dar concretude à enunciação abstrata do CC 421.
>
> 15. Função social. Conteúdo. Socialidade do contrato. O contrato tem de ser entendido não apenas como as pretensões individuais dos contratantes, mas como verdadeiro **instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade.** Interessa a toda a sociedade, na medida em que os standards contratuais são paradigmáticos para outras situações assemelhadas. Tudo o que ocorre relativamente a um contrato terá, forçosamente, repercussão em outros casos que digam respeito ao mesmo tipo de contrato. Essa é apenas uma das consequencias da nova socialidade do contrato. Além de útil, o contrato tem de ser também justo (Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Projeto do Código Civil, RT 775/20). (Grifo nosso)

O contrato não é um fim em si mesmo, mas instrumento que formaliza as intenções das partes envolvidas visando uma finalidade determinada.

Neste encalço, o contrato formalizado entre as empresas MMX e Vertical almejava a realização de obra dentro de certo espaço de tempo já pré-definido (sessenta dias), que não alcançou seu intento primeiro em razão da rescisão efetivada pela contratante MMX, vez que ainda não havia escoado o lapso estabelecido para sua conclusão.

Dessa feita, observa-se que o descumprimento de etapas do cronograma não é argumento que condiz com a gravidade do ato resolutivo perpetrado pela contratante MMX, sendo que deveria refletir, no muito, causa de aplicação de multas moratórias (item 12.3 do contrato – f. 55), ou circunstâncias agravantes no cálculo dos prejuízos constatados pela não conclusão da obra após o término do prazo fixado. Por oportuno, deve-se lembrar que resta prejudicado avaliar a existência de multa moratória pela insuficiência de elementos configuradores dos atrasos no cronograma, em especial por inexistir nos autos o próprio cronograma, anexo III do contrato.

1 Código Civil Comentado. 6. ed rev., ampl.e atual. Até 28 de março de 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 501-502.

Ainda aos olhos do contrato em sentido amplo, ou seja, da consecução de suas finalidade dentro do prazo total estabelecido, não se pode deixar de lado a alegação da contratada Vertical de que conseguiria, mesmo em turno dobrado de trabalho, entregar a obra dentro do prazo.

C) Descumprimento contratual. Prejuízos com o atraso da disponibilidade de maquinário. Aferição de efetivos prejuízos apenas após o termo final do contrato.

Não é aferível a ocorrência de tais prejuízos à contratante MMX, posto que, dentro da linha até aqui desenvolvida, eventuais atrasos no cronograma não indicam de modo objetivo a certeza, da não realização do empreendimento no prazo contratado.

Os prejuízos só poderiam ser defendidos se constatados após o termo final do contrato, o que também restou prejudicado face a resolução prematura do pacto.

Assim sendo, constata-se duas ordens de danos que podem ter ocorrido à contratante mas que, face as circunstâncias, são impossíveis de serem quantificados.

Numa primeira ordem, haveria a mora decorrente do descumprimento das etapas do cronograma fixado (item 12.3 do contrato – f. 55), todavia, inviabilizada na ação pela falta da juntada do anexo contratual referido.

De outra vertente, investigar-se-ião os prejuízos advindos da não execução da obra no termo fixado para sua realização, contudo, tal possibilidade foi afastada com a extinção precoce do contrato pela empresa MMX.

Antecipando-se com a tese de que a contratada não lograria o êxito da empreitada no prazo, a contratante por mera liberalidade rescindiu a avença, imputando à contratada a responsabilidade pela circunstância.

Ocorre que não apenas consta a declaração da contratada nos autos de que conseguiria atender a contratante no termo fixado, como inclusive noticiou o afirmado à própria MMX através de correspondência eletrônica datada de 30/03/07 (f. 297), portanto, anterior à rescisão promovida pela contratante em 02/04/2007 (f.41).

Sendo assim, esta Corte enfrenta dois argumentos equânimes: uma parte que peremptoriamente diz que a outra não iria conseguir concluir a obra a tempo, e esta que afirma que envidaria todos os esforços de modo a entregar o serviço no prazo.

Nesta conjectura, a solução pende àquele que melhor filia-se à interpretação das cláusulas contratuais sob a sombra do princípio da função social dos contratos.

Logo, por todos os documentos e fatos colacionados nestes autos, conclui-se que a rescisão unilateral demonstrou-se arbitrária, prejudicando sobremaneira a empresa contratada Vertical.

Diante de todo o exposto, conheço do apelo de MMX Metálicos Corumbá Ltda, mas nego-lhe provimento.

Cabe agora a análise do recurso adesivo interposto pela empresa Vertical Construtora de Obras Ltda.

Em suas razões, de modo sucinto, defende a requerida que não deu causa à rescisão do contrato, destacando que não existia no avençado uma cláusula que determinasse a disponibilização imediata do maquinário, mas sim "de acordo com as necessidades do serviço contratado". Ademais, defende veemente que seria possível a conclusão da obra dentro do prazo contratual.

Com a rescisão antecipada do contrato, fica a pergunta: se a contratada diz que seria possível concluir o serviço a tempo, com qual base segura poderia-se defender o contrário?

Portanto, é de se ver que, conforme defendido em linhas anteriores, qualquer espécie de prejuízo com o atraso na obra afirmado só poderia se comprovar com término do prazo estabelecido. Não há outra forma.

Logo, a rescisão antecipada retirou qualquer fundamento de validade da pretensão indenizatória e reparatória da contratante MMX. Claro que não se está discutindo o cabimento da multa elencada no item 12.3 do contrato (f. 55), que seria aferível mesmo durante a execução dos serviços, mas que restou prejudicada nesta oportunidade pela não juntada do cronograma da obra enquanto anexo do contrato – o que afasta da análise o documento de f. 132 por ser posterior ao pacto.

Neste passo, resta analisar o pedido de indenização por danos materiais e morais consignados no pleito reconvencional.

Antes, cabe uma averiguação dos termos do próprio contrato.

Em sua cláusula 12 (f. 55), onde trata das responsabilidades e multas, nota-se que toda a carga de penalidades praticamente foi conferida em benefício apenas da empresa contratante MMX.

O item 12.4 assim determina: "*12.4 Ocorrendo rescisão por motivo imputável à CONTRATADA, esta responderá (i) por multa rescisória limitada a 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.*"

É notável o desequílibrio presente no contrato, que "amarra" o cumprimento das obrigações por parte da empresa contratada face as multas cominadas porém, de outra via, não a resguarda de eventual inexecução advinda de conduta da contratante.

O máximo previsto é o que consta do item 13.5 (f. 57):

> 13.5 Nos casos de rescisão cuja causa seja motivo não imputável à CONTRATADA, exceto nos casos previstos nos itens 13.1.3 e 13.1.10, as quantias devidas referentes aos serviços executados até a data da efetiva paralisação, bem como as despesas diretas dela decorrentes e aquelas compromissadas até a data da rescisão, mediante adequada comprovação, pagando ainda os valores de eventuais faturamentos pendentes de pagamento, os materiais comprados e não aplicados, descontados os eventuais débitos, adiantamentos de pagamentos e outros custos atribuíveis À CONTRATADA

Diante da assimetria verificada nos termos do contrato, que conferem penalidades apenas à empresa contratada nas hipóteses de inexecução parcial ou total dos serviços, tem-se que, por justa medida de equidade, deve a aplicação da multa rescisória fixada no item 12.4 do contrato ser estendida também na hipótese desses autos, de rescisão promovida pela contratante MMX.

A cláusula determina que a multa rescisória será de até 10% (dez por cento) do valor do contrato, ou seja, R$ 169.160,66 (cento e sessenta e nove mil, cento e sessenta reais e sessenta e seis centavos) – 10% de R$ 1.691.606,68 (um milhão, seiscentos e noventa e um mil, seiscentos e seis reais e sessenta e oito centavos).

Considerando por um lado os custos realizados pela contratada Vertical para a realização do serviço, e o ponto da obra em que restou rescindido o contrato, que indiscutivelmente teve por origem o atraso em uma determinada etapa, tem-se por razoável a aplicação da multa rescisória de 5% (cinco por cento) do valor do contrato em desfavor da contratante MMX, o que equivale a R$ 84.580,33 (oitenta e quatro mil, quinhentos e oitenta reais e trinta e três centavos), nos termos do art. 413 do Código Civil.

Fixada a multa em razão da cláusula penal contida no contrato, descabe aplicar a reparação por danos materiais e morais, conforme jurisprudência:

> A cláusula penal, por importar em pré-avaliação das perdas e danos, não pode ser cumulada com esta, no caso de inexecução contratual. É lícito ao magistrado determinar remessa de cópias dos autos ao Ministério Público, para que este, com base nos documentos informativos, tome as providências necessárias que poderão resultar ou não na instauração de procedimento criminal. (TJMS; AC- 2008.018630-4/0000-00; Ponta Porã; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves; DJEMS 16/12/2010; Pág. 27).

> APELAÇÃO CÍVEL. RESCISÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA E TAXA DE FRUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. FIXAÇÃO DE PERCENTUAL RAZOÁVEL. RECURSO IMPROVIDO. A cláusula penal constitui prefixação de perdas e danos, não podendo haver cumulação com taxa de fruição do imóvel, sobretudo se o percentual arbitrado a título de retenção mostra-se razoável e proporcional ao caso específico. (TJMS; AC-Or 2010.005799-0/0000-00; Campo Grande; Segunda Turma Cível; Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade; DJEMS 19/04/2010; Pág. 20).

> DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. DATA DA DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS. ENCARGOS LOCATÍCIOS. OBRIGAÇÃO DO LOCATÁRIO. MULTA MORATÓRIA DE 10% (DEZ POR CENTO). CLÁUSULA PENAL. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 3. Havendo inadimplemento de débitos locatícios, deve o locatário responder somente pela multa moratória. Incorre em bis in idem a determinação para que arque com o pagamento do valor estabelecido na cláusula penal, uma vez que tal cláusula tem caráter reparatório de perdas e danos decorrentes do inadimplemento. 4. Recurso principal conhecido e desprovido. Recurso adesivo conhecido e parcialmente provido. (TJDF; Rec 2007.01.1.150425-6; Ac. 570.982; Terceira Turma Cível; Relª Desª Gislene Pinheiro; DJDFTE 20/03/2012; Pág. 166).

E segue este entendimento justamente por consubstanciar a cláusula penal em acordo das partes de modo a pré-definir a composição dos danos eventualmente advindos de uma inexecução do contrato[2].

Ante o exposto, conheço do recurso adesivo e dou-lhe provimento parcial para, acolhendo em parte o pedido reconvencional, reformar a sentença e condenar a autora MMX Metálicos Corumbá Ltda ao pagamento da importância de R$ 84.580,33 (oitenta e quatro mil, quinhentos e oitenta reais e trinta e três centavos), corrigida monetariamente com base na variação do IGPM/FGV, a partir do ajuizamento da ação e acrescida de juros moratórios de um por cento ao mês, computados desde a citação.

Condeno a autora, ainda, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em quinze por cento sobre o valor da condenação, levando em consideração o grau de complexidade da demanda e o tempo despendido para execução do trabalho, que se prolonga há quase cinco anos; o que faço com fundamento no art. 20, § 3º do Código de Processo Civil.

2 "As funções da cláusula penal são estimular o devedor a cumprir a obrigação e prefixar o valor de perdas e danos decorrentes do inadimplemento ou da mora, embora paire divergência doutrinária a respeito de sua finalidade principal (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado, v. I. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 743)". PELUSO, Cézar. *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: lei n. 10.406, de 10.01.2002-coordenador Cézar Peluso*. 2. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2008. p. 387.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE MMX METÁLICOS CORUMBÁ LTDA E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DE VERTICAL CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 14 de junho de 2012.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



Seção Criminal
Revisão Criminal n. 2012.003841-5 - Três Lagoas
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – PENAL – FORMAÇÃO DE QUADRILHA, CORRUPÇÃO PASSIVA E FALSIDADE IDEOLÓGICA – ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE FALSO – CONSUNÇÃO – DELITO PRATICADO COMO MEIO PARA OBTENÇÃO DA VANTAGEM INDEVIDA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – DEFERIMENTO PARCIAL.

Demonstrado que o crime de falsidade ideológica foi praticado como meio para a obtenção de vantagem indevida é medida de rigor o reconhecimento da consunção.

A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

Revisão Criminal a que se defere em parte para decretar a absolvição o acusado quanto ao crime de falsidade ideológica.

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 com o parecer, deferir parcialmente o pedido revisional. Ausentes, justificadamente, os vogais 3º, 4º e 5º.

Campo Grande, 27 de março de 2012.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

VALTER ALVES DE SOUZA ingressa com **REVISÃO CRIMINAL** objetivando desconstituir a sentença que o condenou ao cumprimento de 10 (dez) anos e 10 (dez) meses de reclusão pela prática dos crimes de formação de quadrilha, falsidade ideológica e corrupção passiva (art. 288; art. 299, parágrafo único; e art. 317, todos do Código Penal).

Aduz que a sentença é contrária a evidência dos autos, porquanto as circunstâncias judiciais foram analisadas incorretamente e as penas-base dos crimes de formação de quadrilha e corrupção ativa exasperadas em excesso.

De outro lado, pugna pela absolvição quanto ao crime de falsidade ideológica ante a aplicação do princípio da consunção, eis que o mesmo foi praticado como meio para a prática do delito de corrupção ativa.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não conhecimento do pedido de redução das penas-base e, no restante, pela procedência da revisional para absolver o requerente quanto à prática do crime de falsidade ideológica (f. 362/368).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de **REVISÃO CRIMINAL** interposta por **VALTER ALVES DE SOUZA** objetivando a desconstituição da sentença que o condenou à pena total de 10 (dez) anos e 10 (dez) meses de reclusão pela prática dos crimes de formação de quadrilha, falsidade ideológica e corrupção passiva (art. 288; art. 299, parágrafo único; e art. 317, todos do Código Penal).

Infere-se dos autos que o requerente, juntamente com EDIVALDO ALVES DA SILVA, ARLINDO DE SOUZA FARIAS, ALMY ESTOLZE DA SILVA, FRANCISCO CHAGAS FERREIRA, MIRIELI PATRICIA LIMA DEL BIANCO, VLADEMIR CARLOS FERNANDES e REGINALDO CEZAR BERSANI, associaram-se de forma estável e com unidades de propósitos para a prática dos mais variados crimes (art. 288, do Código Penal), entre os quais, adulteração de sinal identificador de veículo (art. 311, do Código Penal), roubo (art. 157, do Código Penal), corrupção ativa (art. 317, do Código Penal), corrupção passiva (art. 333, do Código Penal) e falsidade ideológica (art. 299, do Código Penal).

Narra a exordial ter sido encaminhado à Superintendência da Polícia Federal de Campo Grande denúncia anônima relatando que em Três Lagoas existiam desmanches de veículos provenientes de roubos. Por esta razão, a partir do mês de abril de 2006, policiais rodoviários federais passaram a realizar levantamentos para verificar a veracidade dos fatos narrados.

Assim, apurou-se que a empresa "E. A. da Silva Transportes", localizada na Av. Sobral n.º 93 – Vila Maria, em Três Lagoas, de propriedade de EDIVALDO ALVES DA SILVA, em sociedade de fato com ARLINDO DE SOUZA, era um dos locais para onde vinham esses caminhões roubados, e um outro local era o "barracão" de ALMY, cujo estabelecimento é conhecido por "Transterra", localizado na rua Raphael Haro n.º 2743, V. Haro, na mesma cidade.

Conforme apurado, EDVALDO, ARLINDO, VLADEMIR, FRANCISCO, MIRIELE, REGINALDO e ALMY formaram uma sociedade criminosa, de caráter permanente vinham agindo há vários meses, com o fim de roubar veículos e regularizar sua documentação para vendê-los, movimentando, de R$ 60.000,00 (sessenta mil) a R$ 100.000,00 (cem mil reais) por mês.

Os membros da quadrilha tinham funções bem definidas: EDIVALDO, ARLINDO e ALMY, donos dos barracões, encomendavam os veículos para FRANCISCO para depois "esquentá-los" e vendê-los, e quando isto não era possível os bens eram desmanchados; MIRIELE participava dos roubos atraindo os caminhoneiros para que FRANCISCO, acompanhado de pessoas ainda não identificadas, fizesse o assalto; REGINALDO legalizava os veículos na CIRETRAN, e VLADEMIR servia de "laranja", permitindo que a quadrilha utilizasse seu nome para cadastrar veículos e movimentar dinheiro em sua conta corrente.

Constatou-se que EDIVALDO, ARLINDO e ALMY encomendavam os caminhões para FRANCISCO, o qual praticava os crimes de roubo nos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Goiás e Mato Grosso, e trazia os veículos para Três Lagoas, onde eram desmanchados e "legalizados".

Para regularizarem os veículos roubados EDIVALDO, ARLINDO e ALMY compravam documentos de veículo acidentados em São Paulo, onde consta a observação "grande monta" e gravavam os dados do documento nos veículos roubados.

Era intensa a compra e venda de documentos destes veículos, chegando a ser pago R$ 8.000,00 (oito mil reais) por CRLV de caminhões de antigos modelos, M. Benz 1513, 1313, 1113, porque seus agregados não possuem números gravados, mas plaquetas de identificação, o que facilita a adulteração, que é conhecida no meio deles como "montagem" do veículo:

As plaquetas eram retiradas do veículo roubado e produzidas plaquetas novas nos próprios 'barracões' de EDIVALDO, ARLINDO e ALMY, com os dados do veículo sinistrado, que constavam nos documentos adquiridos, e o chassi é remarcado.

Foram apreendidos diversos veículos nos barracões dos acusados e, de acordo com o relatório técnico de identificação veicular, a grande maioria dos veículos sofreu processo de adulteração nos seus elementos identificadores.

Com o veículo "montado" o mesmo era encaminhado à CIRETRAN para ser realizada uma perícia, já combinada com o funcionário REGINALDO e com os peritos. Na oportunidade já fora retirada a observação "grande monta" em São Paulo, e REGINALDO procedia à transferência do veículo, alterando seus agregados, legalizando o veículo roubado.

Após "legalizarem" o veículo, ele era comercializado com valor bem baixo do mercado. Quando era possível "esquentar" o veículo, por não haver documento correspondente, os mesmos eram desmanchados e as suas peças comercializadas tanto em Três Lagoas, no município de Ribas do Rio Pardo, por ROQUE PEREIRA AZEVEDO.

Por fim, consta que o corréu REGINALDO delatou que **VALTER** era quem realizava a perícia nos veículos pertencentes à quadrilha, dando os veículos como aprovados, apesar das irregularidades existentes.

Apurou-se que após a realização de busca e apreensão no DETRAN, junto ao local dos documentos indicados por REGINALDO, foi constatado que **VALTER**, no exercício da sua função realizou as vistorias nos veículos e que, mediante o recebimento da vantagem indevida, inseria nos laudos declaração falsa de "aprovado", permitindo com isto a regularização dos caminhões roubados pela quadrilha perante o órgão de trânsito (f. 33/40).

Preliminarmente, aduz o *Parquet* que o pedido de redução das penas-base não deve ser conhecido, eis que já foi analisado em sede de recurso de APELAÇÃO.

Muito embora compartilhe a tese de que a **REVISÃO CRIMINAL** não pode constituir infinito meio de apelo, sendo cabível apenas nos casos arrolados no artigo 621, do Código de Processo Penal, é certo que a pena imposta ao acusado não foi objeto da APELAÇÃO n.º 2009.008428-5, julgada ao 1º de setembro de 2009, pela 1ª Turma Criminal deste Sodalício (f. 321/334).

Naquela oportunidade o acusado pugnou, preliminarmente, pela nulidade por falta de notificação prévia estabelecida no art. 513, do Código de Processo Penal, e, no mérito, pela absolvição quanto aos crimes de falsidade ideológica e corrupção passiva, negando a autoria da prática criminosa e, alternativamente, inexistência de dolo na conduta praticada (f. 247/260).

Assim, sendo certo que as matérias questionadas na rescisória não foram objeto de irresignação anterior é medida se conhecer do pedido.

O requerente pugna pela absolvição quanto ao crime de falsidade ideológica pela aplicação do princípio da consunção, eis que o mesmo foi praticado como meio para a prática do delito de corrupção ativa.

De acordo com o princípio da consunção, existindo mais de um ilícito penal, em que um deles, o menos grave, represente apenas o meio para a consecução do delito mais nocivo, o agente será responsabilizado apenas pelo crime principal. É, pois, necessária a existência de um nexo de dependência e subordinação das condutas para que se possa verificar a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.

Conforme leciona ROGÉRIO GRECO [1]:

> Podemos falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses: a) quando um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime; b) nos casos de antefato e pós-fato impuníveis. Os fatos, segundo Hungria, 'não se acham em relação de species a genus, mas de minus a plus, de parte a todo, de meio a fim'. Assim, a consumação absorve a tentativa; o crime de lesão absorve o correspondente crime de perigo; o homicídio absorve a lesão corporal, etc.

O princípio da consunção deve ser observado em consideração às circunstâncias fáticas do caso concreto e, no presente caso, é admissível que os crimes de falsidade ideológica e corrupção ativa fundam-se num só, pois existe a relação de subordinação entre as condutas.

Apurou-se que a função do requerente na quadrilha era a de, valendo-se da função de vistoriador do DETRAN, inserir nos laudos declaração falsa de aprovado, permitindo com isto a regularização dos caminhões roubados pela quadrilha perante o órgão de trânsito. Assim, teria cometido o crime de falsidade ideológica (art. 299, do Código Penal).

Contudo, há de se lembrar que o acusado foi condenado, também, pelo crime de corrupção ativa com incidência da majorante prevista no art. 317, § 1º, do Código Penal, segundo a qual *"a pena é aumentada de um terço, se, em conseqüência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional"* (destaques não originais).

É certo que o acusado, servidor público do DETRAN, exercendo a função de inspecionar e atestar a regularidade dos veículos infringiu dever funcional ao declarar falsamente que os veículos roubados estavam de acordo com a lei, e da mesma forma mostra-se evidente que tal conduta decorreu da prática de corrupção passiva. Portanto, forçoso reconhecer que a falsidade foi praticada como meio para obtenção da vantagem indevida estando as condutas relacionadas entre si.

Nessa esteira, a absolvição quanto ao crime de falsidade ideológica pela ocorrência da consunção é medida de rigor.

De outro lado, o requerente sustenta que as circunstâncias judiciais foram analisadas incorretamente e as penas-base dos crimes de formação de quadrilha e corrupção ativa exasperadas em excesso.

Sem razão, eis que ao proceder à fixação da reprimenda base seguiram-se os ditames legais do artigo 59, do Código Penal, os quais nada mais são que *"critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base"* [2].

Embora hajam algumas circunstâncias judiciais favoráveis ao acusado, é certo que se constata a existência de outras desfavoráveis, a saber, culpabilidade (para ambos os delitos), circunstâncias e

1 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte geral, 9 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 31/32.

2 PRADO, Luiz Régis. apud CARVALHO NETO, Inácio de. Aplicação da pena, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 32.

conseqüências do crime de formação de quadrilha, as quais de igual maneira devem influenciar na fixação da reprimenda.

Outrossim, cumpre salientar que a fixação da pena se dá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, portanto, após a análise das circunstâncias judiciais *"poderá o Juiz, portanto, vendo que a pena fixada a priori não é necessária, diminuí-la de modo a que se torne adequada. Poderá também, vendo que a pena a priori estabelecida não é suficiente para reprovação e prevenção do crime, aumentá-la até que atinja o grau adequado"* [3].

No caso, as penas impostas ao requerente satisfazem tanto o caráter preventivo quanto o repressivo da pena, não havendo que se operar qualquer redução.

Ante o exposto, **defiro parcialmente** a **REVISÃO CRIMINAL** manejada em favor de **VALTER ALVES DE SOUZA,** apenas para decretar sua absolvição quanto ao crime de falsidade ideológica.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DEFERIRAM PARCIALMENTE O PEDIDO REVISIONAL. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS VOGAIS 3º, 4º E 5º.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos, Manoel Mendes Carli, Juiz Francisco Gerardo de Sousa, e Desembargador Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 27 de março de 2012.

***

3 CARVALHO NETO, Inácio de. *Op. cit*., p. 74.

Segunda Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 2012.005057-6 - Naviraí
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – APELAÇÃO – PROCESSO PENAL – AMEAÇA E INVASÃO DE DOMICÍLIO QUALIFICADA – CONCURSO MATERIAL – SOMATÓRIA DE PENAS QUE ULTRAPASSA O LIMITE TEMPORAL DA LEI N.º 9.099/95 – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM – PRECEDENTES – PROVIMENTO.

Conforme entendimento consolidado, a denúncia por crimes – que, isoladamente, seriam de menor potencial ofensivo – praticados em concurso material deve ser processada e julgada perante a Justiça Comum quando a soma das penas *in abstrato* extrapola o requisito exigido pelo art. 62, da Lei n.º 9.099/95.

Apelação ministerial a que se dá provimento, determinando-se o devido processamento do feito na Justiça Estadual Comum, ante a circunstância fático-processual existente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 19 de março de 2012.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Trata-se de **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO** interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL** contra a decisão (f. 54/55) que rejeitou a denúncia em face de **RAMONA ERONILDE PEREIRA GAMARRA**, ante a incompetência da Justiça Comum para o processamento e julgamento da ação penal, determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal.

Sustenta que a Justiça Comum é competente para processamento da ação penal, devendo a decisão do juízo *a quo* ser reformada, para que a denúncia seja recebida. Prequestiona contrariedade ao art. 62, da Lei Federal de n.º 9.099/95 (f. 64/71).

Contrarrazões pelo não provimento do apelo (f. 75/78).

O juízo *a quo* manteve a decisão recorrida (f. 90).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento do recurso (f. 95/97).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO** interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL** contra a decisão (f. 54/55) que rejeitou a denúncia em face de **RAMONA ERONILDE PEREIRA GAMARRA**, ante a incompetência da Justiça Comum para o processamento e julgamento da ação penal, determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal.

Consta na denúncia que, aos 08 de agosto de 2010, por volta das 20h55min, na rua Izeldino Lopes da Costa, n.º 138, Jardim Progresso, em Naviraí, em visível estado de embriaguez, a recorrida teria invadida a residência de *DIRCE MORAES CARDOSO* e *FERNANDA CRISTINA COIMBRA VAZ*.

Segundo apurado, após adentrar o recinto, na posse de 02 (duas) facas, a recorrida disse às vítimas que iria matá-las, tendo estas conseguido retirar os instrumentos da posse daquela e acionado a Polícia Militar.

Finalizado o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), o *Parquet* se manifestou pela incompetência do Juizado Especial Criminal para a apuração dos crimes ali retratados, porquanto a soma das penas *in abstrato* ultrapassa o *quantum* estabelecido pelo art. 61, da Lei n.º 9.099/95 (f. 38/39 e 47).

Foi determinada a remessa dos autos à Justiça Comum (f. 40 e 48).

Após o oferecimento da denúncia, em que o *Parquet* imputa à acusada os crimes do art. 147 (ameaça) e do art. 150, § 1º (invasão de domicílio em período noturno), ambos do Código Penal, a autoridade judicial determinou o retorno dos autos ao Juizado Especial Criminal, sob o fundamento:

> Não obstante tenham sido acolhidas as manifestações do Parquet da mesma natureza em procedimentos anteriores, o fato é que, recentemente, no XXIX Fórum Nacional dos Juizados Especiais – Fonaje, realizado em 25/27 de maio de 2011, ficou aprovado o seguinte enunciado (n.º 120): 'O concurso de infrações de menor potencial ofensivo não afasta a competência do Juizado Especial Criminal, ainda que o somatório das penas, em abstrato, ultrapasse dois anos'. (f. 54/55).

Contra este entendimento, o **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL** interpôs o presente recurso, sustentando que a Justiça Comum é competente para processamento da ação penal, devendo a decisão do juízo *a quo* ser reformada, para que a denúncia seja recebida.

Para melhor compreensão da questão, é imperioso transcrever o dispositivo da Lei n.º 9.099/95, que cuida da mesma: "*Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.*"

Prima facie, nota-se que a legislação especial apenas estabelece o conceito de crime de menor potencial ofensivo, não adentrando em celeumas jurídicas, como a questão do concurso de crimes.

Diante deste cenário, os operadores do direito têm o entendimento pacífico de ser inviável a aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei n.º 9.099/95 a cada crime isoladamente, quando o resultado do *quantum* ultrapassa os limites previstos para a competência do Juizado Especial Criminal.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI leciona:

> Concurso de crimes: é preciso verificar o conjunto das infrações penais, de modo a analisar se cabe ou não a aplicação dos benefícios da Lei 9.099/95. Aquele que comete vários crimes punidos com pena máxima de dois anos, em concurso material, não pode

> seguir ao JECRIM para empreender inúmeras transações, uma para cada delito. Seria a consagração da falta de lógica, pois, caso condenado, utilizada, por exemplo, a somatória da pena mínima, ele pode atingir montantes elevados, que obriguem, inclusive, o magistrado a impor o regime fechado. Portanto, não há, neste cenário, de menor potencial ofensivo.[1]

No mesmo sentido é o entendimento consolidado pela jurisprudência:

> É pacífica a jurisprudência desta Corte de que, no caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos; destarte, se desse somatório resultar um apenamento superior a 02 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial.[2]

> Em se tratando de dois ou mais crimes cometidos em concurso material, sobretudo quando em um mesmo contexto fático (como é o caso dos autos), a competência é definida pelo somatório das penas impostas aos delitos em abstrato. Assim, se a soma dessas penas resultar um apenamento superior a 02 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial, sendo competente o Juízo comum para o julgamento de ambos os delitos, inclusive da contravenção penal.

> Havendo a possibilidade de concurso material de crimes para a fixação da competência é de ser considerada a soma das penas máximas abstratamente cominadas, desimportando que todos os delitos sejam de menor potencial ofensivo. E se a soma das penas ultrapassa o limite de dois anos, a competência é da justiça comum.[3]

Por outro lado, observando-se que a denúncia nem sequer fora recebida e que o art. 62, da Lei n.º 9.099/95, trata dos princípios orientadores da ação penal perante o Juizado Criminal, não se nota qualquer contrariedade ao dispositivo legal mencionado.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso manejado pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**, para cassar a decisão que rejeitou a denúncia, reconhecer a competência da Justiça Comum para processamento e julgamento da ação penal e determinar que o juízo *a quo* delibere sobre a rejeição ou o recebimento da peça acusatória.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

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, 19 de março de 2012.

***

1 *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 670.

2 STJ, HC 143.500/PE, 5ª T., rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 31/05/2011, DJ 27/06/2011.

3 TJRS, CJ 328163-24.2011.8.21.7000, 2ª Câm. Crim., rel.ª Des.ª LAÍS ROGÉRIA ALVES BARBOSA, j. 25/08/2011, DJ 19/10/2011.

Segunda Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2012.013468-3 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – APELAÇÃO – PENAL MILITAR – ABANDONO DE POSTO – ALEGADA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – NÃO CARACTERIZAÇÃO – EMBRIAGUEZ EM SERVIÇO – AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL – IRRELEVÂNCIA – TIPOS PENAIS CARACTERIZADOS – CONDENAÇÕES MANTIDAS – PENA–BASE – IMPOSSIBILIDADE DE ABRANDAMENTO – NÃO PROVIMENTO.

Incabível a absolvição do acusado pela prática do crime de abandono de posto, sob o argumento de que presente a excludente supralegal de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa se inexiste qualquer prova que a ateste.

Não se cogita a hipótese absolutória pelo delito de embriaguez em serviço diante da ausência de prova pericial que comprove o grau de alcoolemia do acusado, quando coligida ao feito farta prova testemunhal neste sentido.

A existência de circunstância judicial negativa, consubstanciada nos maus antecedentes, constitui fundamento suficiente para a exacerbação, ainda que discreta, da pena-base.

Apelação defensiva a que se nega provimento, ante o acerto da decisão do escabinato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso.

Campo Grande, 4 de junho de 2012.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

CELSO DE SOUZA JÚNIOR interpõe **APELAÇÃO** objetivando a reforma da sentença que o condenou a pena de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, pela prática das condutas descritas no art. 195 (abandono de posto) e art. 202 (embriaguez em serviço), do Código Penal Militar, a qual foi suspensa condicionalmente pelo prazo de 02 (dois) anos.

Pugna pela absolvição pelo crime de abandono de posto, sob o argumento de que "*não há possibilidade de aplicação da pena, porque totalmente ausente a culpabilidade do Apelante, dada a ausência de censura e reprovação de sua conduta, haja vista a inexigibilidade de conduta diversa*" (f. 215).

Reclama pela absolvição pelo delito de embriaguez em serviço, porquanto inexiste prova pericial atestando a quantidade de álcool em sua corrente sanguínea.

Alternativamente, pleiteia o abrandamento das penas-base para o mínimo legal.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (f. 224/230).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 236/243).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de **APELAÇÃO** interposta por **CELSO DE SOUZA JÚNIOR** a fim de reformar a sentença que o condenou a pena de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, pela prática das condutas descritas no art. 195 (abandono de posto) e art. 202 (embriaguez em serviço), do Código Penal Militar, a qual foi suspensa condicionalmente pelo prazo de 02 (dois) anos.

Infere-se dos autos que, aos 07 de fevereiro de 2011, por volta de 01h30min, no interior do 2º Pelotão da Polícia Militar de Nova Alvorada do Sul, o acusado encontrava-se escalado na função de Comandante de Guarnição, quando abandonou, sem ordem superior, o serviço que lhe havia sido designado, dirigindo-se a sua residência, onde passou a ingerir bebidas alcoólicas até ficar totalmente embriagado.

A denúncia também descreve a prática dos crimes de peculato (art. 303, do Código Penal Militar) e de dormir em serviço (art. 303, do mesmo *Codex*), dos quais o acusado foi absolvido.

Inicialmente, procede-se à análise do pleito absolutório pelo cometimento do crime de abandono de posto, fundamentado na excludente supralegal de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

Segundo a defesa, em virtude das fortes chuvas ocorridas à época dos fatos, a residência do acusado alagou, de modo que este "***se viu desesperado com o alagamento de sua casa e imediatamente tentou minimizar seus prejuízos***" (f. 214 – destaques originais).

A respeito da mencionada excludente de culpabilidade, discorre a doutrina:

> Quando o ato é praticado em circunstâncias em que não se pode exigir do agente uma conduta conforme o direito, tal ato não pode ser juridicamente reprovável nem culpável, já que a culpabilidade decorre da reprovabilidade, lhe é consequente (ex.: o motorista que, para desviar de uma criança pilotando uma bicicleta na rua, acaba subindo na calçada e mata uma pessoa, não pode ter sua conduta reprovada, já que não se poderia dele exigir outra conduta.
>
> Sem, dúvida, não se pode considerar um ato juridicamente reprovável quando praticado em circunstâncias tais que tornam não exigível a conduta conforme ao direito. Nem reprovável, nem, portanto, culpável, desde que a culpabilidade se define como reprovabilidade. O juízo de reprovação sobre o ato é legítimo até onde se pode exigir do agente um comportamento de acordo com a norma, e aí se traça um limite ao julgamento da culpabilidade pelo fato antijurídico e típico.[1]

In casu, não restam dúvidas de que a excludente em testilha não se configurou.

1 MOSSIN, Heráclito Antônio e MOSSIN, Júlio César O. G. *Comentários ao Código Penal*, São Paulo: JH MIZUNO, 2012, p. 163.

Ouvidas na fase extrajudicial, as testemunhas MUSSE UNTAR JUNIOR, FELIPE ROMERO CECCATO e WESLEI MARTIN BENETTI foram taxativas ao afirmar que o acusado deixou o posto sem oferecer qualquer justificativa plausível, não fazendo alusão, sequer, à ocorrência de chuva na data dos fatos (f. 11/16).

Na mesma oportunidade, procedeu-se à oitiva do apelante que reconheceu ter se ausentado do serviço, porém, "*para dar apoio a um cidadão até uma fazenda próxima*" (f. 17). De outro lado, informou que ao se dirigir a sua residência teve por objetivo fazer uso de bebidas alcoólicas que ali estavam guardadas.

Em juízo, **CELSO** apresentou versão totalmente diversa, alegando que o abandono do posto ocorreu porque pretendia verificar o estado de sua casa, já que diante das chuvas ocorridas na região, a mesma costumava inundar e, para justificar a demora em voltar ao Pelotão da Polícia Militar, informou que sua residência fora invadida pela lama, razão porque tomou providências para limpá-la (f. 66/70).

Não fosse o bastante, afirmou que seu visível estado letárgico era decorrente da ingestão de calmantes.

Na oportunidade colheram-se as declarações das testemunhas MUSSE UNTAR JUNIOR, FELIPE ROMERO CECCATO e WESLEI MARTIN BENETTI, as quais confirmaram o fato de que a justificativa do acusado para ausentar-se do Pelotão não mantinha qualquer relação com um suposto alagamento em sua residência (f. 70/78).

Logo, impossível reconhecer-se a excludente de culpabilidade invocada pela defesa, que, aliás, sequer se preocupou em colacionar ao feito prova a seu respeito, limitando-se apenas a arguir tal questão.

Como já decidido pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, "*o ônus da prova, no que se refere à ocorrência de circunstâncias caracterizadoras de causa excludente da culpabilidade, compete à defesa, em atenção à primeira parte do artigo 156, do código de processo penal*"[2].

E bem destacou o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO: "*nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer e, no caso dos autos, a defesa não se incumbiu de provar as excludentes de ilicitude e de culpabilidade alegadas, não havendo que se falar em princípio in dubio pro reo*"[3]

De igual forma, não vislumbro motivos para a absolvição pela prática do delito de embriaguez em serviço, seja porque a prova testemunhal contraria a versão do acusado – que, aliás, na fase inquisitiva confessou a autoria delitiva (f. 17/18) – seja porque a ausência de prova pericial não constitui circunstância hábil a afastar a condenação.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO já teve oportunidade de se manifestar a respeito, decidindo:

> A tese sustentada pela defesa de que o estado de embriaguez não pode ser comprovado em razão da ausência de laudo pericial não é acolhida porque, não obstante não conste nos autos o laudo de dosagem etílica ou qualquer outro exame que comprovasse o estado de embriaguez, a prova testemunhal é segura o suficiente neste sentido, justamente quando indicam que o apelante visivelmente apresentava traços de embriaguez.[4]

Neste mesmo sentido, o julgado do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE:

2 Ap 0813847-52.2009.4.02.5101, 2ª T. Especializada, rel.ª Des.ª Fed. LILIANE RORIZ, j. 08/05/2012, DJ 21/05/2012, p. 225.
3 Ap 0000190-20.2003.4.03.6181, 1ª T., rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, j. 22/11/2011, DJ 05/12/2011, p. 259.
4 Ap 38.071/2010, 2ª Câm. Crim., rel. Des. CARLOS ROBERTO C. PINHEIRO, j. 23/02/2011, DJ 17/03/2011, p. 111.

> DIREITO PENAL MILITAR E DIREITO PROCESSUAL MILITAR – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE DESRESPEITO A SUPERIOR (ART. 160, CPM) – PRESCRIÇÃO – PENA FIXADA EM 6 (SEIS) MESES E 20 (VINTE) DIAS DE DETENÇÃO – TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO – TRANSCURSO DE MAIS DE 2 (DOIS) ANOS ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS.
>
> Exegese do artigo 125, VII, § 1º, do CPM. Extinção da punibilidade configurada. Art. 123, IV, do CPM. Crime de embriaguez em serviço (art. 202, CPM). Prova exclusivamente testemunhal. Possibilidade. Consagração do princípio do livre convencimento motivado. Acervo probatório convincente. Condenação mantida. Apelo parcialmente provido. Unânime." [5] (Destaques não originais)

Finalmente, rejeito o pleito de abrandamento das penas-base.

Extrai-se do *decisum* que a discreta exacerbação das reprimendas – 01 (um) mês para o crime de abandono de posto e 02 (dois) meses para o de embriaguez em serviço – justificou-se pela constatação dos maus antecedentes do acusado, o qual possui 02 (duas) condenações com trânsito em julgado (incidências 01 e 02 – f. 105).

Nos termos do que já decidido pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, "*a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais severo*." [6]

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso interposto por **CELSO DE SOUZA JÚNIOR**, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 4 de junho de 2012.

***

5 Ap 2008.309129, Câm. Crim., rel. Des. EDSON ULISSES DE MELO, DJ 29/05/2009, p. 21.

6 HC 187.237, 6ª T., rel. Min. OG FERNANDES, j. 28/04/2011, DJ 13/10/2011.

Seção Criminal
Revisão Criminal n. 2011.035212-3 - Maracaju
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL – CONDENAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009 – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – REJEITADA – MÉRITO – CONTRARIEDADE DO JULGAMENTO À EVIDÊNCIA DOS AUTOS – JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL – PROCEDIMENTO QUE APONTA INDÍCIOS FAVORÁVEIS AO RÉU – POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, EM CARÁTER EXCEPCIONAL – PROVA NOVA – DEPOIMENTOS NÃO REALIZADOS NO CURSO DA AÇÃO PENAL – CONTRADIÇÕES ENTRE AS DECLARAÇÕES PRESTADAS NA AÇÃO PENAL – FRAGILIDADE DAS PROVAS – ABSOLVIÇÃO – REVISÃO PROCEDENTE.

Em obediência ao princípio *in favor rei*, a revisão criminal deve ser conhecida, porquanto somente com o reexame das provas, aqui acrescido com a prova nova colhida em justificação judicial, é que se torna possível analisar a respeito da ocorrência de erro judiciário.

Distribuída a Revisão Criminal, devidamente instruída, em paralelo ao ajuizamento de Ação de Justificação Judicial, é cabível, excepcionalmente, a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de concessão do direito do réu em permanecer em liberdade, especialmente quando presentes os requisitos do art. 273, do CPC, aplicado por analogia, como permite o art. 3º, do Código de Processo Penal.

Pode ser considerado como nova prova os depoimentos que não puderam ser colhidos no curso da ação penal, seja por falta de informação, seja por questões logísticas ou deficiência da defesa, porquanto esses fatores equivalem a obstáculos justificáveis a sua apresentação no momento oportuno.

Demonstrado pelas declarações prestadas no procedimento da Justificação Judicial, sob o crivo do contraditório, e pela constatação de graves contradições das testemunhas que depuseram no curso da ação penal, que há dúvidas sobre a ocorrência do fato imputado ao acusado, a sua absolvição é medida que se impõe.

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 em parte com o parecer, julgar procedente a revisão criminal, nos termos do voto do relator. Ausente a 1ª vogal.

Campo Grande, 10 de abril de 2012.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Aristeu Lopes do Nascimento ajuiza Revisão Criminal, visando reformar a sentença condenatória proferida pela 1ª Vara de Maracaju, Autos nº 01404000967-3, modificada em parte – quanto ao regime fechado – pela 1ª Turma Criminal, Apelação nº 2005.006214-6.

Sustenta que, inobstante a condenação haver sido fundada apenas no depoimento da vítima, há novos elementos de prova que demonstram a inveracidade das acusações e a inocência do requerente.

Alega que, tendo em vista o *quantum* da pena fixada na sentença (mínimo legal), o regime prisional semiaberto deveria ser mantido, ao contrário do que entendeu a 1ª Turma Criminal, pois o sistema integralmente fechado foi declarado inconstitucional, e como o delito teria ocorrido antes da vigência da Lei nº 11.467/2007, admite-se que o condenado inicie o cumprimento da pena com menos rigor.

Pleiteia a absolvição, ou a desclassificação da conduta para a hipótese de contravenção penal (artigos 61 e 65, da LCP); sucessivamente, requer a fixação do regime semiaberto.

Após o deferimento da antecipação de tutela (f. 555/556-vº), a Procuradoria emitiu parecer, opinando pelo não conhecimento da revisional (f. 563/567) e o requerente juntou cópias da Justificação Criminal, informando sobre a realização de audiência de instrução.

O relatório do presente feito consta às f. 577; entretanto, naquele momento, ainda não haviam sido disponibilizados os termos de depoimentos prestados na audiência realizada no dia 13/03/2012.

Com a juntada dos referidos documentos (f. 579/587) – essenciais ao deslinde da causa – tornou-se necessária a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, que, no paracer de f. 594/601-vº, opinou pelo conhecimento e procedência parcial do pedido. Em razão disso, o relatório de f. 577 deve ser substituído por este, devido ao acréscimo das informações supra.

VOTO

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

Aristeu Lopes do Nascimento ajuiza Revisão Criminal, visando reformar a sentença condenatória proferida pela 1ª Vara de Maracaju, Autos nº 01404000967-3, modificada em parte – quanto ao regime fechado – pela 1ª Turma Criminal, Apelação nº 2005.006214-6.

Sustenta que, inobstante a condenação haver sido fundada apenas no depoimento da vítima, há novos elementos de prova que demonstram a inveracidade das acusações e a inocência do requerente.

Alega que, tendo em vista o *quantum* da pena fixada na sentença (mínimo legal), o regime prisional semiaberto deveria ser mantido, ao contrário do que entendeu a 1ª Turma Criminal, pois o sistema integralmente fechado foi declarado inconstitucional, e como o delito teria ocorrido antes da vigência da Lei nº 11.467/2007, admite-se que o condenado inicie o cumprimento da pena com menos rigor.

Pleiteia a absolvição, ou a desclassificação da conduta para a hipótese de contravenção penal (artigos 61 e 65, da LCP); sucessivamente, requer a fixação do regime semiaberto.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no paracer de f. 594/601-vº, opinou pelo conhecimento e procedência parcial do pedido.

Razão assiste ao requerente.

É certo que o acolhimento do princípio do *in dubio pro reo*, em sede de Revisão Criminal, é matéria extremamente controvertida, eis que não se pode olvidar a existência de manifestação jurisdicional anterior, acobertada pela coisa julgada.

Entretanto, há elementos nos autos, especialmente pela prova produzida na Justificação Criminal nº 0012528-34.2011.8.12.0014, 1ª Vara de Maracajú, que causam sérias dúvidas sobre a configuração do delito imputado ao requerente.

Segundo consta na denúncia, no dia 22 de maio de 2003, por volta das 12h40min, Aristeu chamou a vítima, V. de S. M., de 11 (onze) anos, que estava indo para a escola, a adentrar numa construção onde estava trabalhando, obrigando-a que com ele praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Em razão disso, o autor foi condenado à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto; o Tribunal de Justiça deste Estado ao analisar o recurso defensivo, confirmou, por maioria, a condenação. No que tange ao apelo ministerial, foi dado provimento ao recurso, a fim de alterar somente somente o regime, que passou a ser o fechado (f.192/197).

Segundo o teor dos votos proferidos no julgamento do recurso de Apelação nº 2005.006214-6, a então 1ª Turma Criminal considerou que as declarações prestadas pela vítima, corroboradas pelos depoimentos da sua genitora, de uma amiga e de uma professora da escola que frequentava, dão suporte à condenação, conforme se vê a seguir:

> VOTO
>
> O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (Relator)
>
> Trata-se de apelação criminal em que Aristeu Lopes do Nascimento foi condenado pela Juíza da 1ª Vara da Comarca de Maracaju às penas dos arts. 214 c.c. 224, "a", ambos do CP, a 06 (seis) anos de reclusão, pena a ser cumprida em regime semi-aberto.
>
> Dos autos consta que, no dia 22 de maio de 2003, por volta das 12h40min, Aristeu chamou a vítima, V. de S. M., de 11 (onze) anos, que estava indo para a escola, a adentrar numa construção onde estava trabalhando, obrigando-a que com ele praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.
>
> Pretende o membro do parquet que o réu cumpra a pena em regime integralmente fechado, por tratar-se de delito hediondo.
>
> Aristeu pleiteia a sua absolvição ou, alternativamente, a desclassificação do delito de atentado violento ao pudor por uma das condutas previstas nos arts. 61 e 65, do Decreto-Lei 3688/41 – Lei das Contravenções Penais, e que seja reconhecida a violação ao princípio da proporcionalidade quando da aplicação da pena.
>
> Passo à análise dos recursos.
>
> Recurso Ministerial
>
> Requer a modificação do regime prisional, sob o fundamento de que o delito em estudo seria hediondo.

Em que pese o entendimento da Juíza a quo, ao não entender que se trata de delito hediondo, tenho que o delito de atentado violento ao pudor contra menor, em que resta presumido o emprego da violência, a meu ver, trata-se de crime hediondo.

E, restando presumido o emprego da violência, em razão da menoridade da vítima, a jurisprudência já se posicionou:

STF: "O atentado violento ao pudor, tanto na forma simples (art. 214 do CP) como na forma qualificada (art. 223, *caput* e § único, do CP), é considerado crime hediondo, pois o art. 1º da Lei 8.072/90, não faz nenhuma distinção quanto à forma do delito, sendo vedado, assim, em qualquer das hipóteses acima, a concessão de liberdade provisória do agente". – (RT 746/553).

TJSP: "Restando o agente condenado pela prática de atentado violento ao pudor, é vedada a concessão de cumprimento da pena em regime semi-aberto, pois, por tratar-se de crime hediondo, a reprimenda deverá ser cumprida, desde o início, em regime prisional fechado, conforme disposto no art. 2º, § 1º, da lei 8.072/90" – (RT 753/585).

Assim, entendo que o delito telado situa-se no âmbito do art. 1º da Lei 8.072/90, no rol dos hediondos.

Recurso de Aristeu

O apelante pretende sua absolvição.

Extrai-se, visivelmente dos autos, que as provas carreadas são mais do que suficientes a ensejar um decreto condenatório. Restou comprovado e demonstrado durante toda a instrução criminal que Aristeu praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal com a menor V. de S. M.

A vítima V. de S. M., tanto na fase policial (fls. 10) quanto na judicial (fls. 80), foi contumaz em suas afirmações.

Veja-se trecho das declarações à fls. 10:

"[...] que pediu à declarante que sentasse em sua perna, [...] que a declarante sentou no colo de Aristeu e este começou a acariciá-lá passando uma das mãos pela suas pernas e pela região genital e beijando-a no pescoço, no rosto e em sua boca [...]".

E, no interrogatório, à fls. 80, confirmou os fatos:

"[...] que estava indo para a escola quando o réu, seu padrinho acenou com a mão de uma construção chamando a declarante que atendeu [...] e entrando de imediato o padrinho disse: 'senta aqui no meu colo' pegando me seus braços e sentando-a no colo. Sem dizer nada o réu passou a beijar a declarante por diversas vezes no rosto, próximo da boca e a passar a mão na região da vagina, sobre a roupa [...]".

Ora, ficou evidenciada nos autos a ação vexatória ao pudor praticada com a vítima.

A propósito de que a menor inventaria ou imaginaria toda uma estória dessas não prospera. Ela descreveu minuciosamente a conduta auferida pelo apelante.

Ressalto que o atentado violento ao pudor trata-se de crime que, necessariamente, não deixa vestígios e, consoante a declaração prestada pela menor, vejo que está eivada de credibilidade, já que nos crimes contra a liberdade sexual a palavra da vítima é fundamental para a elucidação dos fatos.

Os nossos Tribunais, assim, já consolidaram:

"Os crimes contra os costumes são, geralmente, praticados na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, razão pela qual tem valor probatório, o depoimento da vítima menor, se harmônico e coerente com as demais declarações constantes dos autos". – (RT 673/353).

TJSC: "As declarações da vítima, ainda que menor, goza de presunção de veracidade nos crimes contra os costumes, porquanto, tais delitos, via de regra, são cometidos na clandestinidade, na presença unicamente de seus protagonistas, razão pela qual tomam vulto, se coerentes e em harmonia com outros elementos de convicção existentes nos autos". – (JCAT 98/363).

Embora, o apelante tenha negado, a todo o momento (fls. 27/28 e 69), a prática libidinosa, vejo que as alegações não merecem guarida, visto que os depoimentos das demais testemunhas demonstram que o delito realmente ocorreu.

A professora de V. de S. M., M. M. K., assim declarou (fls. 82):

"[...] é professora da vítima e no dia dos fatos entrou na sala e viu aquela chorando e perguntada não respondeu, tendo a colega, Mikaele, respondido que era porque o padrinho ou tio tinha dado um beijo ou queria um beijo [...] que acompanhou a diretora e a menina até sua casa quando passaram as informações dadas por Mikaele àquela [...]".

A amiga M. de O. A., à fls. 19, assim afirmou:

"[...] que encontrou V. de S. M. na entrada da Escola, sendo que V. de S. M. estava chorando e chamou a declarante e contou-lhe que seu padrinho havia mexido com ela e lhe dado um beijo na boca [...]".

De tal modo, não há falar em desclassificação do delito de atentado violento ao pudor por uma das condutas previstas nos arts. 61 e 65, do Decreto-Lei 3688/41 – Lei das Contravenções Penais.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ministerial e nego provimento ao recurso de Aristeu Lopes do Nascimento.

O Sr. Des. Gilberto da Silva Castro (Revisor)

Mantenho a decisão quanto à pena, porque o MP apenas está requerendo modificação do regime prisional, então não posso estender a pena, prejuízo da defesa. Quanto ao regime, realmente trata-se de crime hediondo e a pena foi fixada no mínimo legal, mantenho o quantum fixado na sentença e dou provimento ao recurso ministerial.

O Sr. Des. Carlos Stephanini (Vogal)

Eu ouvi a sustentação oral e o voto do relator e o do revisor no qual houve referência expressa ao depoimento da menor na fase do inquérito e principalmente em juízo.

Na sustentação oral foi demonstrado que a condenação decorreu da palavra da menor e pelo depoimento constante no voto do relator, não vejo como condenar o acusado pelo crime de atentado violento ao pudor, pois a própria menor falou que o padrinho colocou-a no colo, beijou-a no rosto e apalpou a sua região genital por cima da roupa. Condenar uma pessoa casada, com família, com tradição, a seis anos de reclusão no regime integralmente fechado, com base exclusivamente na palavra da vítima, a qual relata o fato dessa forma, entendo temerário, por isso acolho o recurso de apelação de Aristeu

> Lopes, para desclassificar o crime de atentado violento ao pudor, para a contravenção de importunação à menor, ante o princípio da razoabilidade, tendo em vista, inclusive, o depoimento da menor.
>
> Dou provimento ao recurso de Aristeu, para desclassificar o crime de atentado violento ao pudor, para a contravenção de importunação à menor, improvendo o recurso ministerial.
>
> DECISÃO
>
> Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:
>
> NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DE ARISTEU LOPES DO NASCIMENTO, POR MAIORIA, CONTRA O VOTO DO VOGAL QUE O PROVIA. DADO PROVIMENTO AO RECURSO DO MP, TAMBÉM POR MAIORIA, CONTRA O VOTO DO VOGAL.

De início, verifica-se que, já no recurso de apelação, um dos integrantes do órgão julgador, Des. Carlos Stephanini, demonstrou relevante grau de dúvida acerca da configuração da conduta, mesmo não fazendo digressões mais aprofundadas acerca dos fatos e das provas (f. 197), e, por conta disso, votou pela desclassificação da conduta.

Independentemente dessa observação, a condenação não derivou de provas seguras, tendo em vista que não houve nenhuma testemunha presencial que confirmasse a versão da vítima.

Portanto, os elementos de prova referidos tanto na sentença quanto no acórdão que a confirmou, são os seguintes: declarações de V. de S. M. (f. 41/42 e 110/111), M. H. de S., sua genitora (f. 107/108), M. M. K., sua professora (f. 112), e M. de O. A., amiga da vítima (f. 50, extrajudicial).

Com exclusão da vítima, nenhuma testemunha acima referida presenciou o fato ou mesmo qualquer comportamento que pudesse ensejar esse tipo de desconfiança, no sentido de que o requerente tivesse manifestado desejos ou carícias foram do comum.

Nos julgamentos até então realizados, deu-se mais ênfase às declarações da ofendida, o que em geral é relativamente normal, tendo em vista que crimes contra a dignidade sexual são cometidos, via de regra, em situações ocultas.

Entretanto, isso não quer dizer que os depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa devam ser desprezados, sem nenhuma razão objetiva.

No presente caso, a testemunha M. I. H. do N., informou que, por ser esposa do réu, *"nunca soube de qualquer tendência deste ao adultério ou interesse sexual por meninas ou qualquer promiscuidade por parte dele"* e que *"Na última vez em que a menina compareceu em sua casa comentou com a empregada que iria pedir um celular para o padrinho e na hora de levarem aquela para casa ela chegou a pedir quando o réu disse que não iria lhe dar tal presente"* (f. 109).

Uma testemunha citada pela acusação, M. de O. A., a despeito de ter mencionado que V. de S. M. declarou ter sido beijada pelo requerente, na fase policial, mudou parcialmente suas declarações em juízo, dizendo agora o seguinte:

> Nunca foi para a escola com V. de S. M. e portanto não sabe se algum homem chamou aquela para entrar na construção. No dia do fato encontrou com V. de S. M. na escola e esta chorava tendo dito que seu padrinho tinha lhe dado um dinheiro, pelo que a declarante chamou a professora Marta. [...]

> Não presenciou quando V. de S. M. conversou com a professora Marta. Os alunos perguntavam para a V. de S. M. porque tinha chorado, mas ela ficava quieta. A declarante perguntou para a Viviane a respeito do choro, mas esta não dizia nada, ou melhor dizia que não queria tocar no assunto. (f. 114). (grifos não originais)

O depoimento acima transcrito deveria ser um espelho do que declarou a professora Marta, mas, ao contrário disso, houve grande contradição, senão veja-se (f. 112):

> É professora da vítima e no dia dos fatos entrou na sala e viu aquela chorando e perguntada não respondeu, tendo a colega, Mikaele, respondido que era porque o padrinho ou tio tinha dado um beijo ou queria um beijo. Deu um copo de água para a menina e encaminhou-a para a diretoria, momento em que já não chorava mais. Logo voltou e assistiu aula normalmente. (grifos não originais)

V. de S. M., por outro lado, contradisse a declaração de Mikaele, ao afirmar que elas foram juntas para a escola e ficou próxima da construção onde se encontrava o requerente, na data dos fatos (f. 110), o que mais ressalta o desencontro das histórias.

A contradição é patente e relevante, pois Mikaele e Marta foram as primeiras pessoas que souberam dos fatos, segundo a narração da vítima. Ora, se Mikaele não presenciou a conversa entre V. de S. M. e Marta sobre os fatos, como ela poderia ter relatado esses mesmos fatos à referida pessoa (Marta)? Além disso, se V. de S. M. não disse nada sobre beijos ou carícias para sua colega Mikaele, como a professora Marta poderia saber disso? As fontes da professora acerca dos fatos são duas declarações que se excluem completamente.

Portanto, os principais elementos de prova que poderiam corroborar com a alegação da vítima não apresentam o convencimento mínimo sobre os fatos narrados na denúncia, muito pelo contrário, há a evidente contradição nos seus termos, especialmente no que diz respeito ao modo como as informações teriam sido obtidas entre as referidas testemunhas.

Somente essas dúvidas seriam o bastante para impedir o julgador de proferir um juízo condenatório.

Todavia, o requerente ainda produziu uma prova considerável em seu favor, consubstanciado no depoimento prestado por O. B. G. (f. 581/582):

> [...]
>
> JUIZ: O senhor sabe alguma coisa sobre o Senhor Aristeu, segundo consta ele foi processado alguns anos atrás, por um crime sexual que ele teria cometido, contra Viviane de Souza Machado (ininteligível) e é ininteligível) no dia 22 de maio de 2003.
>
> DEPOENTE: Sim, senhor.
>
> JUIZ: Tá. Segundo consta ele teria praticado um ato libidinoso com ela, diverso da conjunção carnal. O senhor presenciou o fato ou não?
>
> DEPOENTE: Sim.
>
> JUIZ: Presenciou o fato? E o que o senhor viu?
>
> DEPOENTE: Para mim foi tudo normal.
>
> JUIZ: O que que é normal para o senhor? O quê que o senhor viu exatamente?

DEPOENTE: Do jeito que ela chegava de dia, passava ali no colégio era bem de frente, do jeito que ela chegava, chegou neste último dia que ela esteve lá, que foi causada toda essa tragédia né, aí eu vi que ela chegou, pediu o dinheiro para ele.

JUIZ: Ele estava onde?

DEPOENTE: Ele estava na obra.

JUIZ: E aí ela passou na obra?

DEPOENTE: Passou que o colégio era ali em frente da obra, né?

JUIZ: O senhor viu ela saindo do colégio, e passando na obra?

DEPOENTE: Não, ela não saiu do colégio, ela veio diretamente da casa, passou na obra, pediu dinheiro para ele entrar e aí ia para o colégio que era bem em frente, né.

[...]

JUIZ: Aí ela estava indo para o colégio, e passando na obra?

DEPOENTE: Estava. Ele deu o dinheiro para ela, e ela foi...

JUIZ: E isso o senhor estava próximo, onde o senhor estava ali?

DEPOENTE: Estava próximo, eu estava dentro da casa.

JUIZ: O senhor estava trabalhando na obra?

DEPOENTE: Trabalhando na obra, eu trabalhava para ele nessa época.

JUIZ: O senhor trabalhava para ele? Na época?

DEPOENTE: Sim, senhor.

JUIZ: E o senhor viu tudo que aconteceu entre os dois ali?

DEPOENTE: Com certeza.

JUIZ: Então, gostaria que o senhor contasse para mim, o que exatamente o senhor viu que aconteceu.

DEPOENTE: Ela chegou, chegou ali pediu dinheiro para ele, nós estávamos trabalhando ali´, ele: Deus te abençoe.", deu bênção à afilhada dele, né, deu bênção para ele, ele pegou e passou o dinheiro para ela. E ela falou o negócio do celular para ele, aí ele falou assim: "Não, aí você é muito pequena, não vou te dar o celular agora, eu falar com os seus pais.", aí ela falou: "Tá bom, então me dá o meu dinheiro que eu vou.", foi isso que aconteceu, e ela saiu, saiu normal do jeito que ela entrou ela saiu.

[...]

JUIZ: Quem mais estava na construção?

DEPOENTE: Estava um tal de Roberto, que está aqui também junto comigo, estava um tal de... Na hora assim é até difícil de lembrar o nome das pessoas, mas nós estávamos em cinco.

JUIZ: Sei, depois disso ela pegou e foi para o colégio?

DEPOENTE: Foi para o colégio, as amiguinhas dela estavam na frente esperando, na calçada, aí tocou a sirene do colégio lá e elas foram.

JUIZ: Eles não ficaram ali sozinhos, sem ninguém por perto?

DEPOENTE: Não, senhor. Nós estávamos tudo ali do lado ali.

JUIZ: O senhor não viu ele beijá-la?.

DEPOENTE: Não, a única coisa que ele tocou nela, foi nas mãos dela: "Deus te abençoe.", isso aí.

JUIZ: E o senhor sabe porque ela diz (ininteligível) doente, que ele teria tocado no órgão genital dela, que ele teria beijado ela?

DEPOENTE: Isso aí foi a conversa que saiu, né, mas só que naquele dia ali..."

A outra testemunha trazida pelo requerente, R. T., a despeito de estar na obra, não presenciou os fatos, pois estava do lado de fora da obra (f. 585/586); no entanto, informou que a vítima estava normal, na data dos fatos, ou seja, quando saiu da construção no dia mencionado na denúncia.

E mais, referida testemunha confirmou, sem qualquer indicativo de contradição ou tendenciosidade, que o Sr. Osvaldo era quem se encontrava mais próximo de Aristeu na data dos fatos, e que, nas visitas que Viviane realizava, nunca percebeu nada de anormal.

Pela minuciosa análise da Ação Penal nº 014.04.000967-3, 2ª Vara de Maracaju, bem como da Justificação nº 0012528-34.2011.8.12.0014, 1ª Vara de Maracaju, evidencia-se que a condenação do requerente pela prática do crime de atentado violento ao pudor, previsto no art. 214, c/c art. 224, ambos do CP - que atualmente é uma das condutas do delito de estupro, art. 213, do CP -, está lastreada em elementos de prova altamente duvidosos, impondo-se, consequentemente, a absolvição do acusado, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, contrariando o parecer, julgo procedente a Revisão Criminal proposta por *Aristeu Lopes do Nascimento*, para reformar a decisão proferida nos autos de n.º 014.04.000967-3 e confirmada pelo acórdão prolatado na Apelação nº 2005.006214-6, absolvendo-o do crime previsto no art. 214, c/c art. 224, ambos do CP, com redação anterior à Lei nº 12.015/09, com fundamento no art. 386, VII, do CPP.

Comunique-se o Juízo da Execução Penal, imediatamente, independente de publicação de acórdão.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes(2º Vogal)

Acompanho o voto do relator e revisor.

O Sr. Des.Carlos Eduardo Contar (3º Vogal)

Após ler os memoriais e atentar que era dita prova nova, conheço da revisional e passei a lê-lo com bons olhos. Já que se tratava de provas novas, produzidas exatamente naqueles termos que tanto nós acompanhamos da necessidade da justificação judicial, feita perante um juiz, com contraditório etc.

Parecia-me que chegaria aqui com uma decisão, com um outro convencimento. No entanto, confrontando esses depoimentos, analisando-os friamente, percebo que, com todo respeito, parece-me depoimentos no mínimo muito estranhos, estas duas testemunhas ora trazidas não foram arroladas, obviamente num primeiro momento.

Elas já não seriam a rigor uma prova nova, apenas testemunhas outras, que poderiam e deveriam ter sido arroladas na ocasião, e não foram, um dos cincos trabalhadores na obra foram arrolados, esses dois não foram e trazem detalhes nove anos depois, o fato se deu em 2003 e nós estamos em 2012.

Eles trazem detalhes de horas, do numerário que era presenteado, entregue a esta menina, o tempo em que ela permaneceu lá, tudo isso se lembram nove anos depois como se fosse algo extremamente importante, como se tivesse marcado a vida deles, imagine nós todos que trabalhamos, se vamos nos lembrar que um dia em uma determinada sessão de julgamento, há nove anos atrás, quem estava ou não, quem falou ou deixou de falar, o que aconteceu ou como estava vestido.

Com todo respeito, estas testemunhas, apesar de minha boa vontade, parecem-me induzidas, sabe-se lá por quem, a prestarem esse tipo de depoimento tão cheio de minúcias, com detalhes de quando ela chegou, que horas que era, um era tão preciso dizendo que era 12h40min, é uma lembrança, assim, prodigiosa.

E a prova que consta nos autos, o depoimento da vítima, tanto em polícia quanto em juízo, diz que o acusado aqui revisionando, requerente, pediu que a declarante, no caso a vítima, sentasse em sua perna e ela sentou-se no colo de Aristeu e começou a carícia-la, passando uma das mãos em suas pernas, região genital, beijou-a no pescoço, no rosto e em sua boca, isso disse em polícia e em juízo, ela reafirmou que estava indo para a escola quando o réu seu padrinho acenou com a mão de uma construção, chamando a declarante que atendeu e entrando de imediato o padrinho disse: *'sente-se aqui no meu colo',* pegando em seus braços, sentou-a no colo, sem dizer nada o réu passou a beijar a declarante por diversas vezes na boca e a passar a mão em sua vagina, sobre a roupa.

A testemunha é testemunha de época, não é uma outra ouvida quase uma década depois, a testemunha professora da vítima disse que, no dia dos fatos, entrou em sala de aula e viu a vítima chorando e perguntada a mesma não quis falar.

No entanto, uma colega que foi citada, Micaeli, teria respondido que um tio, padrinho da vítima, teria dado um beijo ou queria dar uma beijo na vítima. Ouvida a Micaela e aqui a contradição que o relator levanta, pensa, na verdade, a respeito de que as duas não vieram juntas e as testemunhas não dizem que vieram juntas mesmo, ela estava sozinha. A Micaela afirma que encontrou a V. de S. M. na entrada da escola e que ela estava chorando, chamou a declarante e contou-lhe que seu padrinho havia mexido com ela e lhe dado um beijo na boca.

Fico imaginando, se a vítima era capaz de criar esta história, mesmo se criada fosse, houve uma testemunha na ocasião e não estou dizendo que ela criou, mas houve uma testemunha que confirmou, pelo menos a versão da vítima, que amparou essa versão da vítima e a professora também, uma pessoa responsável, adulta, que presenciou este fato, no tocante ao choro da criança.

Então, estou argumentando isso tudo, para desmerecer estes depoimentos prestados nove anos depois, com uma riqueza de detalhes impressionantes e que o acusado, ora requerente, não se preocupou em trazer à época para os autos.

Portanto, não encontro esta fragilidade tão grande como se disse e indefiro a revisional.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos(4º Vogal)

Na Justificação Judicial, o Ministério Público participou e, quanto a essa questão levantada pelo Des. Contar sobre a memória das testemunhas, ouvidas na Justificação Judicial, até levando em consideração o tempo decorrido, entendo que há pessoas que presenciaram, que não se esquecem dos fatos com facilidade, e que tem boa memória e não tem como contra-argumentar, com todo respeito ao Des. Contar, essas provas. Temos admitido Justificação Judicial nesses casos e, por essa razão, acompanho o relator.

Portanto, julgo procedente a revisional.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (5º Vogal)

Voto para tão somente alterar o regime prisional para o semi-aberto. Realmente surpreendi-me também, em razão desse tempo todo e por que essas testemunhas tão essenciais não foram ouvidas há dez anos atraz? É estranho demais isso. Hoje, depois de todos os recursos que foram impetrados e foram negados, ele vem como revisão criminal e nós vamos esquecer tudo que foi processado para acolher dois depoimentos estranhos, pois estão o absolvendo. Como ele foi condenado há seis anos de reclusão, dou parcial procedência ao pedido da revisão, tão somente para alterar o regime prisional para o semi-aberto, mesmo porque, quando da condenação, não havia ainda a lei nova de 2009.

Portanto, concedo o semi-aberto para o réu.

O Sr. Juiz. Francisco Gerardo de Sousa (6º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E EM PARTE COM O PARECER, JULGARAM PROCEDENTE A REVISÃO CRIMINAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE A 1ª VOGAL.

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, Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos, Manoel Mendes Carli e Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 10 de abril de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 2012.014391-2 - Mundo Novo
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – AMEAÇA – DENÚNCIA APRESENTADA – AGENDAMENTO COMPULSÓRIO DA AUDIÊNCIA PREVISTA NO ART. 16, DA LEI Nº 11.340/06 – IMPOSSIBILIDADE – ATO QUE SOMENTE PODE SER PRATICADO MEDIANTE PROVOCAÇÃO DA VÍTIMA – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA O INTERESSE INEQUÍVOCO DA VÍTIMA EM DAR PROSSEGUIMENTO À AÇÃO PENAL – ILEGALIDADE – RECURSO PROVIDO.

A audiência prevista no art. 16, da Lei nº 11.340/06, não é obrigatória, sendo ilegal a sua designação compulsória. Precedentes do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 4 de junho de 2012.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

O *Ministério Público Estadual* interpõe Recurso em Sentido Estrito, inconformado com a decisão (fls. 77) que rejeitou a denúncia ofertada em face de *Cleomar Canali,* pela suposta prática do delito previsto no art. 147, do Código Penal (ameaça), em virtude da retratação da representação da ofendida em audiência marcada compulsoriamente pelo magistrado.

O Ministério Público Estadual, em suas Razões Recursais (fls. 82/101), em síntese, afirma que a audiência para o fim do art. 16, da Lei Maria da Penha não é obrigatória, sendo, portanto, ilegal quando marcada compulsoriamente. Pugna, assim, pela reforma da sentença que extinguiu a punibilidade do acusado com o prosseguimento do feito. Prequestiona-se o artigo 16, da Lei n.º 11.340/06, e os artigos 1.º, III, 5.º, XLI e § 2º, todos da Constituição Federal.

O apelado, em suas Contrarrazões Recursais (fls. 108/115), requer o improvimento do recurso ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu Parecer (fls. 122/124), opina pelo provimento do recurso ministerial.

VOTO

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

O *Ministério Público Estadual* interpõe Recurso em Sentido Estrito, inconformado com a decisão (fls. 77) que rejeitou a denúncia ofertada em face de *Cleomar Canali,* pela suposta prática do delito previsto no art. 147, do Código Penal (ameaça), em virtude da retratação da representação da ofendida em audiência marcada compulsoriamente pelo magistrado.

O Ministério Público Estadual, em suas Razões Recursais (fls. 82/101), em síntese, afirma que a audiência para o fim do art. 16, da Lei Maria da Penha não é obrigatória, sendo, portanto, ilegal quando marcada compulsoriamente. Pugna, assim, pela reforma da sentença que extinguiu a punibilidade do acusado com o prosseguimento do feito. Prequestiona-se o artigo 16, da Lei n.º 11.340/06, e os artigos 1.º, III, 5.º, XLI e § 2º, todos da Constituição Federal.

O apelado, em suas Contrarrazões Recursais (fls. 108/115), requer o improvimento do recurso ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu Parecer (fls. 122/124), opina pelo provimento do recurso ministerial.

Consta na denúncia que:

> No dia 17 de julho de 2010, aproximadamente as duas horas, na Av. Brasil, em frente o estabelecimento comercial denominado Gráfica Olímpica, centro, nesta cidade, Cleomar Canali, ciente da ilicitude de sua conduta, ameaçou sua ex-companheira Marciele Raimondi de morte: Puta. Biscate. Filha da Puta. Vou te matar. segundo a vítima, o acusado, após insistentes ligações telefônicas, arrombou o portão de sua casa e invadiu a residência, proferindo ameaças de morte e palavras de baixo calão. O acusado agride e ameaça a vítima reiteradamente.

Na fase policial, foi colhido o depoimento da vítima que declarou expressamnete o desejo de representar contra o agressor (fl. 9), requerendo, inclusive, medidas protetivas de urgência (fl. 10), sendo determinado pelo juízo a proibição de aproximação e contato (fl. 38).

À fl. 31, o magistrado de primeira instância, de ofício, determinou a intimação da vítima para se manifestar, invocando o art. 16, da Lei 11.340/06.

A vítima, devidamente intimada (fl. 41/42), não compareceu em juízo (fl. 43). Foi redesignada nova audiência, a qual não foi realizada em virtude de licença médica justificada pelo magistrado (fl. 61).

O Ministério Público Estadual, tendo em vista o descumprimento reiterado das medidas protetivas pelo acusado, requereu a prisão preventiva deste para garantir a integridade física da vítima (fls. 62/76).

O magistrado *a quo,* em face do não comparecimento da vítima na audiência compulsoriamente designada por ele, deixou de receber a denúncia por ausência superveniente de condição de procedibilidade, julgando extinta a punibilidade, e por consequencia desta decisão, deixou de analisar o pedido de prisão preventiva (fl. 77).

Contra esta decisão que se insurge o representante ministerial, pugnando pela sua reforma com a conseguinte retomada do feito.

De fato, assiste-lhe razão. Conforme entendimento que venho adotando em casos semelhantes, não existe regra processual que imponha a realização de audiência preliminar, pois o art. 16, da Lei Maria da Penha deve ser interpretado em conformidade com os fins a que a norma se destina – dar proteção à vítima e encorajar a sua reação à violência – e com a lógica dos processos em que a ação penal é pública condicionada à representação.

A despeito de ser repetitivo, torna-se relevante analisar o texto do referido dispositivo legal, que será dividido em duas partes, a fim de permitir a compreensão de um modo coerente, e não da maneira invertida. Confira-se o o teor do art. 16, *verbis*:

> Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que se trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz (1), em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público (2).

A leitura do artigo, dando-se ênfase à segunda parte, enseja a interpretação no sentido de que faz parte do procedimento relativo aos crimes cometidos com violência no âmbito doméstico a "fase processual" chamada audiência preliminar.

Esse entendimento é que tem levado à designação automática de audiência para a oitiva da vítima, com o objetivo de saber se a condição de procedibilidade – representação – será confirmada pela ofendida.

A renúncia da ofendida é ato que somente a ela interessa; assim, o artigo supracitado regula o modo como a vítima deve proceder para adiantar o término do processo, se assim desejar.

Desse modo, a primeira parte do artigo diz respeito à excepcionalidade do ato de retratação, que deve ser realizado mediante a iniciativa da ofendida, e não do juiz, antes do recebimento da denúncia; a segunda parte do dispositivo legal apenas especifica como o juiz deve realizar a regularidade da retratação da vítima.

Portanto, somente pela leitura da norma jurídica em questão, verifica-se que não há, em nenhum momento, autorização para que o juiz designe a audiência *ex officio,* como se este ato fizesse parte da marcha normal do processo, até porque a Lei Maria da Penha não teve o condão de alterar substancialmente o processo penal.

Uma vez oferecida a denúncia, a vítima – ciente de que representou contra o acusado – somente poderá renunciar antes do seu recebimento; a análise superficial dessa afirmação poderá levar o intérprete a entender que há uma contradição no sistema processual, pois seria inconcebível que a condição de procedibilidade pudesse ser revogada (por meio da renúncia) após o oferecimento da inicial acusatória, tendo em vista o teor dos artigos 24, 25 e 42, todos do CPP:

> Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.
>
> [...]
>
> Art. 25. A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.
>
> [...]
>
> Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal (grifos não originais)

E essa hipótese – a da impossibilidade de retratação após o oferecimento da denúncia – é válida para os casos em que não se tratar de crimes cometidos com violência doméstica, ou seja, a regra geral é no sentido de que *"Só é possível até a apresentação da inicial acusatória na escrivania ou na distribuição, pois após este ato, a representação é irretratável (art. 25 do CPP c/c art. 102 do CP)"*, mas no caso de delitos ocorridos no ambiente doméstico, a lei *"altera o marco de admissão, comportando a retratação até antes do recebimento da denúncia"*[1].

Desse modo, o art. 16, da Lei Maria da Penha deve ser interpretado sistematicamente com os demais dispositivos contidos no Código de Proceso Penal, resolvendo-se o conflito aparente de normas acima descrito pelo critério da especialidade.

Por essa razão, a fórmula geral do procedimento comum sumário - nos casos de ação pública condicionada à representação - permite que a vítima se retrate até o oferecimento da denúncia, consagrando o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, haja vista que a atuação do Ministério Público foi iniciada perante o Judiciário.

Com a edição da Lei nº 11.340/06, houve apenas a alteração dessa regra geral, ampliando-se o momento em que a vítima pode renunciar, mesmo já tendo sido proposta a denúncia; trata-se de uma mitigação ao princípio da indisponibilidade, visando dar relevo aos princípios constitucionais da proteção à família e da isonomia.

Portanto, se por um lado, a Lei Maria da Penha possibilitou o abrandamento da regra da irretratabilidade da representação da vítima após o oferecimento da denúncia, visando protegê-la da violência a que fica exposta nesses casos, de outro vértice não autorizou o juiz a designar audiência sem a prévia manifestação de vontade da ofendida.

Como foi dito anteriormente, tem-se invertido o modo de aplicação da norma contida no art. 16, da Lei nº 11.340/06, porquanto referido comando legal deve ser traduzido da seguinte forma: 1) se a vítima pretender se retratar, deverá procurar o Poder Judiciário para este fim até o recebimento da denúncia; 2) se assim o fizer, o juiz designará audiência para averiguar a regularidade da renúncia à retratação.

Verifica-se que as primeiras decisões a respeito do tema adotaram o viés completamente oposto ao seu sentido, entendendo que, para a verificação da real intenção da vítima em prosseguir com a persecução penal do ofensor, o magistrado busca a realização de audiência preliminar.

Conforme a explanação feita sobre a interpretação do aludido dispositivo legal, verifica-se que o ato ilegal do magistrado, aqui materializado no agendamento compulsório da audiência preliminar, tem aptidão para ferir não só o direito da vítima em manifestar ou não (por iniciativa própria) o seu interesse na continuidade do processo, mas também pode atingir o direito do impetrante, consistente no exercício da titularidade da ação penal pública.

Recentemente, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº RMS 34607/MS, 5ª Turma, rel. Min. ADILSON VIEIRA MACABU, interposto contra acórdão proferido pela Seção Criminal desta Corte Estadual, o STJ confirmou a predominância do entendimento segundo o qual a audiência prevista no art. 16, da Lei nº 11.340/06, não é obrigatória, muito menos condição de procedibilidade da ação penal.

1 TÁVORA, Nestor; ROSMAR A. R. C. DE ALENCAR. Curso de direito processual penal, 2 ed., Salvador:Editora Podium, 2009, p. 130.

No caso em análise, como bem ressaltado pelo recorrente, a decisão proferida pelo magistrado só aumenta o descrédito da ofendida em relação à justiça, tendo em vista que a análise do conjunto probatório só nos leva a crer que ela tem, e muito, interesse na punição do agressor, *in verbis:*

> [...] para fundamentar sua decisão, o juízo a quo utilizou-se de declaração da mãe da vítima relatando que sua filha nem registra mais ocorrências policiais, bem como não demonstra interesse nos processo judiciais, considerando tal declaração como uma prova do desinteresse da vítima. A utilização de declaração de terceira pessoa para alegar o desinteresse da vítima é inadimissível, pois este é pessoal. Além disso, a frase isoladamente possibilita a interpretação judicial atacada, mas analisada em conjunto com o inteiro teor do depoimento demonstra o descrédito da vítima nas instituições de segurança pública, pois continua sendo vítima de violência constantemente sem que nenhuma providência eficiente seja tomada (o não recebimento da denúncia, a falta de análise da prisão preventiva e a revogação da medida cautelar de não aproximação, em função do arquivamento do apenso, demonstra que o descrédito da vítima com a justiça não é ilusório). Também causa perplexidade que o restante do depoimento da mãe da vítima tenha passado despercebido na decisão de fl. 77.: [...] Além disso, as situações narradas pela mãe da vítima são comprovadas nos autos. A certidão de antecedentes de fls. 66/67 demonstra as reiteradas agressões (inclusive o porte de arma), processo nº 016.11.001667-5). E ainda, a cópia do boletim de ocorrência em anexo (fls. 73/74), realizado no dia 7 de outubro de 2011, demonstra que a vítima tem interesse na punição do agressor, buscando os meios judiciais cabíveis. (Grifo nosso – fls. 91/92)

Portanto, o magistrado, ao receber os autos para o despacho inicial, não está autorizado a designar qualquer tipo de audiência, salvo se houver até esse momento a manifestação da vítima nesse sentido, mormente quando, como no presente, fica demonstrado a intenção inequívoca da vítima em dar continuidade à ação penal.

Por último, deve ser esclarecido, que, diversamente dos argumentos da Procuradoria-Geral de Justiça, o julgamento proferido na Adin 4.424, do STF, não atribuiu para todos os processos envolvendo delitos praticados no âmbito das relações domésticas, a natureza de ação penal pública incondicionada, pois o dispositivo constante no voto do relator, Min. Marco Aurélio, é no seguinte sentido:

> Logo, a declaração, como já ocorreu, da constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/06, a estampar a não incidência da citada lei, afasta a previsão de que a ação relativa ao crime do art. 129 do Código Penal é pública condicionada, mas, já agora em processo objetivo – cuja decisão irradia-se extramuros processuais -, para expungir quaisquer dúvidas, resta emprestar interpretação conforme à Carta da República aos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei nº 11.343/06, para assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão dessa última. É como voto na espécie. (grifos não originais)

Portanto, a interpretação conforme à Constituição realizada pelo STF, na Adin 4.424, não abrange o crime de ameaça, por exemplo, conforme consta no trecho do voto acima referido, *in verbis*: *"Vale frisar que permanece a necessidade de representação para crimes versados em leis diversas da Lei nº 9.099/95, tais como o de ameaça e os cometidos contra os costumes"* (Grifos não originais)

Diante o exposto, acompanhando o parecer, dou provimento ao recurso ministerial, para anular a decisão de fl. 77, determinado-se o prosseguimento regular do processo, e a análise pelo magistrado de primeira instância do pedido de decretação da prisão preventiva do acusado (fls. 62/76).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

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, 4 de junho de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 2011.016262-7 - Amambai
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – EXCESSO DE LINGUAGEM – NÃO OCORRÊNCIA – DECLASSIFICAÇÃO PARA OUTRO QUE NÃO SEJA DO TRIBUNAL DO JÚRI – PROCESSAMENTO DO FEITO NOS TERMOS DA DENÚNCIA – RECURSO PROVIDO.

Compulsando-se a sentença de pronúncia, não há que falar em excesso de linguagem.

Havendo indícios de que o recorrente e seu comparsa, que já foi condenado pelo crime de tentativa de latrocínio, sendo confirmada a decisão neste Egrégio Tribunal, praticaram a mesma conduta, qual seja, utilizar-se de violência para a subtração de bens pertencentes à vítima, a sentença de pronúncia deve ser desclassificada para o crime descrito na exordial.

Assim, não agiu corretamente o magistrado ao aplicar a regra da *emendatio libelli*, devendo o acusado ser processado pelo delito descrito na denúncia, capitulado no art. 157, § 2º, inciso II c.c § 3º, 2ª parte, c.c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em parte com o parecer, rejeitar a preliminar e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 23 de abril de 2012.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Isael Franco contra a decisão que o pronunciou pelo art. 121, § 2º, incisos II c.c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Em razões recursais as fls. 140-148, sustenta que a linguagem utilizada na sentença de pronúncia extrapolou os limites de "mero juízo de admissibilidade da ação", devendo ser anulada. No mérito, o recorrente alega que agiu tão somente em legítima defesa e que de acordo com o laudo de exame de corpo de delito não houve risco de morte, não havendo intenção de matar. Assevera ainda que a qualificadora motivo fútil deve ser afastada.

Contrarrazões do Ministério Público pelo não provimento do recurso (fls. 153-163).

Parecer da Procuradoria de Justiça pela manutenção da decisão de pronúncia (fls. 169-176)

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Isael Franco contra a decisão que o pronunciou pelo art. 121, §2º, incisos II c.c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Preliminarmente, o recorrente sustenta que a linguagem utilizada na sentença de pronúncia extrapolou os limites de "mero juízo de admissibilidade da ação", devendo ser anulada.

Como se sabe, a sentença de pronúncia deve ser redigida em linguagem serena, o juiz não pode antecipar-se ao julgamento do Tribunal do Júri com uma interpretação definitiva.

No caso, o magistrado *a quo* teve que fundamentar a *emendatio libelli* e consequente decisão de pronúncia, contudo, não incorreu em excesso de linguagem quanto à sentença de pronúncia, vejamos:

> A materialidade da tentativa de homicídio está consubstanciada no auto de prisão em flagrante (f. 6-10) e exame de corpo delito (f. 54-5). Os indícios de autoria estão presentes no auto de prisão em flagrante (f.6-8), de reconhecimento (f. 25), além da confissão do acusado (f. 96 e 100-1). Em seu interrogatório Isael Franco contou ter lesionado a vítima [...]. Os elementos de prova acima detalhados indicam a possível autoria do delito em tela. Estes indícios são suficientes à pronúncia. A alegada legítima defesa não veio cabalmente demonstrada e deve ser apreciada em plenário do Júri, pois apenas a palavra do acusado neste sentido, sem olvidar que a vítima não foi localizada, logo, sem a prova robusta e extreme de dúvidas da agressão injusta, iminente ou atual não há se falar em excludente de antijuridicidade nesta fase. A dúvida se resolve em favor da sociedade com a pronúncia e apreciação da matéria em plenário. A qualificadora do motivo fútil (discussão de ébrios sobre bebida) também deve ser apreciada pelo Conselho de Sentença, pois conforme os relatos acima, aparentemente, foi a pinga que motivou o ataque. Cabe ao Conselho de Sentença, na exata manifestação de sua soberania constitucional julgar os fatos. Em plenário será possível decidir-se eventual exclusão da qualificadora e legítima defesa. (fls. 130 e 132).

Ademais, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

> [...] se o julgador levar em conta as teses ofertadas pelas partes, refutando-as com equilíbrio e comedimento, mas indo além da mera afirmação da existência do crime e dos indícios de autoria, terá agido com acerto [...]. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.757)

Assim, não há que falar em anulação por excesso de linguagem.

No mérito, o recorrente alega que agiu tão somente em legítima defesa e que de acordo com o laudo de exame de corpo de delito não houve risco de morte, não havendo intenção de matar. Assevera, ainda, que a qualificadora motivo fútil deve ser afastada.

O recorrente Isael Franco e o corréu Misael Franco foram denunciados pela prática da conduta descrita no art. 157, § 2º, inciso II, c.c § 3º, 2ª parte, c.c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Narra a denúncia (fls. 02-03):

> Consta do incluso inquérito policial que, no dia 19 de dezembro de 2009, por volta das 23 h e 50 min., no interior da Aldeia Indígena Amambai, os denunciados supracitados,

> juntamente com a adolescente Rosilene da Costa, atuando com unidade de desígnios, subtraíram para si, mediante violência, coisa alheia móvel pertencente à vítima Eliel Franco, causando-lhe lesões em seu rosto e braço, conforme relator de fl. 05.
>
> Infere-se que a vítima dirigia-se a uma festa no interior da Aldeia, momento em que os denunciados abordaram-na perguntando se a mesma tinha algum dinheiro, respondendo que não, todavia, esta carregava uma garrafa de bebida alcoólica tipo pinga e um maço de cigarros, sendo que os denunciados pediram-lhe a vítima para que lhes entregassem tais objetos, os quais não foram entregues, momento em que os acusados Isael e Misael e sua comparsa ora menor de idade, Rosilene da Costa, sacaram cada um uma arma branca tipo facão e desferiram vários golpes contra a vítima, com o intuito de matá-la a fim de tomarem para si os objetos acima relacionados, só não atingindo seus intentos por razões alheias a suas vontades.
>
> Inclui-se, outrossim, que depois de terem os indiciados e a menor desferido vários golpes de facão contra a vítima e pego algumas coisas da mesma, todos evadiram-se do local, sendo, posteriormente, encontrado e preso apenas o acusado Isael Franco e a menor infratora.
>
> Por fim, verificou-se de todo os apurado que a violência empregada contra a vítima foi para garantir a subtração dos bens pertencentes a esta e a impunidade do crime.

O processo foi desmembrado em relação a Misael Franco (fl. 57).

Misael foi condenado nos termos da denúncia (tentativa de latrocínio). A condenação foi mantida no julgamento da apelação criminal n. 2010.038619-0.

No caso, a mesma conduta é imputada ao recorrente e também ao corréu Misael, não havendo lógica em apontar que somente o recorrente Isael possuía *animus necandi*.

As provas coligidas ao autos demonstram que o acusado não tinha intenção de matar, mas tão-somente, *animus furandi.*

A vítima, na fase extrajudicial, relatou que o acusado e seus comparsas agrediram-no com o intuito de roubar:

> [...] a vítima informa que estava carregando consigo uma (01) garrafa de bebida alcoólica do tipo pinga e um (01) maço de cigarro, que 'GAGA' pediu que entregasse tais objetos, que a vítima disse que não iria entregar, então 'GAGA' começou a desferir golpes de facão na vítima; Que a vítima informa que 'GAGA', Isael e Rosilene estava com armas do tipo facão e começaram a agredi-lo com vários golpes; Que, a vítima informa que após os autores terem roubado a garrafa de pinga e maço de cigarro evadiram-se do local. (fl. 29)

Em delitos contra o patrimônio, a palavra da vítima assume grande relevância, possuindo valor probatório especial.

Rubens Aquino, capitão da aldeia indígena, a fl. 72, descreveu o motivo do delito:

> Ele falou que foi por causa de uma garrafa de cachaça e um cigarro.

Orivaldo Barrio afirmou (fls. 74-75):

> MP: [...] mas aqui tá dizendo que tanto o Misael, quanto o Israel e a Rosilene, no caso, teriam perguntado se ele tinha dinheiro, ele teria respondido que não, o Eliel e então eles passaram a agredi-lo com facão.

Depoente: Passaram.

[...]

MP: E o que é que o Eliel falou para o senhor?

Depoente: O Eliel falou que cortaram ele, né?

MP: Por quê?

Depoente: Ele fala por causa das pingas, né?

Assim, havendo indícios de que o recorrente e seu comparsa, que já foi condenado pelo crime de tentativa de latrocínio, sendo confirmada a decisão neste Egrégio Tribunal, praticaram a mesma conduta, qual seja, utilizar-se de violência para a subtração de bens pertencentes à vítima, a sentença de pronúncia deve ser desclassificada para a infração descrita na exordial.

As poucas provas coligidas na instrução criminal não demonstraram o dolo de matar, não agindo corretamente o magistrado ao aplicar a regra da *emendatio libelli* e consequente pronúncia pelo delito previsto no art. 121, § 2º, inciso II c.c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Nesta esteira, o caminho a ser trilhado é o da escorreita tipificação da conduta penal imputada ao acusado, o que, no caso em análise, enseja a desclassificação do delito capitulado na pronúncia para outro de competência diversa do Tribunal do Júri, narrado na denúncia.

A alteração do delito para outro de competência diversa do Tribunal do Júri não fere a norma constitucional, haja vista que os pressupostos necessários para a caracterização do crime contra a vida não se revelaram, principalmente, considerando os depoimentos da vítima e testemunhas.

Desta feita, fundamentando-se nas provas acostadas aos autos, bem como na conduta do acusado, restou evidenciado que o recorrente deve ser processado pelo delito descrito na denúncia, capitulado no art. 157, § 2º, inciso II c.c § 3º, 2ª parte, c.c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Pelo exposto e em parte com o parecer, rejeito a preliminar e desclassifico o crime da pronúncia para o de tentativa de latrocínio, conforme descrito na exordial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, EM PARTE COM O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 23 de abril de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2012.001904-4 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – CRIME MILITAR – ART. 324 DO CÓDIGO PENAL MILITAR – USO DE VIATURA DA CORPORAÇÃO EM PROVEITO PRÓPRIO – CONDUTA QUE NÃO CONSTITUI CRIME, MAS INFRAÇÃO DISCIPLINAR – RECURSO DA DEFESA PROVIDO PARA ABSOLVER O RÉU.

Oficial que, com autorização prévia, utilizou-se de viatura militar para proveito próprio, consistente em transportar objetos pessoais, age em desconformidade com obrigações e deveres estatutários; conduta comissiva que não é alcançada pela norma do art. 324 do CPM – delito essencialmente omissivo que exige comportamento negligente ou tolerante do agente. Atipicidade da conduta. Absolvição do réu, o qual já mereceu punição disciplinar pelo fato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 4 de junho de 2012.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Carlos José Roledo interpôs recurso de apelação contra a sentença que o condenou ao crime tipificado no art. 324 do Código Penal Militar à pena de um mês de detenção, concedendo-se a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos, mediantes condição de comparecer mensalmente em juízo e não se apresentar em local público embriagado ou ausentar-se da Comarca por mais de 20 dias sem autorização.

Sustenta que a norma do art. 324 do CPM – inobservância de lei, regulamento ou instrução – depende de complementação e o Estatuto da Polícia Militar e o Regulamento Disciplinar não são normas complementadoras para a caracterização do delito em comento e que é inaplicável a Lei de Improbidade Administrativa ao caso.

Alega que não restou demonstrado que o apelante tenha dado causa direta a ato prejudicial à Administração Militar, pois o deslocamento da viatura para o local já era previsto e, além do mais, o agente arcou com as despesas de combustível do veículo – inexistência de prejuízo para a administração militar.

Aduz que a conduta é atípica, que o preceito legal em questão deixa claro que o fato só será objeto de sanção penal se for praticado com negligência ou tolerância, sendo que a defesa afirmou que a conduta do apelante foi imprudente, portanto, não teria ocorrido o aperfeiçoamento da conduta delitiva que lhe é imputada.

Afirma que não existe qualquer regulamentação acerca do uso do caminhão da corporação, não sendo incomum o transporte de alguns objetos nesse veículo, desde que não altere a rota do mesmo e nem importe em gastos para a instituição.

Diz que o fato narrado na denúncia já culminou na aplicação de uma punição disciplinar em desfavor do apelante e que se houve equivoco administrativo na liberação do veículo, tal fato não pode ser imputado ao apelante.

As fl. 708-720 foram apresentadas contrarrazões ao recurso pugnando pela manutenção da sentença em sua integralidade.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, apenas para readequar a pena imposta, de detenção, para suspensão do posto ou graduação, tal como dispõe o art. 324 do CPM.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Consoante relatado, Carlos José Roledo interpôs recurso de apelação contra a sentença que o condenou ao crime tipificado no art. 324 do Código Penal Militar à pena de um mês de detenção, concedendo-se a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos, mediante condição de comparecer mensalmente em juízo e não se apresentar em local público embriagado ou ausentar-se da Comarca por mais de 20 dias sem autorização.

Narra a denúncia que o apelante, ao tomar conhecimento de que o caminhão baú pertencente ao Corpo de Bombeiros viajaria até a cidade de Bonito/MS e em seguida iria até Porto Murtinho, obteve autorização junto ao chefe do almoxarifado – Ten. Vilson Silva – para que o motorista do caminhão trouxesse até Campo Grande dois *freezers* que se encontravam na cidade de Porto Murtinho. Tal conduta culminou em punição administrativa ao apelante – 04 dias de detenção.

Diante desses fatos o apelante foi denunciado pela pratica do crime militar previsto no art. 324 do Código Penal Militar. *In verbis.*

> Art. 324. Deixar no exercício de função, de observar a lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à pratica de ato prejudicial à administração militar.
>
> Pena – Se o fato foi praticado por tolerância, detenção até seis meses; se por negligência, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, de três meses a um ano.

Contudo, a meu ver, a conduta narrada subsume-se às normas disciplinares, não se tratando de crime militar.

O Código Penal Militar em seu art. 19 dispõe que: *"Este Código não compreende as infrações disciplinares."*

O Estatuto dos Policiais Militares do Mato Grosso do Sul, por sua vez, preceitua que "*a violação das obrigações ou dos deveres policiais-militares* ***constituirá crime ou transgressão disciplinar****, conforme disser a legislação ou regulamento específico."* (art. 39 da LC nº 53/1990)

O art. 44 do referido Estatuto dispõe:

> Art. 44. O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar especificará as transgressões disciplinares e estabelecerá as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento policial-militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

O apelante foi punido disciplinarmente pelo comando do Corpo de Bombeiros por, em decorrência dos fatos descritos na denúncia, ter cometido transgressões disciplinares tipificadas nos itens 7, 20, 39, 70 e 114 do Anexo I do Regulamento Disciplinar da Policia Militar de Mato Grosso do Sul (documento de 381-382).

Transcrevo os arts. 13 e 14 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul que dispõe sobre as transgressões disciplinares:

> Título II
>
> Das Transgressões Disciplinares
>
> Capítulo IV
>
> Da Especificação das Transgressões
>
> Art. 13. Transgressão disciplinar é qualquer violação dos princípios da ética, dos deveres e das obrigações policiais-militares, na sua manifestação elementar e simples e qualquer omissão ou ação contrária aos preceitos estatuídos em leis, regulamentos, normas ou disposições, desde que não constituam crime.
>
> Art. 14. São transgressões disciplinares:
>
> I - todas as ações ou omissões contrarias à disciplina policial-militar especificadas no Anexo I do presente Regulamento;
>
> II - todas as ações, omissões ou atos, não especificados na relação de transgressões do Anexo citado, que afetem a honra pessoal, o pundonor policial-militar, o decoro da classe ou o sentimento do dever e outras prescrições contidas no Estatuto dos Policiais-Militares, leis e regulamentos, bem como aquelas praticadas contra regras e ordens de serviço estabelecidas por autoridade competente.

O apelante, como dito, foi punido administrativamente pelas seguintes infrações – descritas no Anexo I do RDPMMS:

> 7 - Deixar de cumprir ou de fazer cumprir normas regulamentares na esfera de suas atribuições.
>
> [...]
>
> 20 - Trabalhar mal, intencionalmente ou por falta de atenção, em qualquer serviço ou instrução.
>
> [...]
>
> 39 - Retirar ou tentar retirar de qualquer lugar sob jurisdição policial-militar material, viatura ou animal, ou mesmo deles servir-se, sem ordem do responsável ou proprietário.
>
> [...]
>
> 70 - Publicar ou contribuir para que sejam publicados fatos, documentos ou assuntos policiais-militares que possam concorrer para o desprestígio da Corporação ou firam a disciplina ou a segurança.

[...]

104 - Autorizar, promover ou assinar petições coletivas dirigidas a qualquer autoridade civil ou policial-militar. (Decreto nº 1.260/81)

Demonstrada a conduta comissiva do apelante, ao pedir e obter autorização para utilização de viatura para o transporte de *freezers* até estabelecimento comercial, não há falar em violação ao art. 324 do CPM, que é delito essencialmente omissivo que exige comportamento negligente ou tolerante do agente.

Assim, entendo que a utilização da viatura oficial do Corpo de Bombeiros em proveito próprio, por ser conduta comissiva, viola obrigações e deveres estatutários, subsumindo-se às normas disciplinares que regem a corporação. Na hipótese, inclusive, o apelante já foi punido disciplinarmente por tal conduta.

Posto isso, contra o parecer, **dou provimento ao recurso da defesa** para absolver o apelante por atipicidade da conduta – art. 439, alínea 'b' do CPPM.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, Francisco Gerardo de Sousa e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 4 de junho de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2012.006098-6 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – AMEAÇA E VIAS DE FATO – LEI MARIA DA PENHA – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – VEDAÇÃO LEGAL E PRECLUSÃO – ABSOLVIÇÃO – IN DUBIO PRO REO – CONDUTAS COMPROVADAS – IMPOSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS CORPORAIS POR RESTRITIVA DE DIREITO – POSSIBILIDADE – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – RAZOABILIDADE – PARCIAL PROVIMENTO.

1. A Lei Maria da Penha vedou expressamente a possibilidade de incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Maior rigor nos delitos relacionados à violência familiar e doméstica contra a mulher.

2. Impossibilidade de absolvição. Conduta demonstrada nos autos.

3. Substituição das penas privativas de liberdade por uma restritiva de direito. Medida socialmente recomendável e razoável para a restituição, prevenção e necessária ressocialização.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em parte com o parecer, rejeitar a preliminar arguida pela defesa, e no mérito, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 4 de junho de 2012.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de apelação criminal interposta por Márcio Máximo Saturnino contra a sentença que o condenou à pena de 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção e 20 dias de prisão simples, em regime aberto, pela prática de condutas descritas no art. 147 do Código Penal e art. 21 da Lei das Contravenções Penais, nos termos da Lei Maria da Penha.

Preliminarmente, pugna pela suspensão condicional do processo, defendendo estarem cumpridos os requisitos descritos no art. 89 da Lei nº 9.099/95.

No mérito, pugna pela absolvição, sob o fundamento de que não foi suficientemente demonstrada a autoria, devendo ser aplicado o princípio in dubio pro reo. Subsidiariamente, requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Sustenta que não há vedação na Lei nº 11.340/06.

Prequestiona a matéria exposta. (fls. 132- 157)

O Representante Ministerial manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do apelo. Acolhidas as teses defensivas, prequestiona os mesmos tópicos suscitados pela Defensoria Pública: a suspensão condicional do processo em ações referentes à Lei Maria da Penha, a aplicação do princípio in dubio pro reo e a possibilidade de substituição da pena. (fls. 160-170)

A Defensoria Pública da Mulher contrarrazoou no mesmo sentido. (fls. 173-182)

A Procuradoria de Justiça apresentou parecer opinando pela rejeição da preliminar e não provimento do recurso defensivo e do prequestionamento. Sendo provido, requereu seja considerado procedente o prequestionamento do Representante Ministerial. (fls. 190-200)

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

O pleito preliminar, de suspensão condicional do processo, não comporta acolhimento. Isso porque a suspensão não é cabível nos casos de violência doméstica contra a mulher, nos termos da Lei Maria da Penha, que expressamente afastou a possibilidade de incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95). Referida lei, em seu art. 41, assim dispõe:

> Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Assim, entendo que o afastamento dos institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95 para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher inclui os institutos da transação penal (art. 76) e da suspensão condicional do processo (art. 89), ambos da referida lei.

Em relação ao art. 41 da Lei Maria da Penha, ensina Guilherme de Souza Nucci:

> [...] os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não são de menor potencial ofensivo, pouco importando o quantum da pena, motivo pelo qual não se submetem ao disposto na Lei 9099/95. Embora severa, a disposição do art. 41, é constitucional. Em primeiro plano, porque o art. 98, I, da Constituição Federal, delegou a Lei a conceituação de infração de menor potencial ofensivo e as hipóteses em que se admite a transação. Em segundo lugar, pelo fato de se valer do princípio da isonomia e na da igualdade literal, ou seja, deve-se tratar desigualmente os desiguais. Em terceiro prisma, esse é o resultado, em nosso ponto de vista, da má utilização pelo Judiciário, ao longo do tempo, de benefício criado pelo legislador. Em outros termos, tantas foram as transações feitas, fixando, como obrigação para os maridos ou companheiros agressores de mulheres no lar, a doação de cestas básicas (pena inexistente na legislação brasileira), que a edição da Lei 11340/2006 tentou, por todas as formas, coibir tal abuso de brandura, vedando a 'pena de cesta básica', além de outros benefícios (art. 17 desta Lei), bem como impondo a inaplicabilidade da Lei 9.099/95.[1]

Nesse vértice, trago a jurisprudência:

> *HABEAS CORPUS*. ART. 21 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.099/95. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 41 DA LEI 11.340/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 884.

> 1. A Constituição Federal, em seu art. 98, inciso I, não definiu a abrangência da expressão 'infrações de menor potencial ofensivo', isto é, coube ao legislador ordinário estabelecer o alcance do referido conceito que, considerando a maior gravidade dos crimes relacionados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, decidiu tratar de forma mais severa as referidas infrações, afastando, no art. 41 da Lei nº 11.340/06, independentemente da pena prevista, a aplicação dos institutos previstos na Lei nº 9.099/95, quais sejam, a suspensão condicional do processo e a transação penal.
>
> 2. Na hipótese vertente, o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 21 da Lei das Contravenções Penais, pela prática de agressão à sua ex-companheira. Logo, por expressa vedação legal, não há como se aplicar o instituto da suspensão condicional do processo.
>
> 3. Ordem denegada. (HC 184863/MS - STJ - QUINTA TURMA – RELATOR MINISTRO JORGE MUSSI – JULGAMENTO 06/03/2012)

Não obstante a impossibilidade da suspensão condicional do processo, em função da vedação expressa do art. 41 da Lei n. 11.340/06, a arguição de tal medida descriminalizadora encontra-se preclusa, eis que no momento oportuno já foi indeferida ao réu (flS. 116-117), advindo sentença condenatória.

Quanto ao mérito, o apelante sustenta que deve ser absolvido por falta de provas da autoria, invocando o princípio in dubio pro reo.

Igualmente, não deve ser dado provimento. A materialidade está provada pelo Boletim de Ocorrência de fl. 6.

A autoria comprova-se pela prova testemunhal. Tanto na fase inquisitorial quanto em juízo, a vítima, Lindalva Rodrigues de Paula, relatou, com uniformidade, ter sofrido ameaça e ocorrido vias de fato quando o apelante, seu ex-marido, esteve em sua residência na data de 6 de fevereiro de 2010.

Colaciono:

> Que o autor não está aceitando pagar pensão alimentícia, fato que gerou discussão na data dos fatos, onde o autor lhe ameaçou de agredir-lhe fisicamente, vindo a empurrar a declarante contra parece, sem causa lesão aparente...Que a declarante afirma que o autor é uma pessoa agressiva, fato que gerou a separação e neste ato a declarante solicita a medida protetiva. (fl. 10)
>
> Que na data dos fatos o acusado realmente empurrou a vítima contra o muro e depois deu-lhe outro empurrão dentro de casa fazendo com que a depoente caísse sobre o sofá, quebrando uma unha de seu pé. Que o acusado ameaçou a depoente dizendo que sua vontade era de socá-la, o que causou medo à depoente. (fl. 79)

Suas declarações são reforçadas pelo que informou a mãe da ofendida, Lindalva Rodrigues de Paula, na fase inquisitorial:

> A vítima relatou que na data dos fatos foi conversar com o autor a respeito da pensão alimentícia do filho do casal, gerando uma discussão entre ambos, e o autor empurrou-a contra a parede...Ameaçou-a dizendo "isso não ia ficar assim ia socá-la"; que a declarante informa que não é a primeira vez que há brigas entre o casal, sendo que a vítima já foi agredida pelo autor em datas anteriores. (fl. 13)

Da certidão de antecedentes, fl. 31, verifica-se que houve imposição de medidas cautelares em momentos anteriores, que foram novamente definidas por ocasião dos fatos sob análise.

Deste modo, verifica-se que a negativa de autoria encontra-se isolada nos autos. Assim, incabível a absolvição, pois restou provado que o réu prometeu mal injusto e grave à vítima, bem como praticou vias de fato.

Em relação ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tenho que neste ponto deve ser provido.

Em uma reanálise da Lei nº 11.340/06, Considerei que de fato o legislador procurou garantir tratamento mais severo à violência contra a mulher praticada nas relações domésticas e familiares quando vedou a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/1995, conforme já analisado, e também restringiu a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. No entanto, referiu-se somente à aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária ou somente o pagamento de multa.

Colaciono o artigo da lei que trata do tema:

> Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Diante de uma análise conjunta de seus dispositivos, é possível se verificar que não há vedação à possibilidade de substituição da pena referente à aplicação das penas restritivas de direitos de natureza pessoal, como, por exemplo, a prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana, desde que presentes os requisitos do art. 44 do CP. Cuidou-se de não banalizar a punição daqueles que cometem violência nos termos da Lei Maria da Penha

É o ensinamento da ilustre doutrinadora Maria Berenice Dias. Vejamos:

> Admitida expressamente a aplicação da pena restritiva de direito de limitação de final de semana, tal não significa que há impedimento de serem impostas outras medidas em sede de violência doméstica. Como a repulsa do legislador foi à aplicação de pena de natureza pecuniária, é possível a substituição por outras penas restritivas de direito. Deste modo, ao condenado por agressão doméstica, podem ser aplicadas, em substituição à pena privativa de liberdade, todas as medidas que não tem conteúdo econômico. Nada impede, por exemplo, impor a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, bem como a interdição temporária de direitos e a perda de bens e valores (CP, art. 43, II, IV, V e VI).[2]

Tal entendimento reflete-se na jurisprudência:

> HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. VIAS DE FATO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CONDENAÇÃO. REPRIMENDA. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. BENEFÍCIO CASSADO PELO TRIBUNAL ORIGINÁRIO. ART. 44, I, DO CP. AGRESSÃO FÍSICA. AUSÊNCIA DE OFENSA À INTEGRIDADE CORPORAL DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE DA PERMUTA. PRECEDENTE DESTE STJ. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA.
>
> 1. Constatando-se que a sanção imposta foi inferior a 4 (quatro) anos e que se cuida da contravenção penal prevista no art. 21 do Decreto-Lei 3.888/41 - vias de fato - infração de natureza menos grave, possível e socialmente recomendável a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que não se resuma ao pagamento de cestas básicas, de prestação pecuniária ou de multa, isoladamente, como expressamente determinado no art. 17 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha). Precedente deste STJ.

2 DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na Justiça. SP: ed. RT. 2010. P. 138-139.

2. A concessão da permuta, na espécie, de forma alguma colidiria com a proposta de combate à violência doméstica, tendo em vista a sua adequação às finalidades da aplicação da pena, que são a retribuição e a ressocialização do condenado, servindo ainda para prevenção geral, na medida em que afasta a idéia de impunidade.

3. O deferimento do benefício também não ofenderia o previsto no art. 41 da Lei Maria da Penha, pois aqui o que se impede é a aplicação das medidas benéficas previstas na Lei 9.099/95 aos delitos cometidos no âmbito doméstico ou familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista ou efetivamente aplicada.

4. Ordem concedida para restabelecer a sentença no ponto em que substituiu a pena privativa de liberdade imposta ao paciente por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade. (HC 207978/MS- QUINTA TURMA - RELATOR MINISTRO JORGE MUSSI – JULGAMENTO 27/03/2012)

"E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – AMEAÇA – LEI MARIA DA PENHA – PRELIMINAR DE NULIDADE – PEDIDO DE CONCESSÃO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – ART. 89, LEI 9.099/95 –IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA – VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – PALAVRA SEGURA DA VÍTIMA – PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO – SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – POSSIBILIDADE – PROVIMENTO PARCIAL.

Incabível nos delitos relativos à Lei Maria da Penha a suspensão condicional do processo.

Tratando-se de lesões corporais leves, no âmbito doméstico, em que a vítima imputa, de forma segura, a ocorrência do crime, palavra respaldada por exame de corpo de delito, impõe-se a manutenção da condenação.

Preenchendo o sentenciado os requisitos do artigo 44, do Código Penal, reunindo os requisitos objetivos e subjetivos, deve ser-lhe concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo em casos relativos à Lei Maria da Penha. (APELAÇÃO CRIMINAL - DETENÇÃO E MULTA - N. 2012.007054-7/TJMS – PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – RELATOR DES. JOÃO CARLOS BRANDES GARCIA- JULGAMENTO EM 9.4.2012)

Assim, entendo ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade quando se tratar de crime cometido nos termos da Lei Maria da Penha com menor gravidade, como no caso em comento, desde que a pena restritiva fixada não tenha caráter pecuniário.

No caso dos autos, ademais, a substituição é socialmente recomendável, pois o réu é primário, e, após os fatos, não há notícias de que voltou a delinquir, sendo razoável a medida para a restituição, prevenção e necessária ressocialização.

O apelante foi condenado pelo delito de ameaça e por vias de fato, com penas de, respectivamente, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção e 20 dias de prisão simples. Converto as penas privativas de liberdade em uma pena restritiva de direito, devendo ser definida pelo Juízo da Execução Penal.

Destaco que não houve violação aos dispositivos prequestionados pela defesa e acusação.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, somente para converter as penas privativas de liberdade em uma restritiva de direito, a ser definida pelo Juízo da Execução Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, EM PARTE COM O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR ARGUIDA PELA DEFESA, E NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, Francisco Gerardo de Sousa e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 4 de junho de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Agravo Criminal n. 2011.021261-6 - Corumbá
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PENA DE MULTA – INDULTO – TRÁFICO DE DROGAS – DECRETO 7.420/10 – POSSIBILIDADE – MERA DIVIDA DE VALOR – INEXISTÊNCIA DE OBSTÁCULO – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS INSTITUÍDOS NO DECRETO – RECURSO PROVIDO.

Se o sentenciado cumpriu a pena corporal até 25 de dezembro de 2010, torna-se imperativa a concessão do indulto restritivamente à pena de multa, conforme estabelece o inc. VIII do artigo 1° do Decreto n. 7.420/10, ainda que se trate de condenação pela prática de tráfico de drogas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 2 de abril de 2012.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Renato Diniz Rodrigues interpõe o presente agravo de execução em face da r. decisão proferida pelo Juízo da 1.ª Vara da Comarca de Corumbá, que indeferiu a concessão do indulto referente à pena de multa.

O agravante foi condenado à pena de 03 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, por ter praticado o crime previsto no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76.

Com base no Decreto Presidencial n. 7.420/10, a Defensoria Pública requereu a concessão do indulto da pena de multa (fls. 142 – 143), manifestando-se o *Parquet* pelo deferimento do pedido defensivo.

A benesse não foi concedida pelo magistrado *a quo* (fls. 145 – 146).

Irresignada, a Defensoria Pública interpôs o presente Agravo de Execução, pugnando pela reforma da r. Decisão.

O Ministério Público, em contrarrazões (fls. 154 – 162), manifestou-se pela concessão do indulto ao agravante.

A decisão agravada foi mantida às fl. 153.

Oportunamente, manifesta-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do recurso de agravo. Ao final, no caso de provimento do recurso, prequestiona a contrariedade aos arts. 2.º, I, da Lei n. 8.072/90, e 5.º, XLIII, E 84, XII, ambos da Constituição Federal (fls. 198 – 203).

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

Renato Diniz Rodrigues interpõe o presente agravo de execução em face da r. decisão proferida pelo Juízo da 1.ª Vara da Comarca de Corumbá, que indeferiu a concessão do indulto referente à pena de multa.

O agravante foi condenado à pena de 03 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, por ter praticado o crime previsto no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76.

Com base no Decreto Presidencial n. 7.420/10, a Defensoria Pública requereu a concessão do indulto da pena de multa (fls. 142 – 143), manifestando-se o *Parquet* pelo deferimento do pedido defensivo.

Pois bem.

Estabelece o inc. VIII art. 1.º do Decreto n. 7.420/10 que a pena de multa poderá ser alcançada pelo indulto caso aplicada cumulativamente com a pena corporal cumprida até 25.12.2010, consoante *in verbis*:

> Art. 1º É concedido indulto às pessoas:
>
> [...]
>
> VIII - condenadas à pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou juízo em que se encontre, até 25 de dezembro de 2010.

Reconhecendo as vedações constitucionais inerentes à matéria, o próprio Decreto Presidencial supra citado veda a aplicação do indulto ou comutação no caso de penas derivadas de condenação pela prática do crime de tráfico.

Contudo, faz uma ressalva no que toca à pena de multa, autorizando, pois, que a mesma seja extinta por conta do indulto, ainda que imposta cumulativamente à penas privativas de liberdade decorrente de crimes equiparados a hediondos:

> Art. 8º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam as pessoas condenadas:
>
> I - por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de droga, nos termos do arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;
>
> II - por crime hediondo, praticado após a edição das Leis nos 8.072, de 25 de julho de 1990; 8.930, de 6 de setembro de 1994; 9.695, de 20 de agosto de 1998; 11.464, de 28 de março de 2007; e 12.015, de 7 de agosto de 2009, observadas, ainda, as alterações posteriores;
>
> § 1º As restrições deste artigo e dos incisos I e II do art. 1º não se aplicam às hipóteses previstas nos incisos VIII, IX, X e XI do citado art. 1º.

Assim, observa-se que o agravante preenche todos os requisitos necessários, uma vez que cumpriu integralmente a reprimenda corporal antes de 25.12.2010, sendo de rigor a concessão do indulto restritivamente à pena de multa.

Impende ressaltar, ademais, que embora a pena de multa tenha indiscutivelmente natureza de sanção penal, é considerada mera dívida de valor (art. 51 do Código Penal), executada pela Fazenda Pública, portando nenhuma afronta à Constituição Federal decorre da adoção dessa política criminal, que possibilita a extinção do débito monetário (pena de multa) em favor do Estado.

Acerca da possibilidade da concessão de indulto da pena de multa, vale citar os recentes precedentes desta e. Corte de Justiça:

> [...] Concede-se o indulto da pena de multa ao agente que tenha cumprido a pena privativa de liberdade, independentemente, de ter sido condenado pelo delito de tráfico de drogas, consoante o artigo 1º, VIII, c/c, 8º, § 1º, ambos do Decreto Presidencial 7.420/10. [...].” (AGCr 2011.021263-0/0000-00; Corumbá; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; em 17/08/2011)

> [...] Concede-se o indulto da pena de multa ao agente que tenha cumprido a pena privativa de liberdade até 25 de dezembro de 2010, independentemente, se tenha sido condenado pelo delito de tráfico de drogas, consoante o artigo 1º, VIII, c/c, 8º, § 1º, ambos do Decreto Presidencial 7.420/10. [...]. (AGCr 2011.021247-2/0000-00; Corumbá; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Manoel Mendes Carli; em 28/07/2011)

Ainda nesse mesmo sentido:

> EMENTA: INDULTO - PENA DE MULTA - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - DECRETO Nº 7.046/09 NÃO APRESENTA CONTORNOS DE INCONSTITUCIONALIDADE - REQUISITOS PREENCHIDOS - RECURSO PROVIDO. (TJSP; AG-ExPen 990.10.359663-3; Ac. 4851214; São Paulo; Nona Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Nuevo Campos; em 02/12/2010)

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de se confundir com a *vexata quaestio*.

Destarte, nos termos do inc. VIII do artigo 1.º do Decreto Presidencial n. 7.420/10, dou provimento ao agravo para conceder o indulto da pena de multa aplicada em desfavor de Renato Diniz Rodrigues.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (1º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (2º Vogal)

Divirjo do i. Relator.

Segundo a conceituação de JULIO FABBRINI MIRABETE (Execução Penal, Atlas, 9ª edição, 2000, pp. 655 e ss.), o indulto é*:*

> [...] um ato de clemência do Poder Público em favor de um réu condenado ou de natureza coletiva quando abrange vários condenados que preenchem os requisitos exigidos. As disposições da Lei de Execução Penal ajustam-se ‘à orientação segundo a qual o instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser individual ou coletivo’. Na doutrina, entretanto, aponta-se como diferença entre o indulto e a graça (em sentido estrito) ser esta solicitada, enquanto aquele é concedido de ofício e de caráter coletivo.
>
> O indulto individual pode ser total (ou pleno), alcançando todas as sanções impostas ao condenado, ou parcial (ou restrito), com a redução ou substituição da sanção, caso em que toma o nome de comutação. A Constituição Federal, entretanto, refere-se especificamente ao indulto e à comutação (art. 84, XII) atendendo à distinção formulada na

> doutrina: no indulto há perdão da pena; na comutação dispensa-se o cumprimento de parte da pena, reduzindo-se a aplicada, ou substituindo-se esta por outra menos severa.
>
> [...]
>
> O indulto coletivo também pode ser total, com a extinção das penas, ou parcial, caso em que são diminuídas ou substituídas as sanções impostas. Na comutação não há, verdadeiramente, extinção da pena, mas tão-somente diminuição do quantum da reprimenda, um abrandamento da penalidade.
>
> [...]
>
> O indulto pode ser concedido ao autor de qualquer espécie de crime, inclusive os que se apuram mediante ação penal privada. Mas a Lei nº 8.072, de 25-7-90, em seu art. 2º, I, diz que são insuscetíveis de indulto os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Já se tem afirmado que a lei é inconstitucional e não poderia vedar tal benefício, pois a Constituição Federal não se refere, no art. 5º, XLIII, ao indulto, mas apenas à anistia e à graça. Mas, como já observado, a palavra graça, no dispositivo citado, tem que ser entendida como indulto, pois somente este e a anistia são formas constitucionais de indulgentia principis pelo Executivo e pelo Legislativo, e a Lei nº 8.072 somente se refere a indulto e graça para coincidir com o art. 5º, XLIII, e, ao mesmo tempo, não dar margens a dúvidas quanto à sua abrangência. Ademais, não haveria sentido em proibir-se a anistia, que só pode ser concedida por lei, e permitir o indulto individual ou coletivo, dependente de decreto. De qualquer forma, a concessão de indulto é ato discricionário do Presidente da República, que pode excluir do decreto crimes considerados de gravidade mais dilatada, condenados a penas mais severas, criminosos reincidentes etc., sem que se possa cogitar de inconstitucionalidade por essa limitação.".

Assim, o art. 2º da Lei n. 8.072/90 equipara o tráfico de drogas aos crimes hediondos, na medida em que proíbe a concessão de anistia, graça, indulto e fiança.

É certo que o Decreto Presidencial nº 7.420/2010 prevê no § 1º, do artigo 8º, que as restrições de não concessão de benefícios aos condenados por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de drogas, como é o presente caso, não se aplicam à hipótese de indulto para pena de multa.

Entretanto, apesar do chefe do Poder Executivo ter poder discricionário, o Decreto Presidencial não poder afrontar norma constitucional, ao permitir a concessão do direito ao indulto da pena de multa àqueles que praticaram crimes hediondos ou equiparados, que foi vedado pela Carta Magna.

Nesse contexto, ainda que o decreto presidencial tenha aberto uma ressalva aos paraplégicos, tetraplégicas ou portadoras de cegueira total, aos submetidos à medida de segurança e aos condenados à pena de multa, para serem agraciados com o indulto, entretanto, tal decreto deve se submeter às normas superiores.

Por isso, o Decreto nº 7.420/2010 ao admitir a possibilidade de indulto da pena de multa aos condenados pela prática de crime, sem exceção (artigo 8º, § 1º), violou à Carta Magna.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da concessão do indulto aos condenados por crime hediondo ou a ele equiparado:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO FEDERAL INDULTO. LIMITES. CONDENADOS PELOS CRIMES PREVISTOS NO INCISO XLIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME. REFERENDO DE MEDIDA LIMINAR DEFERIDA.

> 1. A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada. 2. Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação. Interpretação conforme a Constituição dada ao § 2º do artigo 7º do Decreto 4495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à indulgência principis. Referendada a cautelar deferida pelo Ministro Vice-Presidente no período de férias forenses. (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (Med. Liminar) ADI nº 2795-6-DF, Relator Min. Maurício Corrêa).

Assim, ensina a jurisprudência:

> De se notar, aliás, que o Superior Tribunal de Justiça adota o posicionamento do STF e, em julgamento recente, analisando a questão sob a luz do Decreto nº 7.046/09 _ cujo artigo 7º, parágrafo único, é idêntico ao dispositivo correspondente no Decreto nº 7.420/10 _, decidiu: "Na esteira de firme jurisprudência desta Corte Superior, são insuscetíveis de indulto e comutação de penas os crimes hediondos e demais equiparados", (STJ – RHC 29.660, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 20.05.2011.

> Agravo em Execução - Indulto de pena de multa imposta em condenação pelo delito de tráfico ilícito de drogas Previsão no § 1º, do art. 8º, do Decreto nº 7.420/2010 que contraria dispositivos constitucionais e infraconstitucionais Art. 5º, XLII, da CF que veda concessão de anistia, fiança e graça aos que forem condenados por crimes hediondos e equiparados, inclusive o tráfico ilícito de drogas- Embora não haja previsão expressa quanto ao indulto, só se diferencia da graça apenas pelo fato de esta ser concedida de forma individual e o indulto de forma generalizada, mas ambos são concedidos pelo Chefe do Poder Executivo - A interpretação conforme a Constituição deve ser no sentido da impossibilidade de concessão de indulto àqueles que praticarem crimes hediondos e equiparados – Previsão infraconstitucional Lei nº 8.072/90 e no art. 44, da Lei nº 11.343/06, de concessão aos crimes previstos no art. 33, "caput" e § 1º, e 34 a 37, da lei de drogas, de indulto e outros benefícios - Cassação do benefício. Recurso provido.(TJSP. Agravo em execução nº 0146933-59.2011, Relator Des. Machado de Andrade, julgado em 27/10/2011).

Existe, no caso, hierarquia legal a ser obedecida; a Lei Federal, reguladora da matéria, sobrepõe-se a todo e qualquer ato normativo emanado do Poder Executivo.

Como ensina Vicente Ráo:

> As leis se classificam, hierarquicamente, segundo a maior ou menor extensão de sua eficácia ou menor intensidade criadora do direito.
>
> Sob o primeiro aspecto, nos regimes políticos baseados na federação, as leis se distinguem em federais, estaduais e municipais.
>
> Sob o segundo aspecto, a classificação hierárquica se baseia na conformidade das normas inferiores às de categoria superior e esta conformidade se traduz em dois princípios fundamentais: o da constitucionalidade e o da legalidade.
>
> No grau mais elevado da hierarquia, encontra-se a Constituição, à qual todas as demais normas se devem adaptar.

> Em rigor, perante a Constituição, todas as normas restantes constituem o segundo grau da hierarquia; mas, entre estas, novos graus se assinalam, na seguinte ordem decrescente e no pressuposto de não poderem as de grau inferior nem invadir a matéria de competência das de grau mais elevado, nem, consequentemente, infirmar as suas disposições: leis federais, constituições estaduais e leis estaduais e municipais.
>
> O princípio da constitucionalidade exige a conformidade de todas as normas e atos inferiores, leis, decretos, regulamentos, atos administrativos e atos judiciais, às disposições substanciais ou formais da Constituição; o princípio da legalidade reclama a subordinação dos atos executivos e judiciais às leis e, também, a subordinação, nos termos acima indicados, das leis estaduais às federais e das municipais a umas e outras. (RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos, 5. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 305-306).

E o art. 2º, I, da Lei 8.072/90, já mencionado, é de clareza solar: *"Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; [...]"*.

De todo o exposto, com o parecer, nego provimento ao Agravo de Execução.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 2º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

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 Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 2 de abril de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2012.004062-3 - Aquidauana
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE CORRUPÇÃO ATIVA – IMPOSSIBILIDADE – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO EVIDENCIANDO QUE ELE OFERECEU VANTAGEM INDEVIDA A FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA DEIXAR DE CUMPRIR ATO DE OFÍCIO – CRIME FORMAL – PROVA TESTEMUNHAL ROBUSTA – RECURSO IMPROVIDO.

Do conjunto probatório angariado ao feito, depreende-se que o apelante praticou o delito de corrupção ativa, já que ofertou vantagem indevida a policial militar para que este não lavrasse nenhuma infração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de março de 2012.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Trata-se de apelação criminal interposta por João Rocha da Silva, contra a sentença proferida pelo juíz da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Aquidauana/MS (fls. 79 – 82), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso no art. 333, *caput*, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, a qual foi substituída por 02 (duas) restritivas de direitos, expressas na prestação pecuniária de 02 (dois) salários mínimos atuais ao Conselho da Comunidade, e na proibição de frequentar bares, casas de prostituição, boates e locais onde exista a venda e consumo de drogas, pelo prazo da pena privativa de liberdade, além de multa de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente atualizado.

Dos autos consta que no dia 16 de abril de 2009, por volta das 10h25m, o apelante ofereceu vantagem indevida ao SD PM Diógenes de Oliveira Soares, consistindo na oferta de pagamento no valor de R$100,00 (cem reais) em dinheiro para que o mesmo se omitisse na prática de ato que de ofício lhe competia.

Em suas razões recursais (fls. 96 - 100), o apelante requer a reforma da r. sentença, devendo ser absolvido por falta de provas robustas a confirmar o édito condenatório.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (fls. 102 – 106), pugna pelo improvimento da apelação criminal.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 112 - 115), opina pelo conhecimento e não provimento do recurso, mantendo-se inalterada a r. sentença objurgada.

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por João Rocha da Silva, contra a sentença proferida pelo juíz da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Aquidauana/MS (fls. 79 – 82), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso no art. 333, *caput*, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, a qual foi substituída por 02 (duas) restritivas de direitos, expressas na prestação pecuniária de 02 (dois) salários mínimos atuais ao Conselho da Comunidade, e na proibição de frequentar bares, casas de prostituição, boates e locais onde exista a venda e consumo de drogas, pelo prazo da pena privativa de liberdade, além de multa de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente atualizado.

Dos autos consta que no dia 16 de abril de 2009, por volta das 10h25m, o apelante ofereceu vantagem indevida ao SD PM Diógenes de Oliveira Soares, consistindo na oferta de pagamento no valor de R$100,00 (cem reais) em dinheiro para que o mesmo se omitisse na prática de ato que de ofício lhe competia.

Em suas razões recursais (fls. 96 - 100), o apelante requer a reforma da r. sentença, devendo ser absolvido por falta de provas robustas a confirmar o édito condenatório.

Passo à análise do recurso.

Aduz a defesa do réu João Rocha da Silva que ele deve sair absolvido do delito pelo qual foi condenado, isto é, corrupção ativa, porquanto não existem provas a amparar uma condenação, já que o magistrado sentenciante teria se baseado apenas nos depoimentos do policial militar que efetuou a prisão do réu, o qual negou veementemente os fatos a ele irrogados.

Pois bem, entendo não assistir razão à defesa.

É que há farto conjunto probatório indicando que o réu perpetrou o delito de corrupção ativa.

A materialidade do crime em tela restou devidamente comprovada nos autos por intermédio dos depoimentos do policial Diógenes de Oliveira Soares tanto na fase policial (fl. 09), quanto na judicial (fls. 54 – 55), bem como a relação de material apreendido, conforme boletim de ocorrência de fl. 07.

Já a Autoria também restou delineada pelos depoimentos do policial, bem como pelo farto conjunto probatório colhido em juízo.

No presente caso, o réu João Rocha da Silva negou a prática do crime de corrupção ativa.

No entanto, apesar da negativa de corrupção ativa, é válido o depoimento prestado pelo policial, tendo em vista que a negativa de autoria do apelante consiste, na realidade, ao pleno exercício de autodefesa, não servindo para descaracterizar o delito pelo qual foi condenado, já que fartas provas foram carreadas ao longo da instrução.

Ressalte-se que o policial militar, quando ouvido em juízo, confirmou o delito de corrupção ativa perpetrado pelo recorrente, sendo firme nesse sentido, *in verbis*:

> [...] QUE, quando o depoente começou a confeccionar a notificação, ele se aproximou do depoente e disse que daria a importância de R$100,00 (cem reais) ao depoente para que não lavrasse nenhuma infração; QUE, ele chegou a repetir isso umas três vezes e, ainda disse que se o depoente não quisesse pegar ali, poderiam ir para um local mais tranqüilo, tirando um porta documento amarelo do bolso e mostrando ao depoente; QUE, ele ainda disse que já tinha feito isso com outros policiais e, que eles teriam pego o dinheiro; QUE, o depoente então terminou de confeccionar os autos de infração, quando ele novamente ofereceu o dinheiro ao depoente, que imediatamente DEU VOZ DE PRISÃO a JOÃO ROCHA DA SILVA por corrupção ativa, acionando apoio para sua condução até esta Delpol. [...]. (fl. 09)
>
> [...] MP: Certo. No dia dos fatos o acusado ofereceu por mais de uma vez a quantia de R$100,00 pro senhor?
>
> DEPOENTE: Sim senhor.
>
> MP: Em troca da não lavratura do autor de infração?
>
> DEPOENTE: Sim senhor.
>
> MP: E a voz de prisão foi dada pelo senhor mesmo?
>
> DEPOENTE: Positivo, sim senhor.
>
> MP: E dali o acuado já foi encaminhado pra delegacia?
>
> DEPOENTE: Sim senhor, assim que chegou uma viatura quatro rodas, foi conduzido até o DP, diretamente.
>
> MP: Então, ele estava sendo então, autuado por dirigir sem a CNH e por ter infringido o sinal vermelho?:
>
> DEPOENTE: Sim senhor.
>
> MP: Ele teria dito também que já tinha feito essa prática de oferecer quantias pra outros policiais?
>
> DEPOENTE: Sim senhor, ele afirmou, que outros policiais tinham pego anteriormente. [...]. (fls. 54 – 55)

Assim, ao contrário do que aduz o recorrente,não há que se dizer que tal ônus seria da acusação, pois no direito processual pátrio a prova incumbe a quem alega os fatos e não existe o dever de produzir provas negativas, ou seja, que alguém prove que algum fato ou ato não ocorreu.

Ademais, o delito de corrupção ativa se consuma com o mero oferecimento ou promessa de vantagem a funcionário público, ainda que haja a recusa por parte deste, cuidando-se, pois, de crime formal, razão pela qual a condenação deve ser mantida.

Logo, não há qualquer meandro que possa afastar a condenação.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao presente recurso, mantendo-se *in totum* a r. sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Francisco Gerardo de Sousa, João Carlos Brandes Garcia e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 29 de março de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.007733-8 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – FALSIDADE IDEOLÓGICA, USO DE DOCUMENTO FALSO E INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES – PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ALEGADA A AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL – INOCORRÊNCIA – PRESENÇA DE INDÍCIOS DE AUTORIA – ATENDIDOS OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP – PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU ANTECIPADA – IMPOSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 438 DO STJ – PRECEDENTE DO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA.

I – Restando a denúncia embasada em conjunto probatório mínimo, dos indícios de autoria e materialidade, não há que se falar em trancamento da ação penal.

II – A prescrição virtual ou antecipada é carente de previsão legal, dado que fundamentada em pena hipotética, o que representa afronta aos princípios da presunção de inocência e o da individualização da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, denegar a ordem.

Campo Grande, 21 de maio de 2012.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa

Elieser Melo Carvalho, impetra de próprio punho, pedido de *HABEAS CORPUS* apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS.

O impetrante informa que foi denunciado por supostamente ter praticado os crimes descritos nos artigos 299 e 304 c/c 71, todos do Código Penal, entretanto, alega que não é proprietário da Jacaré Caça e Pesca Ltda e que não existe nenhuma prova ou indício de ter cometido ilícito penal.

Sustenta também, que qualquer ação penal deve fundar-se em elementos suficientes à demonstração de sua viabilidade e, no caso dos autos, não há o mínimo de fundamento para que a denúncia tivesse sido recebida.

Outrossim, ressalta que não há necessidade de aprofundado exame de provas para a constatação do alegado, posto que a prova documental constante do próprio inquérito policial demonstra a realidade fática.

Aduz ainda, ser primário, pessoa bem conceituada na sociedade em que vive, não podendo de tal sorte ser processado criminalmente numa denúncia que configura em certos aspectos abuso de poder e falta absoluta de justa causa.

Por fim, em razão da data dos fatos, da data do recebimento da denúncia, das penas e tipos penais imputados e suas qualificações pessoais, deverá operar sobre o feito a prescrição em sua modalidade retroativa.

Destarte, em síntese, requer a concessão da ordem de habeas corpus a fim de se trancar definitivamente a ação penal em comento.

Não houve pedido de liminar.

Informações da autoridade coatora às fls. 63-96.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 101-107, opina pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

Elieser Melo Carvalho, impetra de próprio punho, pedido de *HABEAS CORPUS* apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS.

O impetrante informa que foi denunciado por supostamente ter praticado os crimes descritos nos artigos 299 e 304 c/c 71, todos do Código Penal, entretanto, alega que não é proprietário da Jacaré Caça e Pesca Ltda e que não existe nenhuma prova ou indício de ter cometido ilíci to penal.

Sustenta também, que qualquer ação penal deve fundar-se em elementos suficientes à demonstração de sua viabilidade e, no caso dos autos, não há o mínimo de fundamento para que a denúncia tivesse sido recebida.

Outrossim, ressalta que não há necessidade de aprofundado exame de provas para a constatação do alegado, posto que a prova documental constante do próprio inquérito policial demonstra a realidade fática.

Aduz ainda, ser primário, pessoa bem conceituada na sociedade em que vive, não podendo de tal sorte ser processado criminalmente numa denúncia que configura em certos aspectos abuso de poder e falta absoluta de justa causa.

Por fim, em razão da data dos fatos, da data do recebimento da denúncia, das penas e tipos penais imputados e suas qualificações pessoais, deverá operar sobre o feito a prescrição em sua modalidade retroativa.

Destarte, em síntese, requer a concessão da ordem de habeas corpus a fim de se trancar definitivamente a ação penal em comento.

Passo à analise do *writ*.

Em que pese as argumentações trazidas no bojo do presente feito, tenho que a ordem deve ser denegada.

É que de uma análise detida dos autos, verifica-se que a materialidade e os indícios de autoria estão presentes *in casu,* porquanto estão perfeitamente narrados na exordial acusatória.

O Magistrado instado a prestar as informações solicitadas (fls. 63-63/verso), esclareceu que:

> [...] Narra a denúncia que, no dia 25 de abril de 2003, na loja Jacaré Caça e Pesca Ltda, situada na Avenida Júlio de Castilho, n. 1.666, nesta capital, o sócio-proprietário do estabelecimento, réu Eliezer, fez inserir informação falsa na declaração para fins de Registro ou Porte de Arma expedida pela Secretaria de Segurança Pública deste Estado, determinando que seu empregado e co-denunciado Luiz Carlos Moraes constasse no formulário que conhecia a pessoa de Ricardo Vincoleto Neto e, também, determinou que ele assinasse o mesmo documento nos campos destinados à assinatura dos declarantes fictícios Airton Gonçalves de Jesus e Amarildo Ferreira de Carvalho.
>
> Também expõe a exordial que, em dia subsequente, o paciente fez uso de documento falso, encaminhando o documento supra referido à Delegacia de Polícia de Ordem Pública e Social para obter o registro em nome de Ricardo da pistola marca Taurus, calibre 380, série n. KVI72574. Entre 25 e 30 de abril de 2003, mancomunada com os denunciados Eliezer e Luiz Carlos, a denunciada Luzimar, na qualidade de perita papiloscopista lotada na Seção de Armas da referida delegacia, facilitou a inserção de dados falsos no sistema da Administração Pública, com o fim de causar dano ao sistema e a Ricardo, dando como apta a documentação que sabia ser falsa e incompleta.
>
> Nas declarações de f. 72, Eliezer declarou que é sócio-proprietário e procurador da empresa Jacaré Caça e Pesca Ltda. E, conforme relatório de conclusão do Inquérito Policial de f. 173-188, há prova dos fatos e indícios suficientes de autoria, o que configura justa causa para a ação penal, razão pela qual a denúncia foi recebida em 09 de junho de 2010 (f. 210).

Atualmente, o processo encontra-se aguardando a apresentação das respostas à acusação. [...] – destaquei.

A teor da orientação jurisprudencial, o trancamento da ação penal só é possível quando se constata, *prima facie*, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, inocorrentes na espécie.

Nesse sentido:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. "INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO CAUTELAR. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAR EM LIBERDADE. REITERAÇÃO.
>
> I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (Precedentes).
>
> II- No caso em tela, infirmar a condenação do ora paciente, ao argumento da insuficiência das provas coligidas, demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus (Precedentes).

> III- O pedido de aguardar o apelo em liberdade já foi apreciado por esta Corte no HC n° 32.109/PR, razão pela qual encontra-se prejudicado. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada."(STJ – HC 109785/PR – Habeas Corpus 2008/0141966-0, 5ªTurma, Rel. Min. Félix Fisher, DJe 10/11/2008) – destaquei.
>
> Em sede de habeas corpus só se é possível trancar ação penal em situações especiais, como nos casos em que é evidente e inafastável a negativa de autoria, quando o fato narrado não constitui crime, sequer em tese, e em situações similares, onde pode ser dispensada a instrução criminal para constatação de tais fatos, situação que não se configura na espécie. (STF - RT 742-533). – destaquei.

Os fatos narrados na denúncia (fls. 64-65 destes autos), respaldados em fortes indícios de autoria e materialidade, demonstram que os elementos probatórios justificaram o recebimento da denúncia, pela prática dos delitos imputados aos pacientes. Logo, seria inviável trancamento da ação penal. A uma, porque não se constata de plano a ausência de indícios de autoria, pois conforme consta na denúncia, o paciente teria infringido o art. 299, *caput* e 304, *caput* c/c 71 e 313-A c/c 29, todos do Código Penal. A duas, porque qualquer entendimento em sentido contrário demandaria o revolvimento aprofundado do material fático-probatório, o que, conforme reiterada jurisprudência mostra-se incabível na estreita via do *habeas corpus*.

Por oportuno:

> *HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO. TRÁFICO DE DROGAS (CRACK). PRISÃO EM FLAGRANTE EM 18.12.2009. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO CARACTERIZADA. TRANCAMENTO DA AAÇÃO POR FALTA DE JUSTA CAUSA. NEGATIVA DE AUTORIA QUE DEMANDARIA PROFUNDA DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O MANDAMUS. POSSIBILIDADE DE LAVRATURA DO FLAGRANTE E DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA COM BASE NO LAUDO PRELIMINAR DE CONSTATAÇÃO DA DROGA. MERA PEÇA INFORMATIVA. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER IRREGULARIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. Da simples leitura da denúncia, constata-se que, ao contrário do que afirma a impetração, esta atende aos requisitos elencados no art. 41 do CPP, pois, ainda que de forma sucinta, contém a exposição clara dos fatos tidos como delituosos, a qualificação da acusada e a classificação do crime, de maneira a permitir a articulação defensiva.
>
> 2. Na hipótese, as teses defensivas que amparam o pedido de trancamento da Ação Penal por falta de justa causa não ilidem, de pronto, as imputações contidas na denúncia, demandando, para a verificação de sua procedência, incursão detalhada no acervo fático-probatório, providência sabidamente inadmissível em HC, que, dado o seu rito célere e cognição sumária, exige prova pré-constituída do direito alegado, mormente quando se afirma, como no caso, a ausência de comprovação da participação da acusada no delito.
>
> 3. O laudo preliminar de constatação de substância entorpecente é mera peça informativa, superficial, e que pode ser oportunamente contrariada. O seu objetivo é embasar a lavratura do auto de prisão em flagrante e a oferta de denúncia. Precedentes do STJ.
>
> 4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.
>
> (STJ- HC 133612/PE - Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Órgão Julgador - QUINTA TURMA -Data do Julgamento 05/08/2010) – destaquei.
>
> *HABEAS CORPUS.* TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA

DA DENÚNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIDO O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRÉVIA DECISÃO JUDICIAL. LEGALIDADE.

1. A decisão que recebe a denúncia nos casos em que a lei permite ao acusado o oferecimento de resposta preliminar, podendo invocar todas as razões de defesa, deve ser sempre fundamentada, sob pena de se esvaziar o instituto trazido pela norma.

2. Entretanto, não cabe ao magistrado proceder a ampla valoração das provas, rebatendo todas as alegações trazidas pela defesa, devendo, pois, limitar-se a demonstrar de forma concisa a plausibilidade da exordial acusatória no intuito de não realizar um prejulgamento da matéria, notadamente por que ainda não se terá sequer iniciada a instrução processual.

3. Não é inepta a denúncia que, em conformidade com o artigo 41 do Código de Processo Penal, descreve os elementos indispensáveis quanto à prática, em tese, dos delitos que menciona, apontando, ainda, a existência de indícios suficientes de autoria em relação aos pacientes, além de subsídios aptos a configurar a materialidade delitiva de forma a permitir o exercício do direito de defesa.

4. O trancamento de ação penal por meio de habeas corpus é medida de índole excepcional, somente admitida nas hipóteses em que desponte, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.

5. Não há ilegalidade se a prova obtida por meio de interceptação telefônica foi previamente autorizada por decisão judicial fundamentada.

6. *Habeas corpus* denegado. (STJ - HC 126563/PE - Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) - Órgão Julgador - SEXTA TURMA) – destaquei.

Portanto, havendo indícios de autoria e materialidade, e, estando preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não cabe o trancamento da ação penal.

Por fim, com relação à hipótese de prescrição penal retroativa antecipada, melhor sorte não socorre ao paciente.

É cediço que a chamada "prescrição antecipada ou virtual" não é aceita pela jurisprudência pátria, exatamente por falta de amparo legal e, além disso, conforme já se decidiu nesta Corte: "*acarretaria grande insegurança jurídica, na medida em que representaria um pré-julgamento do 'meritum causae', "aplicando-se uma pena" destituída de provimento jurisdicional condenatório*." (Recurso em Sentido Estrito – N. 2011.025020-7/0000-00 – Angélica. Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. Segunda Turma Criminal, j. 20.10.11).

A esse respeito, o e. Superior Tribunal de Justiça já firmou a orientação jurisprudencial no sentido de ser impossível o seu reconhecimento, ante a ausência de previsão legal, editando, para tanto, a súmula 438*, in verbis*: *"É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal."*

Deve ser enfatizado que, antes mesmo da edição de referida súmula, tanto a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça como também a do e. Supremo Tribunal Federal já haviam se revelado unânimes

no sentido da inadmissibilidade do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva ou virtual, ou seja, em face de pena hipotética, dada a ausência de previsão legal.

O tema, inclusive, é reafirmado pelo Excelso Pretório em sede de repercussão geral, consoante extraível dos seguintes arestos:

> EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA, PROJETADA OU ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INADMISSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 543-B, § 3º, DO CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal. Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da inadmissibilidade de extinção da punibilidade em virtude da decretação da assim chamada prescrição em perspectiva e deu provimento ao recurso do Ministério Público. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Br itto. Plenário, 19.11.2009. (STF - RE 602527 RG-QO/RS - Repercussão Geral - Recurso Extraordinário. Rel. Min. Cezar Peluso. julg. em 19/11/2009).

> EMENTA: AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva "em perspectiva, projetada ou antecipada". Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal. (RE 602527 QO-RG/RS - RIO GRANDE DO SUL; REPERCUSSÃO GERAL NA QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. CEZAR PELUSO; Julgamento: 19/11/2009; REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO; DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009; EMENT VOL-02387-11 PP-01995).

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA.IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.1. Inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Trata-se, ademais, de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada. 2. Agravo regimental improvido. (STJ - Agrg no ag 764.670/rs. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. 6.ª Turma. julg. em 18/11/2008).

Desde então, o STF tem reiterado esse entendimento. Confira-se os recentes julgados:

> EMENTA: PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO (ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CRIME PERMANENTE. BENEFICIÁRIO. PRAZO PRESCRICIONAL. INÍCIO DA CONTAGEM. CESSAÇÃO DA PERMANÊNCIA. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. TEMA NÃO APRECIADO NA ORIGEM. INCOGNOSCIBILIDADE. INSTITUTO NÃO ACOLHIDO PELO E. STF. [...] 6. A prescrição em perspectiva, projetada ou antecipada, mercê da ausência de previsão legal, é inadmissível de ser conhecida e acolhida. (RE 602527 QO-RG/RS, rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ de 18/12/2009). 7. Parecer pela denegação da ordem. 8. Ordem denegada. (HC 102491/RJ - RIO DE JANEIRO; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. LUIZ FUX;

Julgamento: 10/05/2011; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJe-099 DIVULG 25-05-2011 PUBLIC 26-05-2011; EMENT VOL-02530-01 PP-00179).

EMENTA: *HABEAS CORPUS.* CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA INUTILIDADE DO PROCESSO-CRIME. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA OU ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REMANSOSA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA. [...] 2. Na concreta situação dos autos, não tenho por atendidos os pressupostos para o encerramento extemporâneo da ação penal. É que o Supremo Tribunal Federal rejeita a construção doutrinária da chamada prescrição em perspectiva ou prescrição antecipada. Isso, em síntese, por ausência de previsão legal da pretendida causa de extinção da punibilidade. Confiram-se, por amostragem, os seguintes precedentes: HC 88.087, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; HC 82.155, da relatoria da ministra Ellen Gracie; HC 83.458 e RHC 86.950, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa; RHC 76.153, da relatoria do ministro Ilmar Galvão, entre outros. E, mais recentemente, a Questão de Ordem no RE 602.527, da relatoria do ministro Cezar Peluso. 3. Ordem denegada. (HC 99614/SC - SANTA CATARINA; *HABEAS CORPUS*: Relator(a): Min. AYRES BRITTO; Julgamento: 22/03/2011; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJe-124 DIVULG 29-06-2011 PUBLIC 30-06-2011; EMENT VOL-02554-01 PP-00009).

EMENTA: INQUÉRITO. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. A tese da chamada prescrição antecipada é, há muito, rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes (HC 96.653, também de minha relatoria DJ de 23.10.2009; RHC 94.757, rel. min. Cármen Lúcia, DJ de 31.10.2008; HC 94.729, rel. min. Ellen Gracie, DJ de 26.9.2008; HC 88.818, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º.8.2006; HC 83.458, de minha relatoria, DJ de 6.2.2004; e HC 82.155, rel. min. Ellen Gracie, DJ de 7.3.2003). Se o acórdão embargado não exibe quaisquer das omissões apontadas pelo embargante, como no caso, impõe-se a rejeição dos embargos de declaração, os quais não se prestam para provocar o reexame, puro e simples, de matéria já apreciada, com o objetivo de modificar a conclusão do que já decidido. Embargos de declaração rejeitados. (Inq 1695 ED/DF - DISTRITO FEDERAL; EMB.DECL. NO INQUÉRITO; Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA; Julgamento: 11/11/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJe-049 DIVULG 15-03-2011 PUBLIC 16-03-2011; EMENT VOL-02482-01 PP-00001Parte).

Na mesma esteira, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, verbis:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES. PRISÃO PREVENTIVA. TESE DE EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MÁXIMO DA PENA EM ABSTRATO. SÚMULA N.º 438 DESTA CORTE. FUGA DO RÉU DO DISTRITO DA CULPA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA. [...] 2. "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal." Súmula n.º 438 deste Tribunal.[...] 4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. (Processo: HC 163991/SP; HABEAS CORPUS: 2010/0036891-3; Relator(a): Ministra LAURITA VAZ (1120); Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA; Data do Julgamento: 09/08/2011; Data da Publicação/Fonte: DJe 22/08/2011).

HABEAS CORPUS. PENAL. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 438 DESTA CORTE. ORDEM DENEGADA. 1. A prescrição em perspectiva não é albergada

> pelo ordenamento jurídico pátrio, segundo o qual o prazo prescricional, antes de proferida a sentença condenatória, é regulado pela pena máxima cominada abstratamente para o delito, nos termos do art. 109 do Código Penal. 2. "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal." Súmula n.º 438 deste Tribunal. 3. Ordem denegada. (Processo: HC 205727/MS; *HABEAS CORPUS* 2011/0100959-9; Relator(a): Ministra LAURITA VAZ (1120); Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA; Data do Julgamento: 28/06/2011; Data da Publicação/Fonte: DJe 01/08/2011).
>
> PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 171, § 3º C.C 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU VIRTUAL DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Carece totalmente de amparo jurídico, em nosso sistema processual penal, a denominada prescrição antecipada ou virtual da pena, que tem como referencial condenação hipotética (Precedentes). Ordem denegada. (STJ; HC 149.102; Proc. 2009/0191412-2; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 04/02/2010; DJE 12/04/2010).
>
> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO E USO DE DOCUMENTO FALSO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. ATIPICIDADE, EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE OU EVIDENTE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA DECLARAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 4. Não existe norma legal que autorize a extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva, uma vez que a extinção da punibilidade pela prescrição regula-se, antes de transitar em julgado a sentença, pelo máximo da pena prevista para o crime CP, art. 109) ou, depois do trânsito em julgado para a acusação, pela pena efetivamente aplicada (CP, art. 110), conforme expressa previsão legal. 5. Recurso não provido. (STJ; RHC 23.735; Proc. 2008/0120380-1; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; Julg. 23/03/2010; DJE 26/04/2010).

Portanto, não há que se falar em prescrição.

Destarte, ante todo o exposto, com o parecer, denego a ordem impetrada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Francisco Gerardo de Sousa, João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 21 de maio de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2011.036267-4 - Dourados
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO INTERNO DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL E USO DE DOCUMENTO FALSO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS ROBUSTAS – PENA – PRETENDIDA REDUÇÃO – IMPROCEDÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há como acolher o pedido de absolvição se as provas colhidas são suficientes para a condenação por ambos os crimes.

Mantém-se a pena aplicada se bem reflete as circunstâncias judiciais negativas encontradas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 14 de maio de 2012.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de apelação criminal interposta por **Joana Nogueira da Silva** em face da sentença que a condenou à pena do artigo 231-A, §2°, inciso I, assim como às penas do artigo 304 c/c artigo 299 e 69, todos do Código Penal, de 04 (quatro) anos e 07 (sete) meses de reclusão, a serem inicialmente cumpridos em regime semiaberto, assim como o pagamento de 30 (trinta) dias-multa, objetivando a reforma *decisum*.

Sustenta, em síntese, que deveria ser absolvida com sede no artigo 386 incisos V e VII do Código de Processo Penal.

Alternativamente, pretende a aplicação das atenuantes previstas em lei (art.65) bem como seja reconhecida a primariedade.

Contrarazões às f. 258-68, pugnando pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de justiça opina pelo improvimento do recurso (f. 276-83).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por **Joana Nogueira da Silva** em face da sentença que a condenou à pena do artigo 231-A, § 2°, inciso I, assim como às penas do artigo 304 c/c artigo 299 e 69, todos do Código Penal, de 04 (quatro) anos e 07 (sete) meses de reclusão, a serem inicialmente cumpridos em regime semiaberto, assim como o pagamento de 30 (trinta) dias-multa, objetivando a reforma *decisum*.

Sustenta, em síntese, que deveria ser absolvida com sede no artigo 386 incisos V e VII do Código de Processo Penal.

Alternativamente, pretende a aplicação das atenuantes previstas em lei (art.65) bem como seja reconhecida a primariedade.

A denúncia narra que a apelante, no dia 29 de setembro de 2009, por volta das 20h30min, na Rua Maria da Glória, n. 1097, Vila Industrial, em Dourados (MS), foi flagrada por PM, mantendo, por conta própria, um estabelecimento denominado "Bar Zero Hora", onde ocorria a exploração sexual e, esta, tirava proveito econômico da prostituição alheia, inclusive de uma adolescente, as quais dividiam com a apelante os lucros auferidos com tal atividade.

Registra, ainda, que a apelante, além de manter e explorar casa de prostituição, ainda promovia o tráfico interno de pessoas para tal atividade, pois deslocava mulheres de cidades próximas à fronteira com o Paraguai, inclusive menores de 18 anos, como é o caso de duas adolescentes, visando explorar a prostituição destas em seu estabelecimento.

Além disso, em pedido de liberdade provisória, a apelante teria feito uso de uma certidão de nascimento falsa.

Quanto ao pedido de absolvição, tenho que a condenação quanto ao primeiro fato ocorreu por **tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual**, previsto no art. 231-A, § 2º, I, do Código Penal, que possui a seguinte redação, *verbis*:

> Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
>
> § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
>
> § 2º A pena é aumentada da metade se: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
>
> I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos

Quanto a esse particular, a apelante nega, em ambas as fases, o crime, afirmando, em suma, que alugava o estabelecimento comercial denominado "Bar Zero Hora", onde, admite, há prostituição, mas

que ocorre por vontade própria das envolvidas e que somente cobrava pela bebida consumida no local (f. 23 e 171-4).

Esta versão, contudo, não se sustenta frente às provas colhidas.

Deve ser destacado o testemunho de Cinthia Graciela Delgado que confirma que utilizava os quartos pertencentes ao citado bar, e que cobrava R$ 75,00 (setenta e cinco reais) pelo programa, dos quais, R$ 15,00 (quinze reais) eram pagos à apelante; informa, ainda, que a menor mencionada na denúncia também se prostituía no local (f. 107-8).

Estas palavras corroboram os testemunhos de Luis Carlos Ciqueira da Silva (f. 102-3) e de Aparecido Vieira Rodrigues (f. 104), os quais informam que a menor foi trazida de Ponta Porã (MS) com o fim de prostituição, fato admitido pela menor às f. 20, quando afirma que *"JOANA esteve na cidade de Ponta Porã chamou a declarante para trabalhar em Dourados para fazer programas [...] a declarante disse a ela que era menor de 18 anos e ela disse que não problema e arrumou \"um papel\" (se referindo a certidão)"*.

Desta maneira, tenho que não há como acolher o pedido de absolvição, pois comprovada a autoria e materialidade do crime em questão.

Quanto ao crime de uso de documento falso, igualmente, não há como acolher a versão de que a apelante não tinha conhecimento acerca da menoridade, já que, como transcrito acima, ela mesmo providenciou a certidão falsa e, ainda, a utilizou em pedido de liberdade provisória.

Assim, mantenho a condenação por ambos os crimes.

Quanto a pena aplicada, a apelante pretende seja considerada a sua primariedade e, ainda, as atenuantes previstas no art. 65 do Código Penal.

Para o crime do art. 231-A, § 2º, inciso I, do Código Penal, a pena-base foi fixada em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão, encontrando como circunstâncias judiciais negativas a culpabilidade e a conduta social, estes devidamente fundamentadas, o que deve ser mantido.

Diante da disposição do § 2º, inciso I, transcrito acima, a pena foi majorada em metade, passando para o patamar de 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão.

A primariedade da apelante foi considerada na fixação e, ao que consta, nenhuma atenuante prevista no art. 65 restou configurada, devendo a pena ser mantida.

Quanto ao crime do art. 304 c.c. Art. 299 do Código Penal, a pena-base foi fixada em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, ou seja, em 04 (quatro) meses de reclusão acima do mínimo, que bem se sustentam diante da culpabilidade presente no fato de endereçar, ao juízo, documento que sabia ser falso.

Também a primariedade foi considerada na fixação, eis que a pena pata o referido crime varia de 01 (um) a 03 (três) anos de reclusão.

Não há atenuantes a serem reconhecidas.

Pelo exposto, de acordo com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

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 Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 14 de maio de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2012.006325-0 - Ponta Porã
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FALSO TESTEMUNHO – ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPROCEDÊNCIA – PRETENDIDA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PORQUE O DEPOIMENTO NÃO TERIA SURTIDO EFEITO NA AÇÃO PENAL EM QUE FOI PRESTADO – IRRELEVÂNCIA – CRIME FORMAL – IMPROVIDO.

Devidamente comprovadas a autoria e materialidade do delito de falso testemunho, a mantença da condenação é medida que se impõe.

O Crime de falso testemunho é de natureza formal, sendo irrelevante ter o depoimento surtido efeito na ação penal em que foi prestado, par a caracterização do delito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de abril de 2012.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por **Carlos Raul dos Santos Gonzales** em face da sentença que o condenou às penas de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime de falso testemunho (art. 342, § 1°, do Código Penal).

Pretende, em síntese, a absolvição ao argumento de que as provas produzidas nos autos não seriam suficientes para um decreto condenatório, e, caso o entendimento do Tribunal seja diverso, requer a extinção da punibilidade, em razão de o depoimento prestado não ter influenciado o deslinde no feito em que foi produzido (f.126-133).

Contrarrazões às f. 136-44, pugnando pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de justiça opina pela manutenção da sentença (f. 147-155).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por **Carlos Raul dos Santos Gonzales** em face da sentença que o condenou às penas de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime de falso testemunho (art. 342, § 1°, do Código Penal).

Pretende, em síntese, a absolvição ao argumento de que as provas produzidas nos autos não seriam suficientes para um decreto condenatório, e, caso o entendimento do Tribunal seja diverso, requer a extinção da punibilidade, em razão de o depoimento prestado não ter influenciado o deslinde no feito em que foi produzido (f.126-133).

A denúncia narra que o apelante, na data de 20 de julho de 2006, na sala de audiências, no Fórum da Comarca de Ponta Porã (MS), fez afirmação falsa como testemunha de defesa, no Juizado Especial Criminal de Ponta Porã, com o fim de produzir prova em processo penal que corria em desfavor de Rita Eliane e José Arnaldo, pela prática de crime de ameaça e perturbação do sossego.

Consta que, após ser advertido legalmente pela juíza de direito Dra. Larissa Castilho da Silva, em audiência, o apelante informou que em 27 de setembro de 2.004 esteve com Rita Eliane, ré no processo crime no qual o acusado prestava depoimento, na Escola Sesi, e presenciou Rita Eliane apenas pedindo para conversar com a vítima do processo que tramitava no juizado, sendo que esta estava sendo processada naquele feito porque, naquele mesmo dia e local, em verdade, ameaçou e perturbou o sossego da vítima e não simplesmente pediu para conversar com ela.

Ao ser questionado acerca do ocorrido, o apelante informou que se recordava bem da data dos fatos porque naquela data deu aula na Escola Miguel Marcondes, de 19h até 22h30min, de educação artística e inglês, sendo que por essa razão, ao estar se dirigindo para a escola, Rita Eliane passou e lhe ofereceu carona. Ocorre que, de acordo com os documentos que instruem os autos, no dia 27 de setembro de 2004 o réu Carlos Raul dos Santos Gonzales não deu aulas na referida.

Ao ser ouvido, o apelante apenas procurou justificar-se em relação às datas e ao seu comparecimento à escola, reafirmando seu testemunho acerca dos fatos de forma dissociada do que de fato ocorreu.

O testemunho falso ocorreu em virtude das seguintes afirmações, ***verbis***:

> Que no dia 27.09.2004, foi juntamente com a denunciada Rita até a escola Sesi, quando presenciou a denunciada pedindo para conversar com a vítima, sendo que a vítima a ignorou, pediu por duas vezes e a vítima fingiu não escutar até que apareceu d. Francisca que também disse pra a vítima descer e conversar; tem certeza que D. Francisca não se dirigiu a denunciada; afirma que como deu o horário de seu ônibus circular, que passaria às 18:20 horas, foi embora; a denunciada Rita desceu ás escadas e ficou conversando com o denunciado José que acabava de chegar na calçada da Escola; foi embora e os dois ficaram conversando; não presenciou a denunciada telefonando para José Arnaldo; não sabe dizer porque José Arnaldo chegou naquele local naquela hora; nada mais sabe sobre os fatos da denúncia. Se recorda exatamente da data dos fatos porque era um dos dias que daria aula na Escola Miguel Marcondes, afirma que a denunciada comentou com o depoente que pretendia saber porque a vítima teria falado mal dela em uma oficina mecânica; não sabe dizer o quê a vítima teria dito. Que no dia dos fatos estava no ponto de ônibus próximo a escola Ramiro Noronha, eis que residia próximo a aquele local e estava se dirigindo a escola Miguel Marcondes, quando a denunciada Rita passou e lhe ofereceu carona até o centro; que o depoente teria dado aula das 19 até às 22:30 horas de educação artística e inglês; naquela escola foi o único dia que deu aula naquela semana. (f. 45).

Restou comprovado nos autos, que o apelante não esteve no local dos fatos, como afirmou, sendo inverídicas as afirmações dadas em favor de terceira pessoa em processo judicial, devendo ser mantida a condenação.

Quanto ao resultado do referido processo, tenho que é irrelevante se o depoimento falso produziu ou não resultado, pois trata-se de crime formal.

A propósito, o julgado desta Câmara, ***verbis***:

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – FALSO TESTEMUNHO – PRETENDIDO O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – ALEGAÇÃO DE QUE O FEITO ONDE TERIA OCORRIDO O CRIME FOI EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO – CRIME DE MERA CONDUTA – DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DO RESULTADO MATERIAL – POTENCIALIDADE DE LESÃO À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA – ORDEM DENEGADA.

1. Consta nos autos que, em audiência realizada no procedimento cível, o paciente teria feito afirmações falsas sobre fatos relevantes, razão pela qual está sendo processado criminalmente pela prática de falso testemunho.

2. O crime de falso testemunho é de mera conduta, que se consuma independentemente da produção do resultado material, sendo suficiente a potencialidade de lesão à Administração da Justiça.

3. Assim, como o paciente não se retratou antes da prolação da sentença no procedimento cível, está configurado, ao menos em tese, o crime de falso testemunho, não se justificando o encerramento prematuro do processo-crime. (Primeira Turma Criminal. *Habeas Corpus* - N. 2010.025488-6/0000-00 - Sete Quedas. Relatora - Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes. J. 13.9.2010. Destaquei).

Pelo exposto, de acordo com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Dorival Moreira dos Santos e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 23 de abril de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2012.013017-3 - Eldorado
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ABANDONO DE INCAPAZ – ART. 133 "*CAPUT*" DO CP – RECURSO MINISTERIAL BUSCANDO A CONDENAÇÃO – CRIME DE PERIGO QUE NÃO EXIGE DOLO ESPECÍFICO – CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA DE OFÍCIO EM DECORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA.

Para a configuração do crime de abandono de incapaz, não é necessário que os responsáveis pela guarda e cuidado tenham agido com dolo específico, já que o delito previsto no art. 133 do Código Penal é crime de perigo.

Se entre o recebimento da denúncia e a condenação decorreu lapso temporal exigido na lei, decreta-se a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição retroativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara 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 ministerial e, diante da pena aplicada, de ofício, decretar a extinção da punibilidade do réu em face da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de maio de 2012.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de apelação criminal interposta pelo **Ministério Público Estadual** contra sentença que absolveu os réus **Rosana Clemente da Silva** e **Mauri José Turchiello**, com fundamento no art. 386, II, do Código de processo Penal, da prática do crime tipificado no art. 133, do Código Penal, objetivando a reforma do *decisum*.

Pretende o Órgão Ministerial a condenação dos apelados pela prática do crime de abandono de incapaz, tipificado no art. 133, §3º, II, do Código Penal.

Os apelados, em contrarrazões, pediram a manutenção integral da sentença absolutória (f. 98-102).

Em parecer, a Procuradoria-geral de Justiça opina pelo provimento do recurso (f. 107- 110).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

O **Ministério Público Estadual** ofereceu denúncia contra os apelados **Rosana Clemente da Silva** e **Mauri José Turchiello** pela prática do crime de abandono de incapaz porque na data de 20 de outubro de 2006, por volta das 11h45min, membros da Polícia Militar lotados no Distrito de Porto Morumbi na comarca de Eldorado, constataram que a vítima Amauri Clemente da Silva, pessoa paraplégica e doente mental, incapaz, portanto, de reger a própria vida, tinha sido abandonada dentro da residência localizada no mesmo endereço pelos réus, responsáveis pela sua guarda e sustento.

O recurso merece provimento.

Em uma análise acurada do conjunto ordenado das peças do processo, diferentemente do que entendeu o magistrado singular, verifica-se que há provas suficientes de que os apelados praticaram a conduta descrita no *caput* do art. 133, do Código Penal.

O tipo penal prescreve: "*Art. 133. Abandonar pessoa que está sobre o seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos.*"

A materialidade do delito em questão vem perfeitamente demonstrada por meio do Boletim de Ocorrência à f. 22, bem como pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito de f. 05.

A autoria, outrossim, é inconteste, exsurgindo de toda a prova oral coligida ao processado.

À respeito do assunto, leciona Júlio Fabrini Mirabete:

> A conduta típica é abandonar a vítima, o que significa deixar sem assistência, desamparar, largar, quer por levá-la a local em que não há meios de se proteger (crime comissivo), quer afastando-se o sujeito ativo do ambiente de proteção, deixando o ofendido ao abandono (crime omissivo impróprio)" (*in* Código Penal Interpretado. 5ª Edição. Atlas: São Paulo. 2005).

Ao contrário do asseverado na fundamentação que levou a absolvição dos réus, para a configuração do crime de abandono de incapaz não é necessário o dolo específico, já que o delito previsto no art. 133 do Código Penal é crime de perigo.

Não há dúvida que a vítima foi exposta concretamente a perigo, como passo a demonstrar nos depoimentos adiante transcritos:

> [...] a denúncia foi feita em dias antes da visita. Os Agentes de saúde não tinha acesso à casa. A pessoa que cuidava, irmã dele, dizia que estava tudo bem e os agentes de saúde ficaram preocupados. Os Vizinhos comentavam para os agentes que o incapaz estava sozinho. Olharam pela fresta da janela e viram que havia uma pessoa acamado. Com a ajuda da Polícia entraram na casa e a depoente ficou chocada em razão da situação, pois estava nua em cima de um colchonete, em cima de um lençol, muito calor, barbudo, parecendo um animal, magro e encolhido. Havia cheiro forte de urina. Havia uma caneca de agua entornada. Não havia comida no local. Tal pessoa era deficiente mental. Não conseguiram conversar com ele. Ele estava totalmente vulnerável. Chamaram a ambulância e levaram ao Hospital. Aí deram banho, soro fizeram a barba etc... Ficou aproximadamente por uma semana internado [...] (*sic*, f. 68, Maria aparecida Ducal Coan).

> Que em diligencia verificaram que em uma casa no Distrito do Posto Morumbi, havia uma pessoa sozinha, trancada, nú e em péssimas condições de saúde e de higiene. Que a responsável pela vítima seria uma irmã dele. Que a vítima sempre ficava trancado no quarto e não anda.... Uma vizinha disse que sempre passava da hora de comer e o casal não aparecia. O casal não permitia que os Agentes de saúde visitasse a vitima. A vitima é incapaz, não anda, ficava em cima de uma cama forrada de plástico e não fala. [...] (*sic*, f. 69).

Colho, por oportuno, o asseverado pelo ilustre Procurador de Justiça à f. 109 dos autos:

> No caso em tela, restou claro o perigo real a que foi exposta a vítima, que foi resgatada nua, suja, fraca, desprovida das mínimas condições de saúde e higiene, incapaz de esboçar qualquer reação e pedido de socorro, já que é paraplégica e deficiente mental.
>
> Ainda que os apelados não tivessem a intenção de maltratar a vítima, expuseram-na a riscos concretos. (*sic*).

Como visto, inviável manter a absolvição dos réus.

Passo a dosimetria da pena.

Para a ré Rosana Clemente da Silva, consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal de 06 (seis) meses de detenção, com regime inicial aberto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente na limitação de fim de semana.

Para o réu Mauri José Turchiello, consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal de 06 (seis) meses de detenção, com regime inicial aberto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente na limitação de fim de semana.

Entretanto, verifica-se que deve ser decretada a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição retroativa.

A denúncia foi recebida na data de 23 de janeiro de 2007 (f. 43) e levando em consideração a data de hoje, já transcorreu lapso superior ao de 02 (dois) anos, previsto no art. 109 do Código Penal.

Pelo exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso do Ministério Público Estadual para condenar os réus Rosana Clemente da Silva e Mauri José Turchiello pela prática do crime previsto no art. 133, caput, do Código Penal, porém, de ofício, decreto a extinção da punibilidade de ambos, em decorrência da prescrição retroativa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E, DIANTE DA PENA APLICADA, DE OFÍCIO, DECRETARAM A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU EM FACE DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

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 Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 21 de maio de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2012.003198-5 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DEFENSIVO – ESTELIONATO (ART. 171, § 2º, VI, DO CÓDIGO PENAL) – COMPRA DE VEÍCULO – PAGAMENTO COM CHEQUES DE TERCEIROS DE ORIGEM ILÍCITA – PAGAMENTO COM CHEQUE PRÓPRIO COM AUSÊNCIA DE FUNDOS – DOLO COMPROVADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há o que se falar em ausência de dolo no caso concreto, pois o agente foi condenado por infração ao artigo 171, §2º, inciso VI, do Código Penal, cujo o elemento subjetivo é a vontade de fraudar, que, no caso concreto, foi comprovado, eis que o apelante pagou pelo veículo com cheque desprovido de provisão de fundos, chegando ao ponto de adquirir cheques de terceiro, assiná-los e utilizá-los para pagar tal dívida, ou seja, nunca teve a intenção de pagar a vítima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso.

Campo Grande, 2 de abril de 2012.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Trata-se de apelação criminal interposta por Fábio Bernardo de Carvalho contra a sentença de f.260-270 que o condenou à pena de 1 ano de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, por infração ao artigo 171,§2º, inciso VI, do Código Penal, substituída a substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos.

Para tanto, afirma que em nenhum momento agiu com dolo específico de obter lucro em prejuízo alheio, inexistindo o elemento subjetivo do tipo.

Aduz que a vítima relatou os fatos de maneira parcial e tendenciosa, devendo seu depoimento ter valor reduzido, mormente por não haver mais nenhuma prova nos autos da prática do ilícito.

Pugna pela reforma da sentença, a fim de absolvê-lo, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual, às f.291-294 pelo improvimento do apelo.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça no mesmo sentido, às f. 304-310.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Fábio Bernardo de Carvalho contra a sentença de f.260-270 que o condenou à pena de 1 ano de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, por infração ao artigo 171,§2º, inciso VI, do Código Penal, substituída a substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos.

Para melhor compreensão da questão posta em julgamento, adoto o relatório fático feito pela julgadora singular, ás f.260-261:

> O Ministério Público denunciou FÁBIO BERNARDO DE CARVALHO, brasileiro, solteiro, vendedor, portador do RG n. 1030501 SSP/MS, filho de Francisco José de Carvalho e Ivete Bernardo, nascido em 20-09-1981 em Bodoquena/MS, como incurso nas condutas capituladas nos artigos 171, §2º, inciso VI (fraude no pagamento por meio de cheque) e artigo 299 (falsidade ideológica) em concurso material (artigo 69), todos do Código Penal, por ter ele obtido para si vantagem ilícita em prejuízo da vítima SÉRGIO SILVA DOS REIS, induzindo-o e mantendo-o em erro, mediante meio fraudulento, bem como inseriu declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita, com o fim de criar obrigação e obter para si vantagem ilícita em prejuízo das vítimas ÉDER ALVES DA CUNHA, WILSON ROBERTO NUNES LOPES-ME e RODRIGO ZANATTO DA CUNHA.
>
> Consta da denúncia que na data de 05-08-2008, por volta de 17h, o acusado comprou o veículo VW Saveiro da vítima SÉRGIO SILVA DOS REIS, pelo valor de R$ 20.000,00, através de lâmina de cheque, emitida nesse valor, de titularidade de WILSON ROBERTO NUNES LOPES-ME, que não possuía fundos para pagamento.
>
> Procurado o acusado, este substituiu a lâmina de cheque por outra, no valor de R$ 19.000,00, de titularidade de ÉDER ALVES DA CUNHA, que igualmente não possuía fundos. Essa lâmina de cheque foi novamente, pelo acusado, substituída por outra no valor de R$16.000,00, de sua titularidade, a qual foi mais uma vez devolvida por não haver fundos para pagamento no banco sacado.
>
> O acusado, por fim, repassou à vítima SÉRGIO outra lâmina de cheque no valor de R$16.800,00, de titularidade de RODRIGO ZANATTO DA CUNHA e, ao tentar depositá-la, a vítima foi informada de que a lâmina era roubada.
>
> Consta ainda da denúncia que as declarações referentes aos preenchimentos e assinaturas inseridas nas lâminas de cheques de titularidade das vítimas ÉDER ALVES DA CUNHA, WILSON ROBERTO NUNES LOPES-ME e RODRIGO ZANATTO DA CUNHA partiram todas do punho escritor do acusado, configurando, declarações falsas.

O apelante foi condenado por infração ao artigo 171, §2º, inciso VI, do Código Penal que assim prevê:

> Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:
>
> Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.
>
> § 2º Nas mesmas penas incorre quem:
>
> VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

Afirma o apelante que deve ser absolvido, porque não agiu com dolo específico de obter lucro ou prejuízo alheio.

Ocorre que o apelante não foi condenado pela figura descrita no *caput* do artigo 171, do Código Penal e sim pela figura descrita em seu inciso VI, pois emitiu cheques sem provisão de fundos, com o intuito de fraudar pagamento.

Como explica Guilherme de Souza Nucci[1], em relação ao elemento subjetivo do tipo "*exige-se o dolo. Não há forma culposa. Pede-se, ainda, a existência do elemento subjetivo específico – não explícito no tipo, mas somente no nomen juris -, que é a vontade de fraudar. Como ensina HUNGRIA, é o animus lucri faciendi ou a intenção de defraudar*".

No caso concreto, a materialidade resta consubstanciada pelo inquérito policial, além da prova oral colhida em juízo.

Com relação à autoria, o apelante, na fase extrajudicial, afirmou que pagou pelo automóvel com cheque sem provisão de fundos (f.100-101') e que "*além das promessas de financiamento o interrogando também fez uso de emissão de cheques de sua própria conta corrente e de conta de titularidade de terceiros, esclarecendo que adquiriu tais cheques para prática dos fatos*".

Em juízo, o próprio apelante afirmou que os fatos narrados na denúncia são verdadeiros (f.239).

Outro fato que demonstra toda a intenção do apelante em fraudar o pagamento foi que o mesmo admitiu que pegou o carro da vítima e deu como garantia cheque de terceiro que o mesmo adquiriu "*do Antônio lá da pedra*" (f.239) e, ainda, que para pagar o carro precisa fazer um financiamento, mas "*pra revender financiado, precisava juntar dinheiro, ele financiado valeria uns quatro, cinco mil reais, que era mais ou menos. [...]. Eu vinha vindo de uma situação que era de bola de neve, [...] pro senhor aqui isso seria quase impossível*" (f.239-240).

A vítima, Sérgio Silva dos Reis confirmou que entregou o carro para o apelante e este disse que ia financiar e como garantia entregou cheque de terceiro. Como o financiamento não saiu, depositou o cheque que estava sem fundos e o apelante passou novo cheque, novamente desprovido de fundos, repetindo-se a situação, chegando ao ponto do apelante lhe repassar cheque roubado (f.207-208).

A vítima ainda relatou que não conseguiu reaver seu veículo, pois o mesmo está em posse de terceiro (f.208).

Giovanny Sbardelotto disse em juízo que adquiriu do apelante o veículo da vítima (f.210-214).

Rodrigo Zanatto da Cunha (f.216-217) e Eder Alves dos Santos (f.219) confirmaram que tiveram seus cheques roubados.

Frise-se que é inquestionável que o apelante pagou pelo veículo com cheque desprovido de provisão de fundos, chegando ao ponto de adquirir cheques de terceiro, assiná-los e utilizá-los para pagar tal dívida, ou seja, o apelante nunca teve a intenção de pagar a vítima, o que torna mais evidente o dolo.

Por oportuno:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. EMISSÃO DE CHEQUE SEM PROVISÃO DE FUNDOS. PRESENÇA DE DOLO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. REDUÇÃO DA PENA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA. Se o agente emitiu cheque sem a devida

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado.*12ed. São Paulo: RT, 2012, p.853.

> provisão de fundos junto ao banco sacado, atrelado a conta corrente encerrada, impõe-se a sua condenação pela prática do delito previsto no artigo 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal. [...] (TJMG; APCR 0214682-27.2003.8.13.0456; Oliveira; Segunda Câmara Criminal; Relª Desª Beatriz Pinheiro Caires; Julg. 26/01/2012; DJEMG 09/02/2012)
>
> APELAÇÃO CRIME. ESTELIONATO (ART. 171, § 2º, VI, DO CÓDIGO PENAL). COMPRA DE VEÍCULO PAGA COM CHEQUE DEVOLVIDO DIANTE DA AUSÊNCIA DE FUNDOS. MATERIALIDADE E AUTORIA. A prova colhida no decorrer do processo não deixou dúvidas quanto à materialidade e autoria do delito. Indenização. A reparação de danos à vítima (art. 387, IV, do código de processo penal), deve ser afastada, pois não houve instauração do contraditório e da ampla defesa em relação aos danos causados e ao montante da indenização. Apenamento fixado no mínimo legal mantido. Exigibilidade do pagamento das custas processuais suspensa. Réu pobre. Recurso provido em parte. Voto vencido. (TJRS; ACr 477693-05. 2011. 8. 21. 7000; Carlos Barbosa; Sétima Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Alberto Etcheverry; Julg. 15/12/2011; DJERS 27/01/2012)
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO AGRAVADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PAGAMENTO MEDIANTE CHEQUE SEM PROVISÃO DE FUNDOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. Impõe-se a confirmação do juízo condenatório da sentença se constatada, segundo os elementos probatórios produzidos em juízo, a subsunção da conduta perpetrada pelo apelante. Consciente emissão de cheque sem provisão de fundos visando simular pagamento de obrigação tributária. Ao delito tipificado no artigo 171, § 2º, inciso VI e § 3º do Código Penal. Apelo conhecido e improvido. (TJGO; ACr 340492-06.2005.8.09.0051; Goiânia; Rel. Des. Itaney Francisco Campos; DJGO 09/09/2011; Pág. 226)

Portanto, não há o que se falar em absolvição.

Em relação ao prequestionamento feito pela defesa técnica ado apelante, verifico que o mesmo é insubsistente, pois não indicou de que form ao artigo 171, do Código Penal e artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal foram maculados com a mantença da condenação do apelante, mormente, porque, no caso concreto, o apelante tinha plena ciência de que não iria quitar o compromisso firmado.

Ante o exposto, com o parecer, voto pelo improvimento do apelo de Fábio Bernardo de Carvalho.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

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, 2 de abril de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.006216-2 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PRISÃO PREVENTIVA – ARTIGO 157, §2º, II DO CP – INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE – SUBSTITUIÇÃO PELA PRISÃO DOMICILIAR – PACIENTE DEPENDENTE QUÍMICO, ACOMETIDA DE BIPOLARIDADE, DISRITMIA CEREBRAL E HIV – ARTIGO 318, II DO CPP –- DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – ORDEM CONCEDIDA.

A prisão preventiva, por ser tratar de medida excepcional e de natureza cautelar, pode ser substituída, por prisão domiciliar, quando presentes as circunstâncias do artigo 318, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, Por unanimidade, concederam a ordem.

Campo Grande, 2 de abril de 2012.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

A *Defensoria Pública Estadual* impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Katia Regina Melchiors Pereira, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Sustenta a impetrante, em apertada síntese, que: 1) a paciente encontra-se presa desde o dia 27 de janeiro de 2012 pela suposta prática do crime de roubo, majorado pelo concurso de agentes (artigo 157, §2º, II, do Código Penal); 2) a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória é carecedora de fundamentação, não estando preenchidos os requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal; 3) a paciente possui saúde debilitada, é acometida de transtorno bipolar, disritmia cerebral, assim como é portadora do vírus HIV e não receberá, no estabelecimento prisional, o tratamento adequado; 4) a acusada reúne condições subjetivas favoráveis, ou seja, é primária, tem residência fixa e emprego lícito; 5) ao final, pleiteia a concessão da ordem para que a paciente possa responder ao processo em liberdade ou, subsidiariamente, a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar.

A liminar foi indeferida às fls. 50/51.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações de estilo (fls.56/75). No parecer (fls. 78/80) a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

A *Defensoria Pública Estadual* impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Katia Regina Melchiors Pereira apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Sustenta a impetrante, em apertada síntese, que: 1) a paciente encontra-se presa desde o dia 27 de janeiro de 2012 pela suposta prática do crime de roubo, majorado pelo concurso de agentes (artigo 157, §2º, II, do Código Penal); 2) a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória é carecedora de fundamentação, não estando preenchidos os requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal; 3) a paciente possui saúde debilitada, é acometida de transtorno bipolar, disritmia cerebral, assim como é portadora do vírus HIV e não receberá, no estabelecimento prisional, o tratamento adequado; 4) a acusada reúne condições subjetivas favoráveis, ou seja, é primária, tem residência fixa e emprego lícito; 5) ao final, pleiteia a concessão da ordem para que a paciente possa responder ao processo em liberdade ou, subsidiariamente, a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar.

A liminar foi indeferida às fls. 50/51.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações de estilo (fls.56/75). No parecer (fls. 78/80) a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

Sob a ótica da impetração, portanto, o constrangimento ilegal consubstancia-se no indeferimento, pela autoridade coatora, do pedido de substituição da prisão preventiva em domiciliar, mesmo diante dos problemas de saúde da paciente e da presença de condições pessoais favoráveis.

Segundo a mais autorizada doutrina a possiblidade da prisão preventiva, por se tratar de medida excepcional, "*demanda quesitos básicos como gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor*"[1], tendo em vista o postulado da presunção de inocência, inserto na Carta Magna.

No caso, a paciente é dependente química, portadora de bipolaridade, distrimia cerebral e HIV, conforme documentos de de fls. 31, 33/35, necessitando de tratamento contínuo sob pena de agravar as doenças - que nitidamente são de natureza grave – e chegar, até mesmo, a óbito.

Cabe ressaltar, também, que a paciente é mãe de três filhos, sendo dois menores de idade (7 e 17 anos) que dependem dela para sobreviver; é primária (fl. 40) e possui residência fixa (fl. 29/30).

A prisão domiciliar, prevista no artigo 318, II do Código de Processo Penal, está diretamente ligada à proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e da Convenção Americana dos Direitos do Homem (respeito à integridade física psíquica e moral e vedação de tratamento cruel, desumano ou degradante), conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 98.675/ES, de relatoria do Ministro Eros Grau.

Aliás, quanto a este tema, recentemente, tive a oportunidade de me manifestar ao julgar o HC n.º 2011.035028-4, oportunidade em que fui acompanhado pelos demais pares, restando a ementa da seguinte forma:

HABEAS CORPUS – PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – ART. 147, "CAPUT" e 129, § 9º DO CÓDIGO PENAL, C/C ART. 7º, II, da Lei 11.343/06

1 Guilherme de Souza Nucci, Prisão e Liberdade, 1ª ed., RT, 2007, art. 312, p. 63/64.

– INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE – REITERAÇÃO DE CONDUTAS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – PACIENTE DEBILITADO POR DOENÇA GRAVE – SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR – NOVA REDAÇÃO DO ART. 318 DO CPP – PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM.

A nova redação do art. 318, II do Código de Processo Penal, autoriza a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar em casos de doença grave, onde o agente se encontra extremamente debilitado, como no caso em apreço. Além disso, o paciente possui condições subjetivas favoráveis.

Com efeito, não podemos nos afastar da idéia de que o Direito é uma ciência dinâmica, que exige do julgador a análise das circunstâncias de cada caso concreto que lhe é submetido, sob pena de a aplicação da letra fria da lei causar injustiças.

Outra não foi a razão de a Ministra do C. Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrigui, defender uma visão sociológica na atuação dos juízes. Conforme notícia veiculada em 06.10.11, no sítio eletrônico do STJ, a Ministra deixou claro que "*o juiz moderno não pode exercer o seu papel olhando apenas a lei, mas deve estar atento à dimensão sociológica de suas decisões'. Segundo ela, hoje não há mais lugar para a ortodoxia no exercício da magistratura ou da advocacia"*.

Frise-se que não há uma definição do que seja grave e nem quando o agente pode ser considerado extremamente debilitado, ficando a cargo do magistrado, diante do caso em concreto, analisar as particularidades existente e formar um convicção pessoal acerca da efetividade necessidade da segregação domiciliar.

Seguindo esta linha, o acervo probatório nos autos demonstra a possiblidade de se efetuar a substituição da prisão preventiva pela prisão cautelar, com espeque no artigo 318, II do CPP, por representar, ao meu juízo, a medida mais adequada, frente os indícios de autoria e materialidade em conjunto com as doenças graves das quais a paciente é portadora e necessita de tratamento específico, além dos filhos menores que estão sob os seus cuidados morando na mesma residência.

Mesmo que se possa extrair do crime de roubo o conceito de violência, deve ser observado – sem admitir, por óbvio, que o delito efetivamente ocorreu, mas apenas no campo hipotético, eis que os acusados afirmam que os pertences da vítima foram utilizados como pagamento de suposto programa – que a paciente apenas acompanhou o co-investigado Giovane Tavares Delmondes, sendo ele quem empunhava a arma branca (faca), ameaçando a vítima, consoante relatado às fls. 20.

Ao invés de manter a paciente segregada no estabelecimento prisional, me parece mais efetivo, diante da situação posta, notadamente pelas condições pessoais favoráveis, que ela permaneça em sua residência, na companhia de seus filhos, para realizar o tratamento das doenças e da dependência química que a acomete.

Em face do exposto, contra o parecer, concedo a ordem, para o fim de substituir a prisão preventiva em prisão do domiciliar, nos termos do artigo 318, II, do CPC.

Como forma de manutenção da presente decisão, amparado no artigo 319, I, do CPP, imponha à paciente a obrigação de comprovar, mensalmente, nos autos do processo de n.º 0004326-73.2012.8.12.0001, a realização do tratamento da dependência química, da bipolaridade, da distrimia cerebral e do HIV, sob pena de imediata revogação da presente ordem, ficando, para esses casos em específico, autorizada a deixar sua residência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

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, 2 de abril de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Conflito de Competência n. 2012.006263-6 - Cassilândia
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA - PROCESSUAL PENAL - HOMICÍDIO COMETIDO POR MILITAR DA ATIVA CONTRA OUTRO MILITAR DA ATIVA, AMBOS FORA DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES - MOTIVAÇÃO ALHEIA ÀS ATIVIDADES MILITARES - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

Compete a justiça comum o julgamento de homicídio praticado por militar da ativa contra militar da ativa, fora do lugar sujeito à administração militar e por motivos pessoais. Precedentes STF e STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, julgar procedente o Conflito.

Campo Grande, 7 de maio de 2012.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Trata-se de conflito positivo de competência estabelecido pela Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Cassilândia-MS, ora suscitante e o Juiz de Direito da Justiça Militar de Mato Grosso do Sul, ora suscitado.

Aduz a suscitante que suscitou conflito de competência positivo nos autos de inquérito policial nº 0003068-44.2011.8.12.0007, em trâmite na 1ª Vara da Comarca de Cassilândia-MS, em que figura como vítima Mario José Eufrásio da Silva, destacando-se competente para processar e julgar o feito em 25.1.2012, quando suscitada a incompetência pelo Ministério Público Estadual.

Noticia ainda que por informações do *Parquet*, bem como em consulta ao site do TJMS, verificou que tramita perante a Justiça Militar ação penal sobre o mesmo fato, figurando como acusado Adriano Paulo da Silva e como vítima Mário José Eufrásio da Silva, com número 0056812-69.2011.8.12.0001, sendo que naqueles autos, referido juízo reconheceu a competência da justiça castrense para processar e julgar o feito.

Ponderou que há conflito de interpretações jurisprudenciais sobre o processamento e julgamento das ações que envolvem militares, pois aquele juízo entendeu ser competente por trata-se de crime de militar contra militar, ao passo que a suscitante entendeu ser competente porque a natureza do crime é particular.

Ao final, requer o reconhecimento da competência do juízo suscitante.

Informações do juízo suscitado às f. 314-316.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 320-321, pugnando pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça para a providência das medidas cabíveis.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de conflito positivo de competência estabelecido pela Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Cassilândia-MS, ora suscitante e o Juiz de Direito da Justiça Militar de Mato Grosso do Sul, ora suscitado.

A controvérsia discutida se refere à competência para julgamento de homicídio praticado por militar contra outro militar, ambos da ativa, cometido fora do exercício da função e por motivação completamente alheia às atividades militares.

Segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do entendimento pacificado no âmbito da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a condição de militar na ativa não é suficiente para atrair a excepcional competência da Justiça castrense.

Nesse sentido, destaca-se os seguintes precedentes, perfilhados sob as ementas:

> Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Homicídio qualificado praticado por militar da ativa contra militar do Corpo de Bombeiros da ativa. Delito praticado fora do lugar sujeito à administração militar e por motivos pessoais. 3. Competência da Justiça comum. Tribunal do júri. 4. Recurso a que se nega provimento. (RHC 111025, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 23-04-2012 PUBLIC 24-04-2012)
>
> *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO COMETIDO POR MILITAR DA ATIVA CONTRA OUTRO MILITAR DO CORPO DE BOMBEIROS DA ATIVA, AMBOS FORA DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. MOTIVO DO CRIME RELACIONADO À VINGANÇA PARTICULAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. A tese defendida na presente impetração encontra-se na direção oposta ao entendimento pacificado no âmbito da Terceira Seção desta Corte, firme no sentido de competir ao Tribunal do Júri o julgamento de homicídio doloso praticado por militar contra outro militar, ambos fora do exercício de suas funções. Precedentes.
>
> 2. Ademais, os motivos que ensejaram ao crime dizem respeito à vingança particular do Réu, o que afasta a incidência do art. 9.º do Código Penal Militar.
>
> 3. Ordem denegada. (HC 163.752/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 22/08/2011)
>
> PROCESSUAL PENAL. MILITAR. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXTORSÃO E ABUSO DE AUTORIDADE. CRIMES PRATICADOS POR TENENTE CORONEL DA POLÍCIA MILITAR FORA DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. SÚMULA 172 DESTA CORTE.
>
> I - A condição de militar ou o fato de estar a serviço quando da prática do crime não são suficientes para caracterizar a ocorrência de crime militar e, assim, atrair a competência da Justiça Castrense, se o delito é praticado em razão de interesse alheio às atividades de policial militar. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso)

> II - Na hipótese dos autos, o recorrente é acusado da prática, em tese, dos crimes de extorsão e abuso de autoridade praticado contra civil, pois cobrou uma dívida que possuía com a vítima ameaçando-a de morte. Evidenciado, portanto, não se tratar de crime militar, por ter sido o delito praticado fora do exercício da função de policial militar, a competência para processamento e julgamento do feito recai sobre a Justiça Comum.
>
> III- Nos casos de eventual prática de delito de abuso de autoridade cometido por policiais militares, é competente para julgamento a Justiça Comum, conforme o comando contido no enunciado da Súmula nº 172/STJ ('Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço.').
>
> Recurso desprovido. (RHC 25.895/CE, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 13/09/2010)
>
> PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. INCOMPETÊNCIA RATIONE MATERIAE. DISPENSA DE TESTEMUNHA ASSINALADA COMO IMPRESCINDÍVEL. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DO DEFENSOR. NULIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO PRETÓRIO EXCELSO.
>
> 1. É competente a Justiça Castrense para processar e julgar os crimes militares, definidos no art. 9.º do Código Penal Militar, sendo indispensável, contudo, que o fato típico afete as instituições militares; do contrário, a competência pertence à Justiça Comum, principalmente quando o crime ocorre fora da caserna e em razão de desavença pessoal.
>
> 2. No ordinário exercício de seu múnus, pode o Advogado dispensar a oitiva de testemunha, não sendo necessário para tanto poderes especiais, como estabelecido no art. 38 do Código de Processo Civil.
>
> 3. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem como pacífica a inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 8.072/90.
>
> 4. Ordem concedida, em parte, apenas para alterar o regime de cumprimento de pena fixado na condenação, que passa a ser o inicialmente fechado. (HC 57.074/RJ, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 22/09/2008)

Pois bem. Na hipótese, como se verifica dos documentos juntados no presente conflito de competência, o crime de homicídio foi cometido por militar da ativa contra militar da ativa, ambos fora de serviço, por motivo alheio aos interesses militares – no caso, ocorrência de violência doméstica e dívida particular.

Desta forma, a competência do Tribunal do Júri prevalece sobre a Justiça Militar em se tratando de fato circunscrito ao âmbito privado, sem nexo relevante com as atividades castrenses.

Nesse mesmo diapasão, é a matéria veiculada no informativo 655, do Supremo Tribunal federal, *in verbis:*

> Compete à justiça comum processar e julgar crime praticado por militar contra militar quando ambos estiverem em momento de folga. Com esse entendimento, a 1ª Turma, por maioria, concedeu habeas corpus para extirpar o decreto condenatório nos autos de ação penal processada perante a justiça castrense. Na espécie, o paciente, que se encontrava de folga, ao sair de uma roda de samba em boate, praticara crimes dolosos contra as vidas de dois civis e um militar. A impetração sustentava que, em relação à vítima militar, o paciente fora julgado e condenado pela justiça militar e pelo tribunal do júri, o que importaria em bis in idem. Assinalou-se, no caso, não ser a qualificação do agente a revelar a competência da justiça castrense e não haver qualquer aspecto a atrair a incidência do art. 9º do CPM quanto à definição de crime militar ["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: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar"]. Ressaltou-se a competência do tribunal do júri para processar e julgar o militar em relação às vítimas civis e militar. Vencido o Min. Dias Toffoli, relator, que, não conhecia o writ, mas — com base no art. 9º, II, a, do CPM e no CC 7017/RJ (DJU de 14.4.94) —, concedia, de ofício, a ordem para, em relação à vítima militar, fixar a competência da justiça castrense, abolida a decisão do tribunal do júri. HC 110286/RJ, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/o acórdão Min. Marco Aurélio, 14.2.2012. (HC-110286)

Diante do exposto, julgo procedente o conflito positivo de competência, para reconhecer a incompetência da Auditoria Militar e, por conseguinte, anular a ação penal desde o recebimento da denúncia, determinando a remessa dos autos à 1ª Vara da Comarca de Cassilândia – MS.

Comunique-se, desde logo, aos Juízos envolvidos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, JULGARAM PROCEDENTE O CONFLITO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

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, 7 de maio de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.002165-4 - Sonora
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – CORRUPÇÃO PASSIVA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA – SUPOSTA ILEGALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – AUTORIDADE COMPETENTE – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR – INEXISTENTE – PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA.

O trancamento da ação penal por falta de justa causa, na via estreita do *habeas corpus*, somente é possível se houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

Não há falar em provas ilícitas em sua origem ou por derivação, pois as interceptações telefônicas e suas prorrogações foram autorizadas por autoridade legalmente constituída e de forma fundamentada.

Não ofende o princípio do promotor natural, a atuação ministerial pautada pela própria organização interna, com atribuições previamente definidas em Lei Orgânica do Ministério Público Estadual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, denegar a ordem.

Campo Grande, 21 de maio de 2012.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

O advogado Paulo Henrique Kafif Siqueira impetrada ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor dos pacientes Mauricio de Souza Lima, Nilton José Barauna, Aridalton José de Souza e Demilson de Santi, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Sonora.

O impetrante afirma, em breve resumo, que o constrangimento ilegal emerge do fato da autoridade coatora ter recebido denúncia em face dos pacientes pela suposta prática dos crimes de corrupção passiva e formação de quadrilha, quando as provas foram obtidas de forma ilegal; violação dos princípios do juiz natural e do promotor natural; e, descumprimento de ordem judicial.

O pedido de liminar foi deferido (f. 1853-4).

As informações foram anexadas à f. 1858-60.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 1864-73).

VOTO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Como relatado, trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Paulo Henrique Kafif Siqueira em favor dos pacientes Mauricio de Souza Lima, Nilton José Barauna, Aridalton José de Souza e Demilson de Santi, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Sonora.

O impetrante afirma, em breve resumo, que o constrangimento ilegal emerge do fato da autoridade coatora ter recebido denúncia em face dos pacientes pela suposta prática dos crimes de corrupção passiva e formação de quadrilha, quando as provas foram obtidas de forma ilegal; violação dos princípios do juiz natural e do promotor natural; e, descumprimento de ordem judicial.

Com relação à afirmativa de que as provas foram obtidas de maneira ilícita, tem-se que as interceptações telefônicas foram realizadas com a devida autorização judicial, nos termos da Lei n. 9.296/96.

Destaco, por oportuno, que os deferimentos de novas interceptações e as prorrogações solicitadas foram fundadas nas próprias interceptações e investigações realizadas, onde apurou-se indícios de envolvimento de outros agentes públicos, incluindo os pacientes, fato este que afasta a pretensão do impetrante em considerar a prova maculada de vício insanável originário ou por derivação.

Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal: "*Persistindo os pressupostos que conduziriam à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação"* (RHC 85575/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 16/3/2007).

Logo, afasta-se qualquer possibilidade de ilicitude de provas, eis que as interceptações telefônicas foram realizadas mediante autorização judicial motivada.

Quanto à violação do princípio do juiz natural, consigno que juiz competente é o constitucional ou legalmente previsto para conhecer e julgar determinado litígio. A decisão que emana do juiz competente deve ser escrita e motivada.

Além disso, naquela oportunidade, os pedidos de interceptações telefônicas foram feitos com fundamento no provimento que dispõe sobre o atendimento pelos Juízes de Direito da Comarca de Campo Grandes, no que se refere aos pedidos feitos pelo GAECO.

No mesmo norte, com relação à suposta violação ao princípio do promotor natural, o mesmo tem por finalidade impedir a designação de promotores *ad hoc*, para cuidar de causa específica, dificultando, assim, a ocorrência de perseguições ou benefícios ao acusado.

Por isso, a designação de membros do Ministério Público para atuar em determinado caso, deve atender aos critérios estabelecidos na Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e em lei estadual.

Importante ressaltar que todos os promotores de justiça atuam em conjunto com os designados para o GAECO.

De todo o exposto, incabível a tese de descumprimento de ordem judicial por parte do órgão ministerial, consequentemente não há provas ilícitas originárias ou por derivação.

Por fim, é de comezinho direito que as esferas criminal e administrativa são independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do juízo criminal que negar a existência do fato ou a autoria do crime.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS. P*ROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CONCLUSÃO, NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, DE INEXISTÊNCIA DE AUTORIA, DE NEGLIGÊNCIA OU IMPERÍCIA MÉDICA. PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA MATERIALIDADE DELITIVA NA VIA ELEITA. PRECEDENTES DO STJ.
>
> 1. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que somente é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.
>
> 2. A denúncia, na hipótese, descreve fatos que, em tese, configuram infração penal e possibilita a defesa da acusada. Não é possível o trancamento da ação penal, na ação mandamental, mormente quando a alegação de falta de justa causa demanda o reexame do material cognitivo constante nos autos.
>
> 3. As instâncias administrativa e penal são independentes, não estando o Judiciário vinculado às decisões tomadas por órgãos da Administração Pública.
>
> 4. Precedentes do STJ.
>
> 5. Ordem denegada. (STJ, HC n. 34.941, Quinta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. 3.3.2005).

Portanto, em detida análise aos autos, não há dúvida de que há indícios de delitos cometidos pelos pacientes e isso somente poderá ser esclarecido com a análise aprofundada das provas constantes nos autos originais.

Ressalto, por oportuno, que matéria que demanda dilação probatória não é cabível ser apreciada na via estreita do *writ*.

Os Tribunais Superiores são firmes no sentido de que o trancamento da ação penal só é possível quando a mera exposição dos fatos evidencia a ilegalidade, tal como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* n. 39.778, Relator Ministro Gilson Dipp:

> [...].
>
> II. A impetração não conseguiu ilidir a prova da materialidade nem os indícios de autoria, não restando evidenciada qualquer ausência de suporte probatório para o oferecimento da exordial acusatória.
>
> III. O trancamento da ação penal, por falta de justa causa, só é possível quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas no caso dos autos.
>
> [...].

Finalmente, este Sodalício já firmou entendimento no sentido de que, o trancamento da ação penal, na estreita via do *habeas corpus*, somente é possível se houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção de punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não ocorre na espécie.

Diante do exposto, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relatora, a Exmª. Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Francisco Gerardo de Sousa e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 21 de maio de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.008797-5 - Naviraí
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO PENAL – ART. 1º, VII, ALÍNEA "C", DO DECRETO N. 7.046/2009 – SENTENCIADO ACOMETIDO DE DOENÇA GRAVE E PERMANENTE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – CONCEDIDA.

Em face do laudo pericial apresentado pelo médico designado pelo juízo, nota-se que o paciente enquadra-se nas situações descritas no art. 1º, VII, alínea "c", do Decreto n.7.046 de 31 de dezembro de 2009, já que é portador de doença cardíaca, diabetes mellitus, doença da próstata e patologias de coluna, doenças graves, com incapacidade severa e grave limitação de atividades, que exigem cuidados contínuos.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, conceder a ordem.

Campo Grande, 21 de maio de 2012.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª Desª Marilza Lúcia Fortes

A Defensoria Pública Estadual impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente José Anizio Neves, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Naviraí.

A impetrante argumenta, em breve resumo, que o paciente cumpre pena em regime fechado na Penitenciária de Segurança Máxima de Naviraí, em virtude de condenações oriundas de outras Comarcas.

Na data de 17/12/2010 ingressou com pedido de indulto humanitário, por possuir graves problemas de saúde.

O órgão ministerial requereu a realização de perícia médica e, que, até o deslinde da questão, o ora paciente fosse colocado em prisão domiciliar, tendo o magistrado deferido apenas a realização da perícia.

Após a juntada do laudo pericial, o MP requereu novos esclarecimentos ao perito, o qual chegou à mesma conclusão, ou seja, que a saúde do paciente era e continuava precária, razão pela qual, opinou favoravelmente à concessão do indulto humanitário.

No entanto, quando os autos foram conclusos para que o magistrado finalmente decidisse a respeito (em 02/03/12), ele determinou que fosse realizada nova perícia, formulando novos quesitos ao perito subscritor do laudo.

Assim, aduz que sofre constrangimento ilegal por excesso de prazo, pois formulou o pedido de concessão de indulto humanitário há mais de um ano e não houve decisão a respeito.

Pede a concessão do indulto humanitário, em virtude das provas cabais de sua saúde precária, ou, subsidiariamente, da prisão domiciliar, vez que não houve justa causa para a demora da decisão.

A liminar foi deferida, concedendo a prisão domiciliar ao paciente (f. 112-113).

As informações foram anexados à f. 118-121.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da ordem (f. 124-132).

Foram encaminharam novos documentos pela autoridade coatora para instruir os autos (f. 135-158).

A PGJ ratificou o parecer lançado às f. 124-132 (f. 161).

VOTO

A Srª Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública Estadual favor do paciente José Anízio Neves apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Naviraí.

A impetrante argumenta, em breve resumo, que o paciente cumpre reprimenda em regime fechado na Penitenciária de Segurança Máxima de Naviraí, e possui estado de saúde grave.

Assim, na data de 17/12/2010 ingressou com pedido de indulto humanitário.

Todavia, apesar da juntada do laudo pericial, dos esclarecimentos do perito e parecer favorável do órgão ministerial à concessão do indulto, a autoridade coatora determinou a realização de nova perícia, formulando novos quesitos ao perito subscritor do laudo, permanecendo há mais de um ano sem decisão sobre o pedido.

A autoridade coatora prestou informações às f. 118-121, *in verbis:*

> [...]
>
> Por certo o princípio constitucional da duração razoável do processo deve ser diretriz imperiosa no andamento dos feitos, mas isso não quer dizer – nem de longe – que o devido processo legal deve ser jogada às favas, decidindo-se "ao gosto do cliente". Assim, se a perícia não cumpriu a contento seu desiderato deve ser ela complementada, esclarecida, e é exatamente isso que foi feito.
>
> [...]
>
> Por fim, informo a Vossa Excelência que o feito encontra-se no aguardo do envio da complementação da perícia médica determinada.

Posteriormente, a autoridade coatora encaminhou cópia da decisão proferida em 23.04.2012 na qual indeferiu o pedido de indulto, por entender que não restaram comprovados os requisitos normativos do indulto (f. 155-v/157-v).

Consoante art. 1º, VII, alínea "c", do Decreto n.7.046 de 31 de dezembro de 2009, será concedido indulto às pessoas condenadas:

> [...] acometidas, cumulativamente, de doença grave, permanente, apresentando incapacidade severa, com grave limitação de atividade e restrição de participação, exigindo cuidados contínuos, desde que comprovada por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução, constando o histórico da doença, caso não haja oposição do beneficiário, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição.

Consoante laudo pericial apresentado às f. 93-96:

> [...]
>
> 2) O reeducando está cumulativamente acometido por doença grave e permanente:
>
> R: Sim (Doença Cardíaca, Diabetes Mellitus, Doença da Próstata e Patologias de Coluna).
>
> 3) O reeducando apresenta cumulativamente incapacidade severa, com grave limitação de atividade e restrição de participação?
>
> R: Sim. Essas doenças são de gravidade severa e tende a piorar, pois o mesmo necessita de acompanhamento contínuo de médico nas especialidades de (Ortopedia, Urologia, Cardiologia e Endocrinologia).
>
> 4) As doenças do reeducando exigem cuidados contínuos?
>
> R: Sim.

Assim, verifica-se que o laudo médico apontou que o paciente preenche os requisitos exigidos pela norma para a concessão do indulto humanitário.

Diante do exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, concedo a presente ordem de *habeas corpus*, para conceder o indulto humanitário ao paciente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relatora, a Exmª Srª Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Francisco Gerardo de Sousa e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 21 de maio de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.012771-2 - Jardim
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – CALÚNIA E DIFAMAÇÃO – CLARA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – EXCESSOS EM PEÇAS PROCESSUAIS – ORDEM CONCEDIDA.

Não há óbice ao manejo do *habeas corpus* quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas.

O advogado, no exercício das funções que lhe são inerentes, não comete o crime de difamação, pois está acobertado pela excludente de antijuridicidade tipificada no inciso I do artigo 142 do Código Penal.

Quando não comprovado o dolo de imputar falsa prática de crime, não há falar em crime de calúnia. No caso, o advogado utilizou expressões para demonstrar seu inconformismo, cujo excesso não há como se constatar o *animus calumniandi.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, conhecer e conceder a ordem.

Campo Grande, 21 de maio de 2012.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes

A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL DE MATO GROSSO DO SUL, representada pela advogada Silmara Salamaia Hey Silva, impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Flávio Affonso Barbosa, sob a alegação de que esse sofre constrangimento ilegal por parte da Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Jardim**.**

Segundo a impetrante, o constrangimento ilegal emerge do fato de a autoridade coatora ter recebido denúncia em face do paciente, pela suposta prática dos crimes de calúnia (CP, art. 138) e difamação praticada contra funcionário público, em razões de suas funções (CP, art. 139 c/c art. 141, II), que teriam sido cometidos contra o Dr. Humberto Lapa Ferri, Promotor de Justiça e Dr. Valdemiro Mendes Arguilheira, Delegado de Polícia Civil.

Ao final, requer o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, em razão de a atipicidade da conduta.

O pedido de liminar foi deferido (f. 113-114).

As informações foram juntadas às f. 117-119.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não conhecimento da ordem (f. 124-130).

VOTO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL DE MATO GROSSO DO SUL, representada pela advogada em favor do paciente Flavio Affonso Barbosa, apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Jardim**.**

Segundo o impetrante, o constrangimento ilegal emerge do fato de a autoridade coatora ter recebido denúncia em face do paciente, pela suposta prática dos crimes de calúnia (CP, art. 138) e injúria praticada contra funcionário público, em razões de suas funções (CP, art. 139 c/c art. 141, II), que teriam sido cometidos contra o Promotor de Justiça Humberto Lapa Ferri, e o Delegado da Polícia Civil Valdemiro Mendes Arguilheira.

Ao final, requer o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, em razão de a atipicidade da conduta.

Depreende-se dos autos, que o paciente é advogado e atua na Comarca de Jardim. Assim, no exercício da advocacia e atuando em processo criminal n. 013.07.000267-6, ao apresentar defesa prévia afirmou que:

> [...]
>
> Como já dissemos, o indigitado inquérito policial em que se baseia a denúncia, foi conduzido de forma suspeita e parcial, concluído à toque de caixa, onde ainda existem diversos vícios e nulidades, bem como não foram juntados documentos ou ouvidos testemunhas que demonstravam a inocência do réu, senão vejamos, em ordem cronológica: [...]
>
> Salientamos: Ou o delegado é amigo de alguma das vítimas, ou então o Perito, o que torna toda as provas realizadas na primeira fase nulas de pleno direito. Pois os laudos foram realizados de forma unilateral pelo próprio perito, sem qualquer requisição para tal.
>
> [...]
>
> A única coisa que podemos vislumbrar é uma forma de flagrante preparado, pois, assim que foi apreendido o documento, o Delegado autorizou que o Réu fosse embora da delegacia conduzindo o seu veículo! E após isto, a mesma autoridade determinou a RETENÇÃO do veículo (fls. 68), para assim tentar caracterizar o delito do crime tipificado no art. 309 do CTB. Como de fato o fizeram em 11/12/06 (fls. 72).
>
> [...]
>
> Salientamos que o Douto Promotor Humberto Lapa Ferri, em nítido atropelo – acusa, julga e condena o Réu – primeiro acusa-o da autoria, depois julga-o como Homicida, depois condena-o ao perdimento de bens e à suspensão de direitos. Isto tudo sem conhecimento dos fatos, ferindo princípios consagrados pela República Democrática, que só nos faz lembrar do famigerado período da Ditadura Militar.
>
> Ora, Excelência, o que vemos no presente caso é uma nítida perseguição por parte do Douto Representante do MP, pois, sem conhecer dos fatos, chega ao cúmulo de julgar as condutas dos envolvidos no caso, ferindo a presunção da inocência, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, onde afirma que o veículo foi utilizado para a prática de um crime doloso contra a vida, e depois ainda requerer ao Delegado de Polícia Civil proceda a Retenção do Veículo (fls. 67).
>
> Então, não restando outra opção ao nécio delegado de Polícia, senão seguir a orientação do douto promotor, onde criminosamente prepara um flagrante para apreender o veículo e acusar o réu Jean pela prática do crime de Direção de Veículo sem a devida permissão.

> Isto é um ABSURDO, pois este mesmo miliciano submisso aos dizeres do Promotor, havia autorizado o réu a sair de sua delegacia conduzindo o veículo quando do depoimento prestado no dia 05/12/2006. E mais, este mesmo projeto policiesco apreendeu um documento pessoal do réu sem competência para tal. Portanto sabia que o réu não o portava, assim, facilmente poderiam forjar o flagrante preparado que serviu para instruir um processo ao Juizado Criminal.
>
> [...]
>
> Salienta-se ainda que o Douto promotor que ofertou a Denuncia, mais uma vez deixou transparecer a face da perseguição pessoal contra o réu, pois, absurdamente tentou até mesmo que o réu fosse condenado antecipadamente num processo de lesão corporal nº 013.07.100158-4 sob a alegação de que os fatos se tratavam do mesmo caso, mandando apensa-lo aos autos do homicídio tentado, e isto sem ao menos ler o conteúdo do TCO de forma atenta para as datas dos fatos.
>
> [...] (f. 51-53)

A impetrante afirma que as supostas condutas delituosas são atípicas.

A Procuradoria de Justiça suscita preliminar de não conhecimento.

De fato, o *habeas corpus* não é a via adequada para a análise aprofundada de provas, porém, no caso, resta claro que as condutas imputadas ao paciente são atípicas. Assim, conheço da presente impetração.

Com relação ao suposto cometimento do crime de difamação, praticado contra funcionário público, o advogado, no exercício das funções que lhe são inerentes, está acobertado pela excludente de antijuridicidade tipificada no inciso I do artigo 142 do Código Penal, *in verbis: "**Art. 142.** Não constituem injúria ou difamação punível: I – a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;"*

De outro norte, o artigo 138 do Código Penal define a calúnia nos seguintes termos: *"**Art. 138.** Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa."*

Dessa forma, para que o tipo em questão reste totalmente concretizado, são necessários três (03) requisitos, a saber: a intenção de caluniar, a falsidade da imputação e que o fato imputado seja definido como crime.

No caso da calúnia, fica claro que, para se configurar o crime, é indispensável que fique amplamente caracterizado que o fato atribuído ao autor seja definido como crime.

Damásio de Jesus afirma não existir *"delito quando o sujeito pratica o fato com ânimos diversos, como ocorre nas hipóteses de animus narrandi, criticandi, defendendi, retorquendi, corrigendi e jocandi"*. (Código Penal Anotado, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 368).

Não se verifica uma descrição de crime com todos os seus contornos, mas sim expressões demonstrando o inconformismo com o processo, cujo excesso não há como se constatar o *animus calumniandi.*

Em que pese a agressividade das alegações tecidas pelo paciente na peça processual sob análise, não há como se concluir pela intenção de imputar falsamente qualquer prática de crime às supostas vítimas, impondo-se, assim, a meu ver, o reconhecimento da ausência de justa causa para a persecução criminal.

Destaco, por oportuno, fragmentos do voto proferido pelo Des. Carlos Eduardo Contar no *Habeas Corpus* n. 2009.006340-1, Primeira Turma Criminal, j. 31/03/2009, *in verbis*:

> [...].

> No caso, não obstante o discurso adotado pelo paciente seja agressivo e desaconselhável na prática forense, não se pode dizer que tenha imputado algum fato definido como crime à vítima.
>
> Na verdade, o inconformismo do causídico apenas suscita (no foro indevido, diga-se) dúvida quanto à imparcialidade do juiz, expediente permitido no ordenamento jurídico, já que as partes, por intermédio dos instrumentos cabíveis – exceções processuais ou representações em órgãos administrativos correcionais – têm o direito de questionar a isenção do julgador.
>
> Situação diversa seria se o paciente insinuasse que tal imparcialidade estivesse sendo, de alguma forma, rentável para a vítima, descrevendo, em tese, elementares dos delitos de prevaricação ou corrupção.
>
> Assim, é possível afirmar, sem sombra de dúvidas, que não estamos diante de um crime de calúnia. Seria aceitável subsumir a conduta do paciente à difamação, como fez o Promotor de Justiça ao denunciar; no entanto, nessa hipótese, entra em cena a imunidade judiciária prevista no art. 142, II, do Código Penal.
>
> Destarte, sob qualquer prisma em que se analise a questão, emerge a atipicidade dos fatos atribuídos ao paciente, carecendo a ação penal de justa causa para a sua continuidade.
>
> […].
>
> E, mesmo que assim não fosse, não se vislumbra na atitude do paciente a necessária intenção de caluniar o magistrado, pois, como dito, a petição traz consigo apenas um infeliz desabafo, um inapropriado apelo para que as súplicas deduzidas no bojo do processo fossem apreciadas.
>
> [...].

Diante do exposto, contra o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, ratifico a liminar anteriormente concedida, para determinar o trancamento da ação penal n. 0101288-98.2007.8.12.0013, movida pelo Ministério Público Estadual em face de Flávio Affonso Barbosa, ora paciente, com trâmite na 1ª Vara da Comarca de Jardim.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, CONHECERAM E CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relatora, a Exma. Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Francisco Gerardo de Sousa e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 21 de maio de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2012.005740-8 – Pedro Gomes
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME AMBIENTAL - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO DO **PARQUET** – PEDIDO DE CONDENAÇÃO – MATERIALIDADE NÃO DEMONSTRADA - LAUDO PERICIAL INCONCLUSIVO – TESTEMUNHAS QUE NÃO COMPROVAM A PRÁTICA DELITIVA - ABSOLVIÇÃO MANTIDA – IMPROVIDO.

Tratando-se de crime ambiental (desmatamento), que evidentemente deixa vestígios, a prova pericial é indispensável, de modo que, inexistindo no laudo pericial a medição, tampouco se tratava de área de preservação permanente, é de rigor a manutenção do decreto absolutório, sobretudo quando até mesmo a prova testemunhal não se presta para comprovar a materialidade.

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CORRUPÇÃO ATIVA - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO DO **PARQUET** – PEDIDO DE CONDENAÇÃO – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – IMPROVIDO.

Inexistindo nos autos prova cabal de que o réu tentou corromper funcionário do IBAMA a não aplicar a multa administrativa em razão de suposto crime ambiental, mantém-se sua absolvição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso.

Campo Grande, 2 de abril de 2012.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da Comarca de Pedro Gomes, que julgou improcedente a denúncia e absolveu os acusados Célio de Pauli e Celso Giovanini da prática dos crimes previstos no art. 38, **caput**, da Lei n. 9.605/98, e art. 333, do Código Penal (corrupção ativa), respectivamente.

Irresignado com a sentença absolutória, a acusação apela a este Sodalício pleiteando a condenação dos apelados, sob o argumento de que a autoria e a materialidade dos crimes restaram sobejamente demonstradas nos autos.

Em sede de contrarrazões, os apelados requerem o improvimento do recurso ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça é pelo provimento do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, a fim de que os apelados sejam condenados nos termos da exordial.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

Insurge-se o representante do **parquet** contra a sentença proferida pela Juíza de Direito da Comarca de Pedro Gomes, que julgou improcedente a denúncia e absolveu os acusados Célio de Pauli e Celso Giovanini da prática dos crimes previstos no art. 38, **caput**, da Lei n. 9.605/98, e art. 333, do Código Penal (corrupção ativa), respectivamente. Eis o teor da sentença recorrida (f. 505-512), *verbis*:

> [...]
>
> Acusado Celio De Pauli
>
> Celio de Pauli encontra foi denunciado por incurso nas penas do artigo 38 caput da Lei 9.605/98.
>
> Inicialmente, analisando-se as preliminares argüidas, estas não prosperam. Vejamos:
>
> Com relação a inépcia da denuncia, da leitura atenta da inicial constata-se que esta contém todos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, não havendo defeito capaz de torná-la inepta. Quanto à nulidade do processo por cerceamento de defesa e inversão, resta este também sem atendimento, porquanto como já consignado na decisão de f. 434-436, não houve demonstração do prejuízo sofrido pela defesa do acusado. Ainda, tem-se que como já mencionado na decisão retro citada, as testemunhas de defesa que foram ouvidas das das de acusação foram as arroladas pelo co-réu Celso Giovanini e somente ao fato de que este ultimo está sendo acusadas é que foram inquiridas, não tendo as mesmas trazido informações quanto a conduta imputada ao réu Celio de Pauli. Por fim, convém salientar que não se tem como garantir a ordem da oitiva de testemunhas quando as mesmas são ouvidas por precatórias, sendo que a grande maioria das mesmas foram arroladas exatamente pela defesa. Não demonstrado, portanto, o prejuízo sofrido com a oitiva das testemunhas do acusado Celso Giovanini antes das testemunhas de acusação e antes da juntada aos autos da carta precatória de citação do co-réu Celio de Pali, afasto referida preliminar.
>
> Quanto a prescrição da pretensão punitiva virtual, conforme já mencionado nos autos, rejeito-a desde logo ante os termos da Sumula 438 do Superior Tribunal de Justiça.
>
> Relativamente a nulidade do Laudo Pericial acostado aos autos, esta alegação também é infundada.
>
> O artigo 159 do Código de Processo Penal é claro ao dispor que a prova pericial será realizada por perito oficial, no singular, de forma que somente nos casos previstos no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, ou seja, quando a prova pericial for realizada por perito não oficial é que deverá ser assinada por duas pessoas, o que evidentemente não é o caso da prova acostada as f. 68-70, eis que assinada por perito oficial.
>
> Quanto ao mérito, propriamente, tem-se que a materialidade do crime contido no artigo 38 da Lei 9605/98 não restou suficientemente demonstrado.

Veja-se que somente o auto de infração de f. 07-23, elaborado unilateralmente pelo IBAMA e na fase do inquisitório menciona a metragem da área eventualmente degradada e que a mesma tratar-se ia de preservação permanente.

Na fase instrutória, no entanto, somente o laudo pericial de f. 68-70 foi trazido aos autos, mas não se presta a auxiliar na constatação de eventual materialidade do crime. E isso porque não houve medição e não houve constatação se a área tratava-se de preservação permanente. Veja-se que o Sr. expert consignou em seu laudo que 'O perito constatou que a área tem grande dimensão, embora não se tenha realizado medidas avalia-se esta superior a quatrocentas hectares. Por informes do Sr. Celso Giovanini, esta área pertenceu a sua fazenda denominada São Sebastião, tratando-se de uma venda recente de 2.000 há (duas mil hectares) cujo adquirente promoveu o serviço ora vistoriado, onde haveria uma autorização anterior para desmate de 700 há (setecentos hectares), os vestígios indicam que esta área foi 'quebrada', isto é sofreu processo de eliminação dos arbustos maiores e os mais leves, do tipo raleação da vegetação adulta, com utilização de grandes correntes ou cabos de aço, sendo feito posteriormente o enleiramento, processo de ajuntamento dos materiais que foram quebrados com lâminas ou enleiradores. Constatou-se ainda sete montes – de dimensões 10 m a 15 m de comprimento por 1,80 de altura – de lascas de madeira (apenas em uma parte da área, podendo haver mais), que foram feitas a partir de aproveitamento de toras das leiras. Tratava-se de madeiras beneficiadas através do emprego de motorserra (sic), apresentavam comprimento regular de 2,20 m, sendo os troncos mais grossos partidos ao meio, estes tipos de madeiras com esta dimensão são comumente utilizados para construção de cercas para divisa de pastagens. Os vestígios indicam espécies típicas do serrado como o vinhático e outras espécies.' (f. 70). Grifo meu.

Como se percebe, além de não ter sido realizada a medição da área a fim de se constatar o tamanho da área degradada – vez que no próprio auto de infração do acusado consta que o mesmo mantinha licença para o desmate de 750 há de área – não houve igualmente qualquer consideração se a área tratava-se de preservação permanente ou não.

Nos termos do artigo 1º do Código Florestal, considera-se área de preservação permanente aquela '

Como se constata, não houve na prova pericial acostada aos autos qualquer consideração acerca da área degradada, se era ou não de preservação permanente e mais ainda, da sua extensão.

Veja-se que inclusive a prova testemunhal produzida é imprestável para tal fim, uma vez que a testemunha Sebastião Alvarenga (f. 261) disse não saber informar a extensão da área desmatada; a testemunha Ramiro Juliano da Silva, técnico ambiental que participou da diligência na propriedade do denunciado, em juízo disse não se recordar ao certo dos fatos, embora tenha relatado que a área desmatada era superior àquela autorizada pelo Ibama, mas sem relatar a extensão e se era de preservação permanente. Nesse mesmo sentido o depoimento da testemunha Cícero Ferreira de Melo, que em juízo disse não saber a extensão da área desmatada e nem se a mesma era ou não de preservação permanente.

A jurisprudência perfilha o mesmo caminho, no sentido de que, havendo possibilidade e tratanto-se de crime que deixa vestígios, necessária se torna a prova técnica:

'(TJMG-062033) CRIME AMBIENTAL - PROVA PERICIAL - AUSÊNCIA - INADMISSIBILIDADE.

1. Tratando-se de delito que deixa vestígios, mostra-se imprescindível a realização do laudo pericial, sob o crivo do contraditório, para configurar a materialidade delitiva, mormente quando não demonstrada a impossibilidade de sua realização, não podendo ser suprida pela prova testemunhal ou pela confissão do agente. Inexistindo tal prova, é de rigor manter-se a absolvição do réu.

2. Recurso não provido.' (Apelação Criminal nº 1.0024.05.797667-2/001(1), 3ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Antônio Armando dos Anjos. j. 13.01.2009, unânime, Publ. 18.02.2009).

'(TJSC-050278) APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. CRIME AMBIENTAL. ARTIGO 54, § 2º, INCISO V, DA LEI Nº 9.605/1998. POLUIÇÃO.

Ausência de laudo pericial que comprove o dano ambiental ou a possibilidade de sua ocorrência. Comprovação da materialidade do delito prejudicada. Absolvição que se impõe. Recurso conhecido e provido.' (Apelação Criminal nº 2008.072308-5, 1ª Câmara Criminal do TJSC, Rel. Hilton Cunha Júnior. unânime, DJe 27.08.2009).

Pontua-se, ainda, que, embora tenha havido perícia realizada na fase inquisitorial, esta é imprestável a ser utilizada nestes autos, em razão da ausência de elementos que pudesse ensejar a analise da materialidade do delito, tais a extensão da a área desmatada (considerando-se que o proprietário tinha licença para desmate de 750 há) e ainda, se a área era ou não de preservação permanente.

Celso Giovanini

Alega o acusado, em sua peça final defensiva, estar prescrito o delito que lhe imputado. No entanto, pelo exame da pena abstratamente cominada ao delito, constata-se que a pena máxima prevista é de 12 anos. Assim, nos termos do artigo 109 inciso II combinado com o artigo 115 do Código Penal, a prescrição dar-se-á no prazo de 08 (oito) anos. Ora, uma vez que os fatos ocorreram em 25/05/2001, tendo a denuncia sido recebida em 16/11/2004, não houve até a presente data, o transcurso do lapso temporal de oito anos, de forma que fica desde já afastada a prescrição.

De igual forma, considerando-se os termos da Sumula 438 do Superior Tribunal de Justiça, fica também indeferido o cálculo da prescrição de maneira virtual.

Quanto ao mérito, tem-se que não restaram suficientemente demonstrados, nos autos, autoria e materialidade.

Durante a fase instrutória, não houve a produção de provas satisfatórias que permitam concluir de maneira insofismável acerca da ocorrência do delito.

Somente a Vitima Ivandil Peixoto ratificou em juízo as declarações prestadas na Delegacia de Policia, na qual relatou que o acusado Celso Giovanini teria tentado suborná-lo.

Celio De Pauli, por sua vez, no interrogatório prestado as f. 212 limitou-se a dizer que Celso Giovanini tentou fazer "uma negociata" com o fiscal do Ibama.

A testemunha Antonio Ferreira, as f. 181, relata ter presenciado apenas o momento em que o denunciado Celso Giovanini disse aos fiscais do Ibama para procurarem o denunciado Celio.

O fiscal do Ibama Ramiro Juliano da Silva, também em juízo, revelou não se recordar mais dos fatos '[...] que procedida a leitura dos depoimentos da referida testemunha nesta audiência, mesmo assim o depoente nãos e recorda, pelo mesmo motivo acima dito, ou seja, em razão do longo tempo decorrido desde a ocorrência, de que o acusado teria proposto quantia para que não fosse feita a autuação e respectiva multa.' (f. 352). Nesse mesmo sentido é o depoimento da testemunha Cícero Ferreira de melo, no sentido de que não sabe informar o teor da conversa de Celso com o fiscal do Ibama (f. 444).

Como se constata, o conjunto probatório detidamente analisado não comprova o alegado na inicial, de forma que a absolvição do acusado Celso Giovanini é caminho obrigatório.

> Posto isso, julgo improcedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e, por conseqüência, com fulcro no artigo 386, VII do Código de Processo Penal, absolvo Celio de Pauli, brasileiro, casado, agropecuarista, portador do RG 285838 SSP/PR, nascido aos 10/09/1948, filho de Adame de Pauli e Laura de Pauli da imputação de estar incurso nas penas do artigo 38 caput da Lei 9605/98 e Celso Giovanini, brasileiro, casado, pecuarista, portador do RG nº 622283 SSP/PR, nascido aos 26/10/1983, filho de Antonio Giovanini e Ana Maria Calabresi Giovanini, da imputação de estar incurso nas penas do artigo 333 caput do Código Penal.

Após minuciosa análise das provas cotejadas no bojo dos autos, não tenho dúvida de que agiu com acerto a juíza *a quo***,** não havendo falar em condenação dada a fragilidade do conjunto probatório.

Segundo narra a denúncia (f. 2-3):

> No dia 25 de maio de 2001, na Fazenda São Sebastião I e Fazenda Três Picadas, matriculadas, respectivamente, sob o nº 1.187 e 065 do C.R.I. da cidade de Pedro Gomes, atualmente denominada Fazenda Recanto da Paz, o primeiro Denunciado danificou uma extensão de 450 há (quatrocentos e cinqüenta hectares) de floresta considerada de preservação permanente (Reserva Legal), por meio de derrubada de árvores nativas, sem a devida permissão da autoridade competente (IBAMA).
>
> A respectiva área de terras foi adquirida, no dia 21 de março de 2001, pelas filhas do primeiro Denunciado, Patrícia Senedese de Pauli e Cristiane Senedese de Pauli Araujo, conforme Escritura Pública de Compra e Venda de fls. 22/23, contudo, o próprio Denunciado é quem foi o responsável pelo desmatamento da fazenda em questão, tanto é que, quando a área foi fiscalizada pelo IBAMA, o mesmo encontrava-se no local do desmate juntamente com o antigo proprietário desse imóvel, o segundo Denunciado, que por sua vez prometeu ao Técnico Ambiental, Ivandil Peixoto, a realização de um acordo para que este funcionário público não lhe aplicasse multa administrativa, sem estipular o valor do acerto, o que não foi aceito pelo referido servidor do IBAMA, sendo autuado e multado conforme auto de infração de fls. 04/21.
>
> O órgão ambiental em referencia, apreendeu no respectivo local, 05 (cinco) máquinas de esteira, que foram utilizadas para derrubar as árvores das espécies Faveiro e Cambaru, na fazenda em desfile, bem como 10.000 (dez mil) l, constatou-se que a área sofreu processo de eliminação de vegetação adulta, com utilização de grandes correntes ou cabos de aço, bem como a existência de sete montes – de dimensões de lascas de madeiras armazenadas no próprio imóvel rural.
>
> No Laudo Pericial de fls. 66/68, constatou-se que a área sofreu processo de eliminação de vegetação adulta, com utilização de grandes correntes ou cabos de aço, bem como a existência de sete montes – de dimensões de 10 m a 15 m de comprimento por 1,80 m de altura, de lascas de madeiras, as quais foram beneficiadas para construção de cercas de divisa de pastagens.

No que concerne ao crime ambiental imputado ao apelado Célio de Pauli, a materialidade não restou suficientemente demonstrada, porquanto o auto de infração elaborado unilateralmente pelo IBAMA não se presta para comprova-la, quando muito serviria para justificar a imposição de multa administrativa.

Por sua vez, o laudo pericial acostado às f. 68-70 também não se presta a demonstra-la, uma vez que não houve medição, tampouco constatação se a área tratava-se de preservação permanente, conforme bem destacou a magistrada.

Assim sendo, não havendo qualquer consideração aceca da área degradada, se de preservação permanente ou não, e sua extensão, ausente a materialidade do crime, sobretudo quando no próprio auto de infração consta que o proprietário tinha licença para o desmate de 750 ha de área.

E, em se tratando de crime ambiental em comento (desmatamento), que evidentemente deixa vestígios, a prova pericial é indispensável.

Até mesmo a prova testemunhal é imprestável para comprovar a materialidade.

Sebastião Alvarenga (f. 261) afirmou não saber informar a extensão da área desmatada.

O técnico ambiental que participou da diligência na propriedade do apelado, Sr. Ramiro Juliano da Silva, disse não se recordar ao certo dos fatos, embora tenha relatado que a área desmatada era superior àquela autorizada pelo Ibama, mas sem relatar a extensão e se era de preservação permanente, versão idêntica à apresentada pela testemunha Cícero Ferreira de Melo.

É de rigor, portanto, a manutenção do decreto absolutório.

Da mesma forma, também não há como imputar ao apelado Celso Giovanini a prática do crime de corrupção ativa, ante a insuficiência de provas acerca da ocorrência do delito.

Há nos autos apenas a declaração da vítima Ivandil Peixoto, que relatou na fase inquisitorial que o apelado Celso teria tentado suborná-lo.

Os demais elementos de prova, como bem observou a juíza, em momento algum confirmam que o apelado Celso tentou corromper o funcionário do IBAMA a não aplicar a multa administrativa.

O próprio fiscal do IBAMA, Sr. Ramiro Juliano da Silva, revelou que não se recordava mais dos fatos em razão do longo decurso de tempo desde a ocorrência dos fatos, nem se o acusado teria proposto alguma quantia para que não fosse feita a autuação (f. 352).

Já Cícero Ferreira da Silva, na mesma oportunidade (f. 444), afirmou que não sabe informar o teor da conversa de Celso com o fiscal do IBAMA.

Destarte, diante da fragilidade da prova existentes nos autos, mantenho a sentença absolutória proferida pela juíza de instância singela.

Ad argumentandum, sob a ótica deste relator, a condenação dos apelados não traria qualquer efeito prático, pois a pretensão estatal fatalmente seria atingida pelo fenômeno da prescrição retroativa. Explico.

O crime previsto no art. 38, **caput**, da Lei n. 9.605/98 prevê pena de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos. Já o delito de corrupção ativa, previsto no art. 333, **caput**, do Código Penal prevê pena de reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos.

Os delitos, em tese, teriam sido praticados no dia 25 de maio de 2001, tendo a denúncia sido recebida em 16/11/2004.

Assim, com relação ao apelado Célio, ainda que viesse a ser condenado pela prática do crime ambiental à pena de até 2 (dois) anos de detenção, seria extinta a sua punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa, pois da data do recebimento da denúncia até o presente momento já se passaram aproximadamente 7 (sete) anos e 5 (cinco) meses. E, tratando-se de réu primário, com as demais circunstâncias judiciais favoráveis, não haveria motivos para fixa-la acima desse patamar, considerando-se que o máximo da pena é 3 (três) anos.

Mais ainda quando se trata de Celso, eis que, ainda que sobreviesse condenação à pena de 8 (oito) anos de reclusão, prescrita estaria a pretensão estatal, posto que o apelado possui mais de 70 (setenta) anos, devendo ser aplicada a regra do art. 115 do CP, reduzindo-se o prazo prescricional pela metade.

Diante dessas considerações, **nego provimento** ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, mantendo-se a sentença proferida pela Juíza de Direito da Comarca de Pedro Gomes, que julgou improcedente a denúncia e absolveu os acusados Célio de Pauli e Celso Giovanini da prática dos crimes previstos no art. 38, **caput**, da Lei n. 9.605/98, e art. 333, do Código Penal (corrupção ativa), respectivamente. Decisão contra o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

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, 2 de abril de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.005777-6 – Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA - *HABEAS CORPUS* – ARTIGO 316, *CAPUT*, DO CP – CONCUSSÃO – ALEGADO EXCESSO DE PRAZO – SENTENÇA PROLATADA – SÚMULA Nº 52 DO STJ – EXCESSO SUPERADO – PRETENSÃO DE APELAR EM LIBERDADE – IMPOSSIBILIDADE – PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL – ORDEM DENEGADA.

Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

Não há constrangimento ilegal na manutenção da prisão provisória quando da prolação da sentença condenatória se, em face da prisão preventiva, permaneceu o paciente custodiado durante toda a instrução criminal, e, principalmente, porque permanecem os motivos insertos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 9 de abril de 2012.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Mahmod da Silva Degaiche, condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão em regime fechado, pela prática do crime de previsto no art. 316, caput, do CP (concussão), impetra a presente ordem de habeas corpus com pedido liminar, em favor próprio, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande que manteve sua prisão cautelar na sentença condenatória.

Argumenta que a sentença não fez qualquer referência ao decreto de prisão preventiva, tendo o magistrado apenas asseverado: ***"Mantenho suas prisões cautelares, por não haver alteração nas situações fáticas"***.

Destarte, requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos da prisão cautelar até julgamento definitivo do *writ*, determinando-se expedição de alvará de soltura em seu favor. No mérito, espera seja concedida a ordem para o fim de manter a liberdade em definitivo do paciente, decretando-se a nulidade da parte da sentença que o proibiu de apelar em liberdade. Alternativamente, pede a concessão da ordem em razão do excesso de prazo de prisão cautelar.

A liminar foi indeferida (f. 44/45), tendo sido requisitadas as informações da autoridade apontada como coatora.

As informações foram anexadas às f. 51/53.

Instada a se manifestar a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da presente ordem de *habeas corpus.*

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

A ordem deve ser **denegada**.

Inicialmente, salienta-se que eventual excesso de prazo da prisão cautelar resta superado, não configurando constrangimento ilegal, a teor do verbete sumular n.º 52 do Superior Tribunal de Justiça.

Sucede que a autoridade apontada como coatora, ao prolatar a sentença condenatória, ainda não transitada em julgado, ratificou a prisão cautelar diante do rigor da pena aplicada, consubstanciando ***"nos termos do art. 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal, mantenho a prisão cautelar dos apenados, haja vista que não ocorreram modificações nas circunstâncias fáticas que a autorizaram, somada a condenação ora realizada"***.

O *decisum* que decretou a prisão preventiva do paciente pautou-se nos seguintes termos:

> Como corolário do princípio da não culpabilidade, toda e qualquer prisão de natureza cautelar é medida excepcional, devendo ser fundamentada em uma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal – CPP, sob pena de inconstitucionalidade da segregação da liberdade.
>
> Em sendo assim, a prisão preventiva deve ser decretada apenas quando devidamente amparada em fatos concretos que demonstrem a presença dos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional acima referido, sob pena de antecipar reprimenda a ser cumprida no caso de eventual condenação.
>
> Destarte, não se presta para justificar a prisão preventiva apenas a existência de indícios de autoria e a prova de materialidade, nem mesmo o juízo valorativo sobre a gravidade do delito imputado ao acusado. Tais aspectos não são suficientes para respaldar a segregação cautelar quando não se demonstra concretamente a sua necessidade. Então resta saber se nos autos estão presentes os requisitos necessários para sua decretação.
>
> Em primeiro lugar, cumpre registrar que nos autos há indícios suficientes de autoria e materialidade da prática do delito imputado ao denunciados, conforme extrai-se dos depoimentos colhidos no inquérito policial, instaurado pela Corregedoria Geral da Polícia Civil.
>
> Também se fazem presentes os requisitos dos art. 312 do CPP.
>
> Transcrevo as razões invocadas pela Corregedoria Geral da Polícia Civil para decretação da prisão preventiva dos denunciados (f. 325):
>
> "Tal pedido funda-se nos fatos desta quadrilha ter cometido além das infrações penais ora em testilha, diversos outros crimes semelhantes, sendo que alguns ainda se encontram em instrução e outros já findos e encaminhados ao Poder Judiciário, conforme amplamente divulgado pela mídia, o que gerou repercussão na sociedade, com reflexos negativos, gerando um forte sentimento de insegurança, haja vista que três dos quatro autores são Policiais (dois

Civis e um Militar), pessoas que tinham o dever de desenvolverem seu múnus visando prover a Segurança da sociedade, se utilizaram da condição de servidores públicos (Policiais) para cometerem os crimes.

Também a mesma representação encontra escora no fato dos autores (Policiais), gerarem temor tanto nas vítimas quanto nos demais envolvidos, tanto é que DIRCEU SOARES CASSEMIRO, conforme já delineado acima, disse que inicialmente não contou a verdade sobre o envolvimento do Investigador de Polícia MAHMOD DA SILVA DEGAICHE, pois está com muito medo de tudo isso que está acontecendo, pois viu na televisão no mês passado e neste mês, reportagens onde os policiais DEGAICHE e VITOR 'são envolvidos num monte de rolo de todo o tipo, até tráfico de drogas', e tem medo do que pode acontecer consigo caso eles saiam da cadeia.

Ainda nesta seara (conveniência da instrução criminal), também não há dúvidas que o Investigador de Polícia MAHMOD DA SILVA DEGAICHE vem tentando prejudicar o total esclarecimento dos fatos, a busca da verdade real, pois basta uma rápida análise do teor da conversa mantida entre o nominado e o Policial Militar VITOR VILMO CHIMENES (quando este último já estava preso), onde DEGAICHE orienta VITOR sobre artifícios, as mentiras a serem usadas, no intuito de transferirem a outro (Juarez), a responsabilidade pela prática dos crimes cometidos.

Salienta-se também que o indiciado JUAREZ PEREIRA DA SILVA tenta assumir sozinho a responsabilidade dos crimes, ao afirmar (fls. 228/229) que teria sido ele quem vendeu o automóvel a DIRCEU, tudo de acordo com a manobra engendrada por DEGAICHE, visando excluir a participação dos demais autores."

Pois bem. Analisando as razões trazidas pela autoridade policial, frisa-se, da Corregedoria Geral da Polícia Civil, corroboradas com a favorável manifestação do Ministério Público, chego a conclusão que a prisão preventiva deve ser decretada.

Doutrina e jurisprudência são uníssomas em afirmar que a simples gravidade do crime e sua repercussão social não são suficientes para decretação da prisão preventiva, mas no caso dos autos outros argumentos embasam a decretação da prisão.

Dos representados, apenas JUAREZ PEREIRA DA SILVA não é policial. Trata-se de pessoa que responde ou respondeu pela prática de vários delitos, dentre eles roubo e homicídio, sendo inclusive condenado por alguns deles.

Segundo apurado nos autos, é a pessoa utilizada pelos demais para a prática das condutas ilícitas, como no caso em epígrafe, onde segundo a inicial acusatória, teria sido o responsável por "plantar a droga" no hotel de propriedade da vítima, para com isso acionar os policiais representados, que chegando ao local iriam exigir dinheiro e outros bens da vítima, ameaçando-a de grave e injusto mal caso não estivesse disposta a "colaborar".

Os fatos narrados no parágrafo acima são corroborados com a leitura da denúncia oferecida em outra ação penal movida contra JUAREZ (f. 333/344), onde fazendo se passar por um policial, com auxilio dos demais representados, "acharam" uma arma de fogo no imóvel da vítima, e intimidando-a, dela exigiram vantagem econômica indevida em troca da não realização dos procedimentos legais.

Assim, está mais que evidente a necessidade da decretação da prisão preventiva, como forma de garantia da ordem pública, aqui entendida na necessidade de se evitar a reiteração de práticas criminosas graves, objetivamente consideradas com base em elementos colhidos nos autos.

Nesse sentido:

"Assim, justifica-se a necessidade de manutenção da prisão em razão do acautelamento da ordem pública, visto que jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de que a possibilidade de reiteração criminosa é motivo idôneo para a manutenção da custódia cautelar, a fim de garantir a ordem pública." (STF, HC 104699/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 23/11/10).

Destarte, não há nenhum constrangimento na decretação da prisão preventiva do denunciado JUAREZ PEREIRA DA SILVA, justificada na necessidade de garantia da ordem pública.

O mesmo se diga em relação aos denunciados MAHMOD DA SILVA DEGAICHE, DELSON SILVA E SILVEIRA e VITOR VILMO CHIMENES, os dois primeiros policiais civis e o este último policial militar.

A prisão preventiva destes também se justifica na necessidade de garantia da ordem pública, pelas mesmas razões expostas em relação ao corréu JUAREZ PEREIRA DA SILVA – evitar a reiteração criminosa, e também por conveniência da instrução criminal.

Frise-se que o crime narrado na denúncia chocou a sociedade, causando perplexidade a todos, principalmente pelo fato de ter sido praticado por policiais, que possuem o dever de agir de modo diverso, garantindo a segurança dos cidadãos e não se valendo da função de policial para, por mais de uma ocasião, praticar delitos da mesma natureza.

In casu, a inicial acusatória narra a prática de um crime de concussão ocorrido em 31 de janeiro de 2010. Em outro processo, onde os réus foram denunciados pela prática dos crimes de concussão, prevaricação, peculato e formação de quadrilha, a denúncia afirma que os crimes ocorreram no mês de fevereiro de 2010, ou seja, poucos dias após a prática do delito que ensejou a presente ação penal, o que evidencia a reiteração criminosa e consequentemente a necessidade da decretação da prisão preventiva como forma de garantia da ordem pública.

A prisão também se justifica por conveniência da instrução criminal.

Seria inaceitável acreditar que soltos os representados, na condição de policiais, não teriam maior facilidade em impor certo temor nas vítimas e nas testemunhas, o que certamente comprometeria a busca real dos fatos e a devida instrução processual.

A própria Corregedoria Geral da Polícia Civil, ao investigar os fatos, já relatou a intenção dos policiais de "empurrar" a autoria dos crimes ao corréu JUAREZ PEREIRA DA SILVA, único que não é policial e já condenado pela prática de outros crimes.

E esse temor também é evidenciado nas declarações do policial CLEBER SEBASTIÃO DA SILVA MAGALHÃES, que trabalhava na 5ª Delegacia de Polícia Civil junto com os policiais MAHMOD DA SILVA DEGAICHE e DELSON SILVA E SILVEIRA. Transcrevo o relatado pelo referido policial, arrolado como testemunha pelo Ministério Público (f. 103):

"Que deseja frisar o declarante que devido a todo o relato que fez acima, tem muito medo de morrer, pois citou nomes de policiais que estão envolvidos com práticas criminosas, os quais são vingativos; Que afirma que se for para qualquer presídio estadual ou delegacia de polícia, certamente irá morrer face às denúncias que fez contra os demais policiais, motivo pelo qual pede que seja custódiado em um Presídio Federal, qualquer que seja."

Se os representados causam medo até naqueles que exercem a atividade policial, o que dirá dos cidadãos comuns que serão testemunhas na presente ação penal e porque não nas próprias vítimas.

> De fato, na condição de policiais acusados de terem justamente se valido de tal função para extorquir a vítima aqui apontada, poderão soltos realmente causar embaraços à devida instrução processual, especialmente enquanto ainda não realizada a audiência de instrução.
>
> Estaria, portanto, justificado o requisito da conveniência da instrução criminal, que deve ser realizada de modo equilibrado e imparcial em busca da verdade real.
>
> A propósito, já teve oportunidade de decidir o excelso SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
>
> "PRISÃO PREVENTIVA - SENTENÇA DE PRONÚNCIA. Descabe falar em decisão desfundamentada quando a prisão decorre de sentença de pronúncia, havendo sido sopesadas as peculiaridades dos casos, no que existente preocupação com a integridade das testemunhas, isto considerado o crime de que são acusados policiais." (STF, HC 78.235-AM, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 22.10.99, p.58). Grifo nosso
>
> Fiel às considerações expostas, e com fulcro nos artigos 311 e 312 do CPP, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA dos denunciados MAHMOD DA SILVA DEGAICHE, DELSON SILVA E SILVEIRA, VITOR VILMO CHIMENES e JUAREZ PEREIRA DA SILVA, todos qualificados na inicial acusatória. Expeçam-se os respectivos mandados de prisão."
>
> Segundo consta dos autos de ação penal (sentença de f. 12/41), o paciente foi denunciado pois "na data de 31 de janeiro de 2010, por volta das 20h00 e 21h00, no Hotel Pantaneiro, nas proximidades da antiga rodoviária, centro, nesta Capital, o denunciado JUAREZ PEREIRA DA SILVA, implantou drogas no interior do estabelecimento hoteleiro da vítima Heber Reinaldo de Aguida Nardini a fim de que os demais denunciados MAHMOD DA SILVA DEGAICHE, DELSON SILVA E SILVEIRA e VITOR VILMO CHIMENES, pudessem, com isso, exigir para si, no exercício das funções como policiais (os primeiros civis e o último militar), e em razão dela, vantagens indevidas, consistente em R$ 2.000,00 (dois mil reais) em espécie; 01 (um) veículo FORD/Ka, cor vermelha, de placas HRM-8378; 01 (um) CPU; 01 (um) monitor; 01 (um) notebook e algumas bijuterias; sob pena de levar o ofendido e sua família presa em flagrante pelo forjado crime de tráfico de drogas, sendo que o denunciado MAHMOD era o chefe do grupo, de forma que escolhia tanto os integrantes quanto as vítimas, bem como era o responsável pela divisão do dinheiro e dos bens que apreendiam.".

Pois bem.

Dessarte, a manutenção da prisão do paciente, decorrente da sentença, tenha apenas sido mantida com fulcro na não modificação das circunstâncias fáticas do paciente, o fato é que a manutenção da prisão do paciente está assentada nos fatos determinantes do processo que ainda subsistem, como a garantia da ordem pública, conforme exaustivamente fundamentada na decisão primitiva que decretou a prisão do paciente.

Ou seja, em que pese a irresignação defensiva, o fato é que a situação fática do paciente não foi alterada pela condenação criminal.

Além do mais, o paciente respondeu preso todo o processo criminal em questão. Logo, se preso durante toda a instrução não há porque, após a condenação, apelar em liberdade.

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao réu que permanece preso para apelar se assim esteve durante todo curso da ação penal:

> *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES. 1. PRISÃO EM FLAGRANTE. RÉU PRESO CAUTELARMENTE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. DIREITO DE APELAR EM

LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 2. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que permaneceu preso durante toda a instrução do processo, pois a manutenção na prisão constitui um dos efeitos da respectiva condenação.

2. Na espécie, o réu, preso em flagrante, permaneceu custodiado durante toda a instrução criminal, não caracterizando constrangimento ilegal a preservação da sua custódia pela sentença condenatória, mormente porque permanecem hígidos os motivos insertos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

3. As condições pessoais favoráveis não são requisitos bastantes para a concessão de liberdade provisória, e, ademais, no caso dos autos, o paciente não logrou demonstrar ocupação licita e possuir residência no distrito da culpa.

4. *Habeas corpu*s denegado. (HC 207.906/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 07/02/2012)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO E TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. NULIDADE DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE AUTORIA. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO TRIBUNAL DO JÚRI. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO. PERDA DO OBJETO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE O PROCESSO. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Em razão do julgamento do Tribunal do Júri, quanto à nulidade da denúncia, o motivo da impetração cessou, esvaindo-se seu objeto.

2. Consoante entendimento desta Corte, proferida a sentença condenatória, a manutenção da prisão é de rigor para o réu que permaneceu preso durante toda a instrução criminal de forma absolutamente legal. Tal procedimento não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência e nada mais é do que efeito de sua condenação.

3. Ordem denegada. (HC 121.704/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 03/02/2012)

É também assente esse entendimento no Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CRIMES MILITARES. SEQÜESTRO. ROUBO QUALIFICADO. DANO. AMEAÇA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INTEGRANTE DE GRUPO DE POLICIAIS MILITARES QUE PRATICAVAM CRIMES NA COMARCA. PRISÃO MANTIDA PELA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. ART. 527 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. ORDEM DENEGADA.

1. É pacífica a jurisprudência desta Suprema Corte de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar. Precedentes.

2. Ordem denegada. (HC 89824/MS - Relator: Min. CARLOS BRITTO, Julgamento: 11/03/2008, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008 -EMENT VOL-02330-02 PP-00385)

Nesse mesmo sentido, em caso análogo do próprio paciente (advindo de outra condenação pelo mesmo delito) decidi:

> EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ARTIGO 316, CAPUT, DO CP – CONCUSSÃO – ALEGADO EXCESSO DE PRAZO – SENTENÇA PROLATADA – SÚMULA Nº 52, DO STJ – EXCESSO SUPERADO – PRETENSÃO DE APELAR EM LIBERDADE – IMPOSSIBILIDADE – PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL – GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LIE PENAL – ORDEM DENEGADA
>
> Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.
>
> Não há constrangimento ilegal na manutenção da prisão provisória quando da prolação da sentença condenatória se, em face da prisão preventiva, permaneceu o paciente custodiado durante toda a instrução criminal, e, principalmente, porque permanecem os motivos insertos no artigo 312 do Código de Processo Penal. (Habeas Corpus N. 2012.001618-9; Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes; Julgamento: 27/02/2012 Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal)

Frise-se, aliás, que o paciente encontra-se, provisoriamente (guia provisória), cumprindo sua reprimenda, no regime fechado, nos termos da sentença condenatória. E, ainda sequer atingiu o lapso temporal necessário para a progressão de regime (condenado à pena de 5 anos e 6 meses – 66 meses – de reclusão, em regime fechado, e encontra-se preso desde 01/06/2011 – 10 meses).

Por tais considerações, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, **denego** a presente ordem de *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 9 de abril de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.008741-8 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TENTATIVA DE FURTO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR DO PACIENTE – PEDIDO PARA APELAR EM LIBERDADE – CUMPRIMENTO QUASE QUE INTEGRAL DA PENA IMPOSTA – ORDEM CONCEDIDA – LIMINAR RATIFICADA.

Se o paciente, quando da prolação da sentença condenatória, já havia cumprido a reprimenda imposta quase que na sua totalidade em regime fechado, inexistem motivos para mantê-lo enclausurado, devendo ser revogada a prisão, possibilitando-o recorrer em liberdade. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, 16 de abril de 2012.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Sidnei Baptista Borges, por meio da Defensoria Pública Estadual, impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pedido liminar em favor próprio, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Alega que, mesmo tendo sido condenado à pena de 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, e multa de 7 (sete) dias-multa, por infração ao art. 155, *caput*, c.c art. 14, II, ambos do Código Penal, não lhe foi permitido apelar da sentença condenatória em liberdade.

Afirma que se encontra preso desde 29/06/2011, já tendo cumprido praticamente toda a pena, sendo desproporcional a manutenção de sua prisão, de modo que mantê-lo preso até o trânsito em julgado da condenação equivaleria à imposição do regime integralmente fechado.

Argumenta, ainda, que o juiz na fundamentou os motivos que o levaram a negar-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Destarte, requer, em caráter liminar, a concessão da ordem para assegurar ao paciente o direito de apelar em liberdade, ratificando-a quando do julgamento de fundo do **writ**.

A liminar foi postergada para ser apreciada após as informações da autoridade impetrada (f. 22).

As informações vieram anexadas às f. 31, v.

Diante das informações do juiz, a liminar foi deferida (f. 37-38).

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pela concessão da ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

Considerando que a decisão que deferiu o pleito liminar esgotou a análise da matéria, adoto-o como razões de decidir, transcrevendo-o, *ipsis literis*:

> O *writ* tem como escopo permitir que o paciente Sidnei Baptista Borges recorra da sentença condenatória em liberdade.
>
> Diante da possibilidade de cumprimento quase que integral da pena, decidi postergar a apreciação do pedido liminar para depois das informações da autoridade coatora (f. 22).
>
> E, com as informações do juiz (f. 31,v) e documentos (f. 32-35), confirmou-se o que este relator já previa.
>
> O paciente encontra-se preso desde 29 de junho de 2011, tendo sido condenado à pena de 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 7 (sete) dias multa, como incurso no art. 155, caput, c.c art. 14, II, ambos do Código Penal.
>
> Com efeito, na data de hoje (03/04/2012), faz 9 (nove) meses e 5 (cinco) dias que o paciente encontra-se tolhido da sua liberdade, de modo que o cumprimento integral da reprimenda imposta dar-se-á no próximo domingo (08/04/2012).
>
> Logo, tomando-se por base a condenação, o paciente já teria direito à progressão para o regime semiaberto em agosto de 2011 e aberto em outubro de 2011, mas, ainda assim, o juiz o manteve preso, sob o pretexto de permanecerem incólumes os motivos que ensejaram a prisão preventiva, principalmente a garantia da ordem pública (f. 34).
>
> O descaso do magistrado com o paciente salta aos olhos, sobretudo se considerarmos que, quando da prolação da sentença condenatória, o paciente encontrava-se preso há aproximadamente 8 (oito) meses. Aliás, fora a questão temporal, mesmo me esforçando não consigo vislumbrar como poderiam permanecer incólumes os motivos que ensejaram a prisão preventiva se o paciente ficou preso durante toda a instrução processual.
>
> Ad argumentandum, nem me passa pela cabeça se, por ventura, o paciente vier a ser absolvido em grau de recurso.
>
> Por tais considerações, DEFIRO a liminar pleiteada, a fim de que o paciente possa apelar da sentença condenatória em liberdade, resultado, aliás, que pouco lhe importará, senão para satisfação pessoal, eis que, como visto, já cumpriu a reprimenda imposta na sua totalidade. Expeça-se imediatamente alvará de soltura em favor de Sidnei Baptista Borges se por al não estiver preso.

Pelas mesmas razões acima expostas, concedo em definitivo a ordem de *habeas corpus* para, ratificando a liminar anteriormente deferida, possibilitar ao paciente apelar da sentença condenatória em liberdade. Decisão com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

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, 16 de abril de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.015786-3 - Amambai
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO PRIVILEGIADO – RECURSO EM LIBERDADE – POSSIBILIDADE – PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – VEDAÇÃO DO ART. 44, DA LEI 11.343/2006 – INCONSTITUCIONAL – CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME MAIS GRAVOSO POR MAIS TEMPO DO QUE DETERMINADO EM LEI – INTELIGÊNCIA DO ART. 59, DA LEI 11.343/2006 – ORDEM CONCEDIDA.

É possível apelar em liberdade o agente primário e de bons antecedentes, na forma do artigo 59 da Lei n. 11.343/06 e, ainda, quando ausentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, 11 de junho de 2012.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

O advogado Flávio Alves de Jesus impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de **Edson Casco Duré**, condenado a 3 anos e seis meses de reclusão em regime fechado pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 da Lei 11.343/2006 c/c art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Amambai.

Sustenta o impetrante em síntese que: a) o art. 33, § 2º, alínea "c" do Código Penal prevê que a pena aplicada abaixo de 04 (quatro) anos pode ser cumprida em regime inicialmente aberto; b) deve ser afastado o caráter hediondo do ilícito devido ao fato do mesmo não estar no rol taxativo da Lei n. 8.072/90.

Por fim, requer a concessão da ordem, a fim de afastar a hediondez do crime ou adequando de imediato ao regime aberto.

Liminar indeferida à f. 43.

Solicitadas as informações à autoridade coatora, estas vieram aos autos às f. 47-48.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 63-71).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

O advogado Flávio Alves de Jesus impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de **Edson Casco Duré**, condenado a 3 anos e seis meses de reclusão em regime fechado pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 da Lei 11.343/2006 c/c art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Amambai.

Sustenta o impetrante em síntese que: a) o art. 33, § 2º, alínea "c" do Código Penal prevê que a pena aplicada abaixo de 04 (quatro) anos pode ser cumprida em regime inicialmente aberto; b) deve ser afastado o caráter hediondo do ilícito devido ao fato do mesmo não estar no rol taxativo da Lei n. 8.072/90.

Por fim, requer a concessão da ordem, a fim de afastar a hediondez do crime ou adequando de imediato ao regime aberto.

Liminar indeferida à f. 43.

Solicitadas as informações à autoridade coatora, estas vieram aos autos às f. 47-48.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem ou para que seja acolhido o prequestionamento do art. 44 da Lei 11.343/06, art. 2º, §§ 1º e 2º da Lei 8.072/90 e art. 313 do Código de Processo Penal (f. 63-71).

O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento no sentido de que não tem direito de apelar em liberdade o réu que permaneceu preso durante a instrução criminal, salvo quando o ato que originou a custódia cautelar é ilegal por não possuir fundamentação idônea (RHC 23.319/MG, 5.ª Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJ de 08/09/2008).

Entretanto, das informações prestadas, extrai-se que a manutenção da custódia cautelar do paciente durante toda a instrução processual se deu em virtude da vedação do art. 44, da Lei 11.343/2006.

Observa-se em notícia de 18 de março de 2010, no site do STF, que o Ministro Carlos Ayres Britto julgou inconstitucional as vedações à conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos contidas no art. 33, § 4.º, e no art. 44, ambos da Lei 11.343/06 (STF, HC 97.256).

Segundo o e. Ministro, "*uma coisa é a lei estabelecer condições mais severas para a sua aplicação, outra coisa, porém, é a lei proibir pura e secamente, como fez o artigo 44 em causa, e o parágrafo 4.º do artigo 33, a convolação [transformação] da pena supressora da liberdade, ou constritiva dessa mesma liberdade, em pena restritiva de direitos*".

Assim, declarada inconstitucional a vedação prevista no art. 44, da Lei de Drogas, esta não é idônea a fundamentar a negativa do paciente recorrer em liberdade.

Verifica-se ainda que, mesmo o paciente sendo primário, de bons antecedentes, possuindo todas as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal favoráveis (tanto que lhe foi concedida a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4°, da Lei 11.343/06), o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado no fechado, tendo em vista que o magistrado de instância singela entende que o tráfico, inclusive na sua forma privilegiada, é crime hediondo.

Ademais, o próprio art. 59, da Lei de Drogas, assegura ao réu primário e de bons antecedentes, o direito de apelar em liberdade. *In verbis*:

> Art. 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

Nesse sentido esta 2ª Câmara Criminal já decidiu:

> HABEAS CORPUS – TRÁFICO PRIVILEGIADO – RECORRER EM LIBERDADE – POSSIBILIDADE – PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES – CONSTRANGIMENTO LEGAL EVIDENCIADO – VEDAÇÃO DO ART. 44, DA LEI 11.343/2006 – INCONSTITUCIONAL – CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME MAIS GRAVOSO POR MAIS TEMPO DO QUE DETERMINADO EM LEI – INTELIGÊNCIA DO ART. 59, DA LEI 11.343/2006 – ORDEM CONCEDIDA.
>
> Possibilita-se apelar em liberdade o réu primário e de bons antecedentes, na forma do art. 59, da Lei 11.343/06, quando ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva e ainda, evidente o constrangimento ilegal do paciente por encontrar-se preso no regime fechado por mais tempo do que a lei determina. (HC n. 2011.000032-7, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 24.01.2012).

Dessa forma, não há óbice para o paciente recorrer da sentença condenatória em liberdade, tendo em vista não estar presente nenhum dos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Quanto aos artigos suscitados a título de prequestionamento, tem-se que não restaram violados.

Em face do exposto, contrariando o parecer, concedo a ordem, possibilitando ao paciente exercer seu direito ao duplo grau de jurisdição em liberdade, na forma do art. 59 da Lei 11.343/06.

Expeça-se o competente ALVARÁ DE SOLTURA, se por outro motivo não estiver preso, independentemente da publicação do acórdão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Romero Osme Dias Lopes e Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 11 de junho de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.016573-6 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – DANO QUALIFICADO – FIANÇA ARBITRADA PELO JUÍZO – NÃO RECOLHIMENTO – VALOR EXCESSIVO – PACIENTE COMPROVADAMENTE POBRE – DISPENSA DA FIANÇA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 325, § 1º, I, C.C ART. 350, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ORDEM CONCEDIDA – LIMINAR RATIFICADA.

Cuidando-se de paciente pobre, é possível a concessão de liberdade provisória com dispensa da fiança, nos termos do art. 325, § 1º, I, c.c o art. 350, ambos do CPP.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, 18 de junho de 2012.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

A Defensoria Pública Estadual impetrou *habeas corpus* em favor do paciente **Ricardo Ortega da Rosa**, que se encontrava preso preventivamente pela suposta prática do delito descrito no **art. 163, parágrafo único, III (dano ao patrimônio público), do CP**, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS.

A impetrante sustenta, em síntese, que: a) o paciente encontrava-se segregado desde 14/05/2012 por ter quebrado os vidros da porta do Posto de Saúde do Bairro Alves Pereira; b) embora o magistrado tenha concedido liberdade provisória, impôs o pagamento de fiança no valor de um salário mínimo, no entanto, por ser hipossuficiente não teve condições de prestá-la; c) o estado de pobreza é presumido, pois o paciente é assistido pela Defensoria Pública.

Requereu liminarmente a concessão da ordem, para que o paciente seja colocado em liberdade, independentemente do pagamento da fiança, arbitrada.

A liminar foi deferida pelo e. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, anterior relator (f. 37-38).

Vieram as informações (f. 39)

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão do *writ*.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

O paciente foi preso por suposta infração **ao art. 163, parágrafo único, III, do CP,** porque, no dia 14.05.2012, nesta cidade, foi surpreendido quebrando os vidros do posto de saúde do Bairro Alves Pereira.

O magistrado *a quo* arbitrou fiança no valor equivalente a um salário mínimo, soma esta não recolhida pelo paciente por não possuir condições financeiras. O pedido de dispensa da fiança foi indeferido.

Neste *writ* sustenta-se que o paciente é hipossuficiente e não tem condições de prestá-la.

A liminar foi deferida pelo e. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, anterior relator, com suporte nos seguintes fundamentos:

> Compulsando detidamente o caderno processual, verifica-se que o Juízo a quo concedeu o benefício da liberdade provisória ao paciente, todavia, para assegurar o seu comparecimento a todos os atos do processo, arbitrou fiança no valor de um salário mínimo.
>
> Entrementes, a priori, por não ter condições de prestá-la, requereu sua dispensa, a qual fora indeferida pela autoridade apontada como coatora ao fundamento de que "o requerente não produziu nenhuma prova a demonstrar a sua hipossuficiência econômica".
>
> Ao meu sentir, não se verifica da decisão que indeferiu o pedido formulado pela d. Defensoria Pública, qualquer indicação concreta de que, se solto, sem a prestação da fiança, o paciente não cumpra com os requisitos elencados no art. 313, do CPP.
>
> *In casu*, ressalte-se, a hipossuficiência do acusado, até que se prove o contrário, deve ser presumida, mesmo porque, verifica-se que está sendo assistido pela Defensoria Pública Estadual, o que por si só já evidencia tal condição.
>
> Frise-se, que a autoridade coatora reconheceu não estarem presentes os requisitos da segregação cautelar (fls. 30/31), contudo, a liberdade provisória restou condicionada à prestação de fiança no importe de um salário mínimo, o que, a princípio, não corresponde às condições financeiras do paciente, já que, segundo consta no writ, trabalha como pedreiro (f. 21).
>
> Assim, a medida cautelar consistente na imposição de fiança no valor de R$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais) não se mostra razoável, devendo ser dispensada nos termos do art. 325, § 1º, I, e 350, ambos do Código de Processo Penal.
>
> D'outro norte, se ele ensejar a mudança do status quo das condições e requisitos que levaram à sua liberação, a sua prisão poderá ser novamente decretada.
>
> Por todo exposto, concedo liminarmente a ordem pleiteada, para que o paciente RICARDO ORTEGA DA ROSA, seja colocado em liberdade, independentemente do pagamento de fiança, mediante o compromisso de comparecer a todos os atos processuais, sob pena de revogação da ordem concedida, até o posterior julgamento do mérito do presente Habeas Corpus.
>
> Registre-se, que esta decisão deve servir como ALVARÁ DE SOLTURA para imediato cumprimento, salvo se o ora paciente não estiver preso por outro motivo.

Embora em tese seja possível arbitrar-se fiança em persecuções criminais desse jaez, no caso concreto o paciente não possui condições financeiras de arcar com o valor estipulado sem prejuízo da própria subsistência, pois exerce profissão de pedreiro, conforme bem exposto na decisão acima reproduzida.

Cuidando-se de paciente pobre, é possível haurir equívoco no arbitramento de fiança como condição para a concessão da liberdade provisória.

Calha lembrar que o art. 325, § 1º, I, c.c o art. 350, ambos do CPP, dispõem expressamente que a fiança poderá ser dispensada, se assim recomendar a situação financeira do preso, medida que deve ser adotada no presente caso.

Ademais, o paciente foi preso por delito punido com reprimenda de detenção e o próprio magistrado *a quo* reconheceu não estarem presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Revela-se irrazoável e injustificada, portanto, a segregação cautelar arrimada na ausência de pagamento de fiança.

Ante o exposto, em conformidade com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, concedo a ordem, ratificando a liminar deferida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 18 de junho de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.016575-0 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – SUPOSTO ROUBO – ART. 157, DO CP – CONFISSÃO DE EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES – DÚVIDA – PREVENTIVA DECRETADA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – INEXISTÊNCIA DE REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP – FUNDAMENTOS VAGOS E ABSTRATOS – FATO ISOLADO – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PERICULOSIDADE – EMPREGO DE GRAVE AMEAÇA INERENTE AO TIPO – ORDEM CONCEDIDA.

Somente a periculosidade do agente concretamente demonstrada autoriza a prisão cautelar para a garantia da ordem pública (Cf. HC 95424, Relator: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 03/03/2009, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-05 PP-00921).

A segregação cautelar do acusado deve ser fundamentada em elementos concretos e vinculados e não abstratos como a gravidade do delito e a grave ameaça que é inerente ao tipo do delito de roubo.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, 11 de junho de 2012.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

A DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL impetra ordem de *HABEAS CORPUS*, com pedido de liminar, em favor do paciente **GERCIANO AMORIM COVO**, que se encontra preso, pela prática do delito previsto no ***artigo 157 (Roubo), do Código Penal***, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, ora apontado como autoridade coatora.

Sustenta a impetrante, em apertada síntese, que:

1) o paciente foi preso em flagrante no dia 01 de maio de 2012, pela suposta prática do delito tipificado no artigo 157, do Código Penal, entretanto, o que houve foi a prática de exercício arbitrário das próprias razões, descrito no art. 345, do mesmo diploma legal, visto que buscava o pagamento por serviços prestados à vítima;

2) não estão presentes os requisitos elencados no artigo 312, do Código de Processo Penal, a dar sustentação ao decreto de prisão preventiva do paciente;

3) o paciente possui condições pessoais favoráveis para responder ao processo em liberdade.

Requer, a concessão de liminar, para que cesse o constrangimento ilegal por ele sofrido, expedindo-se o alvará de soltura.

Liminar indeferida à f. 37.

Informações da autoridade coatora à f. 40.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, em seu parecer lançado às f. 44-46, **pela concessão da ordem**.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

A DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL impetra ordem de *HABEAS CORPUS*, com pedido de liminar, em favor do paciente **GERCIANO AMORIM COVO**, que se encontra preso, pela prática do delito previsto no ***artigo 157 (Roubo), do Código Penal***, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, ora apontado como autoridade coatora.

Consta nos autos que no dia 1º de maio de 2012 o paciente foi preso em flagrante logo após ter, supostamente, infringido o disposto nos artigos 157, do Código Penal, pois de posse de uma faca anunciou o roubo ao proprietário do mercado Fênix, localizado na Rua West Point, n. 358, Vila Danúbio Azul, nesta Capital.

Aduz o impetrante que na verdade houve a prática de exercício arbitrário das próprias razões, descrito no art. 345, do mesmo diploma legal, visto que o paciente buscava o pagamento por serviços prestados à vítima e não estão presentes os requisitos elencados no artigo 312, do Código de Processo Penal, a dar sustentação ao decreto de prisão preventiva do paciente, além de possuir condições pessoais favoráveis para responder ao processo em liberdade.

Requer, a concessão da ordem para que cesse o constrangimento ilegal por ele sofrido, expedindo-se o alvará de soltura.

A liminar indeferida à f. 37.

Informações da autoridade coatora fora prestadas à f. 40.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, em seu parecer lançado às f. 44-46, **pela concessão da ordem**.

Exsurge dos autos que a autoridade apontada como coatora decretou a prisão preventiva e indeferiu sua revogação como forma de garantir a ordem pública, vejamos:

> No caso vertente, verifica-se que o acusado, em liberdade, põe em risco a segurança pública, uma vez que o modus operandi descrito no auto de prisão em flagrante – crime cometido mediante grave ameaça, em plena luz do dia – deixa clarividente a periculosidade do mesmo. (f. 28)
>
> [...] a justificativa apresentada pelo autuado para o cometimento do delito em questão, por não se visualizar de plano sua certeza, somente poderá ser objeto de cognição judicial mais apropriada após regular instrução.

> Saliente-se, por derradeiro, que nada obstante o acusado afirme que é primário, tem residência fixa no distrito da culpa e ocupação lícita, tais fatos, por si só, não concedem o direito ao benefício em questão, pois, conforme consignado na decisão que converteu a prisão em flagrante, restou patente o risco de comprometimento da ordem pública. [...]
>
> Dessa feita, mantendo-se presente um dos requisitos necessários para a manutenção da segregação cautelar, não deve ser acolhido o pedido de revogação da prisão preventiva ora formulado pelo acusado. (f. 34-35).

Ocorre que somente a periculosidade do agente concretamente demonstrada autoriza a prisão cautelar para a garantia da ordem pública (Cf. HC 95424, Relator: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 03/03/2009, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-05 PP-00921).

Na hipótese em análise, assim como bem salientado no parecer ministerial verifico que *"a decisão é vazia e não conseguiu fechar o conceito de ordem pública, já que o juízo apenas considerou o emprego da grave ameaça"* (f. 46), o que é inerente ao tipo do delito atribuído ao paciente, pois o próprio *caput* do art. 157, do CP, exige a violência ou grave ameaça para a caracterização do crime.

Além disso, não consta que tivesse havido qualquer violência física contra a vítima, e o requerente confessa a prática de exercício arbitrário das próprias razões para cobrança de dívida por serviços prestados, cuja pena é de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência, nos termos do art. 345, do CP, tratando-se de fato isolado conforme comprova certidão criminal acostada aos autos (f. 33).

E na incerteza dos fatos, ao contrário do que afirmado pelo magistrado *a quo*, é necessário a cognição judicial mais apropriada após regular instrução para segregação do acusado, e não para suprimir sua liberdade se não há requisitos que demonstrem a necessidade de mantê-lo em prisão preventiva.

Diante do exposto, **com o parecer, concedo a ordem** para que o paciente responda o processo em liberdade.

Expeça-se o competente ALVARÁ DE SOLTURA, se por outro motivo não estiver preso, independentemente da publicação do acórdão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 11 de junho de 2012.

***

NOTICIÁRIO

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



Nova administração do TJMS será empossada no dia 2 de abril - 15/03/2012

A partir de abril o Poder Judiciário terá nova administração. A mudança se justifica em razão da vaga que será aberta com a aposentadoria do Des. Luiz Carlos Santini, que completa 70 anos no dia 3 de abril. Assim, a solenidade de posse da nova administração está marcada para o dia 2 de abril, às 17 horas, no Tribunal de Justiça. Serão empossados os desembargadores Hildebrando Coelho Neto, na Presidência, e João Batista da Costa Marques, na Vice-Presidência. O Des. Atapoã da Costa Feliz permanecerá no comando da Corregedoria-Geral de Justiça.

Os três responderão pelos rumos do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul até 31 de janeiro de 2013. O novo presidente está preparado para novos desafios, embora fazer parte da administração do TJMS não seja novidade, pois, além de ser o atual Vice-presidente, foi Corregedor-Geral de Justiça no biênio 2005/2006.

Hildebrando Coelho Neto nasceu em Tocantinópolis e formou-se em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Em 1977 assumiu a magistratura de Goiás e em 1981 preferiu viver em MS e ingressou na magistratura sul-mato-grossense como juiz na Comarca de Rio Verde de Mato Grosso. Dois anos depois, por antiguidade, foi promovido para Dourados e atuou na 3ª Vara Cível.

Foi professor de Direito Civil e Direito Tributário na antiga SOCIGRAN. Por antiguidade, em 1988, foi promovido para a 4ª Vara Cível de Campo Grande e, em 1996, por merecimento, foi promovido ao cargo de desembargador do TJMS.

João Batista da Costa Marques é natural de Bela Vista (MS), formou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/PR) e em Criminologia na Faculdade de Direito de Curitiba (PR). Foi delegado de polícia no estado do Paraná e em 1980 ingressou na carreira do Ministério Público, quando foi nomeado para a Comarca de Rio Verde de MT. Atuou junto às Promotorias de Justiça das comarcas de Coxim e Pedro Gomes.

Em 1982 foi promovido para Três Lagoas. Trabalhou ainda nas comarcas de Bataguassu, Maracaju e Sidrolândia. Em 1987, por merecimento, foi promovido para a Comarca de Campo Grande. Na Capital exerceu a função em praticamente todas as Varas Cíveis e Criminais, bem como na Auditoria Militar e, privativamente, no Tribunal do Júri por quatro anos consecutivos. Mais tarde foi promovido, por antiguidade, para o cargo de Procurador de Justiça do Estado de MS.

Em 2000 foi nomeado desembargador na vaga do quinto constitucional, reservada ao Ministério Público. Presidiu a 4ª Câmara Cível, a 1ª Seção Cível e a 1ª Câmara Criminal. Atuou junto ao TRE/MS para integrar a composição plenária, além de presidente e corregedor interinos. Em julho de 2010, despediu-se da área criminal para exercer a função de vice-presidente do TJMS. Em fevereiro de 2011, voltou a atuar na área cível, integrando agora a 2ª Câmara Cível e a 1ª Seção Cível.

As questões da Corregedoria não são novidades para Atapoã da Costa Feliz, que ocupou, com extrema competência, o mesmo cargo no biênio 2003/2004. Ele é natural de Guararapes, interior paulista, e formado em Direito pela Faculdade de Uberlândia (MG). Ingressou na magistratura sul-mato-grossense em 1979, como juiz na Comarca de Glória de Dourados.

Em 1980 foi promovido, por antiguidade, para a 2ª Vara da Comarca de Paranaíba e, dois anos depois, removido para a 1ª Vara de Amambai. No mesmo ano foi removido para a 2ª Vara da Comarca de Corumbá. Em 1986, por antiguidade, foi promovido para a 7ª Vara Criminal em Campo Grande. Na Capital

atuou na 5ª Vara Cível, na 3ª Vara Criminal e na 3ª Vara Cível. Em 1995, por antiguidade, foi promovido ao cargo de desembargador do Tribunal de Justiça.

Autoria do Texto: Assessoria de Imprensa TJMS

Posse da nova administração do TJMS será transmitida pela internet e por videoconferência - 02/04/2012

De forma inédita, a solenidade de posse da nova administração do TJMS será transmitida ao vivo na internet pelo site RBV News (http://rbvnews.com.br/videos/ao_vivo) e por meio de videoconferência para o Fórum de Campo Grande, EJUD/MS e outras 15 comarcas do interior de Mato Grosso do Sul. O evento terá início às 17 horas, no plenário do Tribunal Peno do Palácio da Justiça Des. Leão Neto do Carmo.

Serão empossados os desembargadores Hildebrando Coelho Neto, na Presidência, e João Batista da Costa Marques, na Vice-Presidência. O Des. Atapoã da Costa Feliz permanecerá no comando da Corregedoria-Geral de Justiça. Os desembargadores responderão pelos rumos do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul até 31 de janeiro de 2013.

Autoria do Texto: Assessoria de Imprensa TJMS

Empossada a nova administração do Poder Judiciário de MS - 02/04/2012



A nova administração do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul foi empossada no final da tarde desta segunda-feira (2). Em solenidade de posse concorrida, assumiram o comando da justiça sul-mato-grossense os desembargadores Hildebrando Coelho Neto, na Presidência, e João Batista da Costa Marques, na Vice-Presidência. O Des.Atapoã da Costa Feliz permaneceu na Corregedoria-Geral de Justiça.

Hildebrando assume o cargo ocupado pelo Des. Luiz Carlos Santini, que deixa a magistratura em razão da aposentadoria. Ao transmitir o cargo ao nobre par, Santini renunciou para permitir que os novos integrantes da administração conduzam os rumos do Tribunal de Justiça de MS.

Ao se despedir, Santini garantiu: "Tentamos fazer algo em benefício do Poder Judiciário. Acertamos, erramos. Ouvimos os representantes dos poderes constituídos - sempre tentando melhorar e levar o Poder Judiciário mais perto da população. Agradeço aos que me auxiliaram durante esta caminhada e peço escusas pelos erros cometidos. Tenho muito orgulho de ter feito parte da magistratura".

O primeiro a discursar foi o presidente da OAB/MS, Leonardo Avelino Duarte. Ele começou falando da evolução tecnológica e de como a consolidação das novas tecnologias ganhou espaço entre os operadores do Direito. "Este novo momento é realidade na justiça estadual de MS e é um dos principais legados do Des. Luiz Carlos Santini [...]. Mato Grosso do Sul é o estado cuja justiça é pioneira na revolução digital. Nenhum outro Estado do Brasil tem, proporcionalmente, o número de varas virtuais que possuímos. O Paraná tem, em termos numéricos, uma quantidade maior de varas virtuais, mas isso ocorre porque lá a Justiça do Trabalho é inteiramente virtual", reconheceu.

Sobre os empossados ressaltou: "A OAB/MS reconhece que a precoce aposentadoria do Des. Santini fará perder uma das personalidades públicas que mais contribuíram para o avanço da justiça em nosso Estado. Cerca-nos de boa expectativa, outrossim, a posse do Dr. Hildebrando Coelho Neto. Ele conhece os desafios da administração deste Tribunal, mesmo porque já ocupou a Corregedoria e a Vice-Presidência desta casa. Se não bastassem outros predicados da extensa biografia do novo presidente do TJMS, bastaria dizer que é o primeiro magistrado a ocupar os três principais postos administrativos do Judiciário Guarani. Aliada à alta experiência e senso de dever público do novo presidente, merece destaque o fato de que estará ladeado de competentes colegas".

E em nome da classe dos advogados, Duarte saudou a nova administração: "Há que se reconhecer que o novo presidente do TJMS sempre buscou a realização de justiça, tratando o processo apenas como um instrumento, e não como um fim em si mesmo, tendo compreendido, em todos os momentos, que a justiça existe para o jurisdicionado, e não o jurisdicionado para a Justiça. É dizer, em termos simples, que a nova diretoria deste Tribunal Guarani está à altura de suas responsabilidades, conforme comprovam, aliás, suas biografias. Nós, da OAB/MS, auguramos os melhores votos para que o Presidente do Tribunal de Justiça e demais empossados, realizem tudo quanto deles espera nossa sociedade".

O Procurador-Geral de Justiça de MS, Paulo Alberto de Oliveira, fez um discurso em que externou sinceras felicitações aos novos comandantes da Justiça de MS, não sem antes mencionar algumas qualidades do Des. Santini. "Bem honrou o cargo de presidente, cujo exercício foi marcado por sua dedicação, esmero, retidão e eficiência, mantendo o nome do Poder Judiciário de MS com o mesmo prestígio que teve desde sua instalação, em 1979".

Ao Des. Hildebrando, o procurador disse: "Rendo votos de absoluto sucesso nessa nova jornada, coragem, vigor e sabedoria vinda dos altos céus para que possa bem conduzir este tribunal - com firmeza, audácia, bravura e sabedoria, revestindo-o de alma e, cada vez mais, do compromisso maior com a justiça. Nossa população anseia por poderes fortalecidos e independentes que estejam alheios a interesses caracterizados, mas que se comprometam com a realização da verdadeira justiça. [...] Que Deus abençoe a cada um dos empossados e os ilumine, tornando memorável e venturoso o exercício de seus honrosos postos".

A responsabilidade de saudar a nova administração, em nome dos desembargadores que compõem a mais alta corte de justiça de MS, coube ao Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Destacando a trajetória dos novos e do Corregedor, Joenildo apontou que estão todos afinados com os novos ideais de justiça. "Não tenho dúvida de que farão uma administração compartilhada, focada na boa prestação jurisdicional, com transparência e retidão. O novo dirigente é um homem culto e inteligente e muito rápido nas suas ações. Julgador emérito, seguro e independente, engrandece a judicatura com os seus brilhantes julgados, calcados no direito, na justiça e no bom senso. Homem simples e acostumado com a vida do campo, trouxe para sua vida atual a experiência do sertanejo traduzida na linguagem simples e sincera e a humildade".

Do novo vice-presidente, o Des. Joenildo citou: "Bom filho e bom amigo, tive a satisfação de conhecer em 1985, quando juntos trabalhamos na Comarca de Três Lagoas. Por onde passou deixou a marca indelével de uma dignificante atuação, apoiada numa eficaz cultura jurídica".

Sobre o Des. Atapoã da Costa Feliz, que permaneceu como Corregedor-Geral de Justiça, Joenildo ressaltou: "Magistrado dotado de grande saber jurídico e de uma memória privilegiada, que com austeridade e honradez exerceu e exerce o cargo de Corregedor-Geral de Justiça, merecendo de todos os integrantes da magistratura o respeito e o reconhecimento. Estudioso e preocupado em fazer justiça, é visto como destacado julgador".

Contudo, o discurso mais emocionante foi o do novo presidente do TJMS. Ele começou agradecendo ao Des. Santini. "Aceite os préstimos de gratidão e respeito do Poder Judiciário de MS. V. Excia, a exemplo do guerreiro que volta da batalha, alcançou o merecido direito de se dedicar, com exclusividade, à família - primeira e mais importante sociedade criada pelo homem".

Hildebrando agradeceu aos pais, aos irmãos, aos familiares, às pessoas que com ele trabalharam e pediu aos filhos paciência, pois em dois anos terá para eles um pouco mais de tempo para contar-lhes causos, quando atingirá o tempo máximo facultado pela Lei das Leis para continuar na atividade judicante.

O momento de maior emoção foi quando o novo presidente do TJMS dirigiu seus agradecimentos à esposa. “Companheira de caminhada nesses 35 anos bem vividos. Tudo na vida depende de escolha. Em 1977, fiz uma tríplice e feliz opção: assumi a magistratura, casei-me e me tornei pai. Confesso que, sem o seu apoio, não estaria aqui hoje, assumindo o gratificante e responsável encargo de dirigir o Poder Judiciário deste Estado, porque foi você, meu bem, que, com sua coragem e amor, ao lhe perguntar se animaria a deixar o estado de Goiás e mudar-se para o novel Estado de Mato Grosso do Sul, respondeu-me com franqueza e segurança: acompanhar-te-ei para qualquer lugar e, se preciso for, irei morar contigo até debaixo de uma ponte”.

Antes de terminar suas palavras, deixou um recado aos juízes de primeiro grau: “Tudo na vida é uma renovação constante. O tempo flui imperceptivelmente e os senhores poderão vir a sofrer um feliz acidente de percurso e, quando menos esperarem, a escolha recair sobre os senhores para ter assento neste areópago, desde que não esmoreçam e, com ânimos renovados, continuem firmes e dedicados à árdua tarefa de pacificar, porque, como diz o provérbio: é perigoso guardar a cabeça cheia de sonhos, com as mãos desocupadas”.

Autoria do Texto: Assessoria de Imprensa TJMS

Videoaudiência: juiz do interior realiza procedimento inédito -10/04/2012

Apesar de estar designado para auxiliar no mutirão de processos da Vara de Sucessões na Capital, o juiz Silvio Prado, titular da 1ª Vara de Chapadão do Sul, a partir das 13 horas, vai realizar um procedimento inédito: de Campo Grande, por meio de videoconferência, vai realizar as audiências marcadas para serem realizadas na comarca do interior.

Na pauta da 1ª Vara de Chapadão do Sul estão marcadas duas instruções em processos contra o INSS, além de duas instruções criminais e uma conciliação.

Saiba mais - O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul investiu na videoconferência como ferramenta tecnológica para a realização de interrogatórios judiciais, inquirições de testemunhas e outros atos processuais e administrativos, como treinamento de servidores, palestras e reuniões.

Equipamentos de alta tecnologia foram adquiridos para garantir eficácia na comunicação que se dá entre pontos geograficamente distintos, numa conexão em tempo real e interatividade entre as partes por meio de áudio e vídeo.

A primeira experiência com áudio e vídeo no Estado foi realizada em 2007 quando começou, em fase de teste, na 2ª Vara de Execução Penal, a videoaudiência, uma medida para dar mais celeridade aos processos. O formato de trabalho trouxe, além de agilidade, economia de tempo e recursos.

Autoria do Texto: Assessoria de Imprensa TJMS

Judiciário de MS cumpre Meta de 2012 e tem Juiz de Cooperação - 08/05/2012



Duas publicações no Diário da Justiça desta segunda-feira (7) apontam que a justiça sul-mato-grossense continua na vanguarda. Uma delas, o Provimento nº 262 cria a figura do Juiz de Cooperação no Tribunal de Justiça, e a segunda, a Portaria nº 232/12, designa o juiz Carlos Alberto Garcete de Almeida para exercer tal função. Atualmente, Garcete é juiz auxiliar da Presidência do TJMS.

A finalidade do Núcleo de Cooperação é institucionalizar meios que imprimam mais agilidade à comunicação entre órgãos judiciários. A criação do núcleo atende também a Resolução nº 38/11 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que fixa orientações sobre mecanismos de cooperação judiciária entre os tribunais.

Assim, de acordo com o provimento, a cooperação judiciária será regida pelos princípios da agilidade e da concisão, e será admissível para prática de todos os tipos de atos, providências, medidas, incidentes, procedimentos e ritos processuais.

O pedido de cooperação judiciária compreenderá a prestação de auxílio direto, reunião ou apensamento de processos, prestação de informações, cartas de ordem ou precatórias e atos concertados entre os juízes cooperantes.

Para que não existam dúvidas quanto aos atos entre os juízes nesta função, os atos podem ser citação, intimação e notificação, obtenção e apresentação de provas, coleta de depoimentos, medidas cautelares e antecipação de tutelas; medidas e providências para recuperação e preservação de empresas, facilitação da habilitação de créditos falência e recuperação judicial; transferência de presos; reunião de processos com conteúdo repetitivo; execução de decisões judiciais, incluídas as que tratem de interesse transindividual; reconhecimento de competência decorrente de conexão/continência ou vinculação; e preferência legal de direitos, acautelamento e reserva de crédito.

O juiz de Cooperação integrará a Rede Nacional de Cooperação Judiciária, cabendo-lhe, essencialmente, facilitar a prática da cooperação, intermediando a comunicação entre juízes cooperantes. Animado com a nova responsabilidade, Carlos Garcete lembra que, com a cooperação, será possível obter mais fluidez e agilidade nas comunicações entre os órgãos internos e externos do Poder Judiciário, além da simplificação de rotinas procedimentais.

O juiz apontou ainda que a criação do núcleo cumpre também a Meta 4 de 2012 do CNJ, que estabelece a necessidade da constituição de tal organismo de cooperação nos 27 tribunais brasileiros. Dinâmico e defensor da prestação jurisdicional de qualidade com rapidez, Garcete garante que a nova forma de trabalho terá apoio da população que busca na justiça a solução para seus problemas.

"O juiz de cooperação decorre de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que busca criar uma Rede Nacional de Cooperação Judiciária. Com a implantação dessa estrutura no TJMS, nosso Estado mais uma vez caminha para o aprimoramento da prestação jurisdicional, por meio de métodos de desburocratização nas relações com os demais tribunais do país", disse ele.

Saiba mais - A Rede de Cooperação Judiciária, criada para facilitar o intercâmbio de atos judiciais e oferecer mais celeridade ao andamentos de processos, é um modelo inspirado na experiência da União Europeia, visando conectar e integrar vários segmentos do judiciário, desburocratizando e tornando mais eficiente a ação da justiça.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação TJMS

Ineditismo: Magistratura sul-mato-grossense aprova o primeiro enunciado criminal 12/06/2012



Foi realizada na manhã de hoje (12) a primeira reunião para implantação dos Enunciados não vinculativos para decisões em primeiro grau, no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul.

Realizada no mini auditório do Fórum de Campo Grande, a reunião foi coordenada pelos magistrados Aldo Ferreira da Silva Júnior na área cível, e Wilson Leite Correa, na área criminal, e transmitida por sistema de videoconferência aos magistrados das comarcas de Aquidauana, Chapadão do Sul, Maracaju, Naviraí e Miranda.

Os temas cíveis e criminais submetidos à plenária foram propostos pelos próprios magistrados, que deliberaram pela aprovação de um enunciado criminal. Os demais temas apresentados serão encaminhados aos magistrados para serem deliberados, concomitantemente, com curso de aperfeiçoamento promovido pela Escola Judicial do Estado de Mato Grosso do Sul.

O enunciado criminal apresentado pelo juiz titular da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas, Ronaldo Gonçalves Onofri, e aprovado por maioria foi: "Compete aos Juizados Especiais Criminais processar e julgar as hipóteses de concurso de crimes de menor potencial ofensivo ainda que as penas somadas, em abstrato, ultrapassem dois anos", que trouxe como justificativa a necessidade da justiça comum estadual alinhar-se com o entendimento do FONAJE (Enunciado 120).

Para o coordenador Aldo Ferreira, a reunião com participação de magistrados da capital e do interior foi fundamental para se fazer um panorama dos posicionamentos adotados por eles sobre os temas analisados.

Destacou ainda que os temas discutidos serão enviados a todos os magistrados do estado e, que os e-mails funcionais dos coordenadores continuam à disposição para receberem propostas de temas emblemáticos.

Por fim, Wilson Leite, coordenador criminal, elogiou a participação e o comprometimento da magistratura sul-mato-grossense no lançamento dos enunciados não vinculativos no âmbito das decisões de primeiro grau de Mato Grosso do Sul.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social TJMS

Processos digitais de 1º grau chegam a 48% do total em MS - 27/06/2012



Um balanço feito com os processos de primeiro grau que estão em andamento em Mato Grosso do Sul mostra que, em maio deste ano, a quantidade total das ações chegou em 741 mil. Destas, 384 mil são físicas e 357 mil digitais, ou seja, 48% dos processos de primeira instância já são digitais.

No mesmo período do ano passado, os processos físicos e digitais que estavam em andamento chegaram em 703 mil, sendo 499 mil ações físicas e apenas 204 mil digitais.

O mesmo comparativo foi feito com o mês de janeiro. Em 2011, foram 707 mil no total, sendo 525 mil físicos e 182 mil digitais. Já no início de 2012, foram contabilizados 752 mil processos físicos e digitais. Desta quantidade, 430 são ações físicas e 322 digitais.

A Vara de Execução Fiscal de Campo Grande lidera a quantidade de processos digitais. Em janeiro do ano passado, por exemplo, eram apenas 75 mil ações físicas e 121 mil digitais. Já em janeiro de 2012, a quantidade chegou em 70 mil físicos e 154 mil ações digitais.

Na mesma vara, foram contabilizados 220 mil processos em maio deste ano e apenas 66 mil são físicos e 153 mil são digitais. No mesmo mês do ano passado, eram 74 mil ações físicas e 121 mil digitais, totalizando 195 mil processos na Vara de Execução fiscal de Campo Grande.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social TJMS

TJMS: 1º semestre de 2012 fecha com mais de 23 mil processos julgados - 11/7/2012



A movimentação no primeiro semestre de 2012 no Tribunal de Justiça de MS fechou com 22.879 processos distribuídos e outros 23.546 julgados. O ano iniciou com 27.564 feitos pendentes de julgamento. Comparado ao 1º semestre de 2011, o movimento aumentou. Nos feitos distribuídos, o número de ações cresceu em 4,8% e quanto ao julgamento, o crescimento foi de 3%.

O Tribunal de Justiça julgou quase quatro mil processos no mês de junho deste ano. O número de julgamentos ultrapassou o de distribuição em 2,77%. Foram distribuídos 3.676 processos e julgados 3.778, ou seja, 102 processos a mais.

O órgão julgador que mais distribuiu processos foi a Terceira Câmara Cível, com 732 distribuídos, sendo julgados 1.107 processos.

Para as cinco câmaras cíveis foram distribuídos 2.748 novos feitos e realizados 3008 julgamentos. O Órgão Especial teve distribuídos 34 processos e julgados 49. Para as duas câmaras criminais foram distribuídos 777 feitos, sendo 589 julgados. As seções cíveis receberam ao todo 89 novos processos e julgaram 98. A Seção Criminal teve distribuídos 29 e julgados 37 feitos.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

DISCURSO PROFERIDO PELO DES. HILDEBRANDO COELHO NETO POR OCASIÃO DA SOLENIDADE DE SUA POSSE NO CARGO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Aos dois dias do mês de abril do ano de 2012.

O objetivo desta solenidade é o de dar posse nos cargos de presidente e vice-presidente do Poder Judiciário deste Estado, em decorrência da aposentadoria, por força de mandamento constitucional, do Des. Luiz Carlos Santini, que soube dirigir, com sabedoria, justiça e determinação, a nau do Poder Judiciário.

Des. Santini, aceite os préstimos de gratidão e respeito do Poder Judiciário sul-mato-grossense. Vossa Excelência, a exemplo do guerreiro que volta vitorioso da batalha, alcançou o merecido direito de se dedicar, com exclusividade, à família, a primeira e a mais importante sociedade criada pelo homem.

Com a vacância da presidência, assume-a, por força de norma regimental, o vice-presidente. Vago este cargo, que era por mim ocupado, foi eleito o Des. João Batista da Costa Marques. O Conselho Superior da Magistratura do Poder Judiciário Estadual, para completar o biênio 2011/2012, é composto, a partir de agora, dos ora empossados e do Des. Atapoã da Costa Feliz, que já o integrava na qualidade de Corregedor-Geral de Justiça.

Parabenizo o Des. João Batista, Vice-Presidente desta Casa, combativo tribuno, que o conheço desde maio de 1981, quando assumi a magistratura na Comarca de Rio Verde de Mato Grosso (do Sul), onde Vossa Excelência atuava, então, como Promotor de Justiça e, à frente do tribunal do júri. Observei sua coragem e denodo no exercício do cargo de defensor da sociedade, como costumava denominar-se a si mesmo. Ademais, experiência não lhe falta, visto que já exerceu o cargo de vice-presidente, ao tempo em que o Des. Paulo Alfeu Puccinelli esteve à frente desta Corte. Des. Costa Marques, desejo-lhe êxito na empreitada que acabais de assumir e tenho certeza de que Vossa Excelência enfrentará as dificuldades com coragem, que é a virtude dos fortes.

Des. Atapoã, não é a primeira vez que Vossa Excelência exerce o cargo de Corregedor-Geral, considerando que, no biênio 2004/2005, desempenhou tal mister com coragem e altivez, onde iniciou a luta para que se cumprisse o mandamento constitucional que exige o concurso público para ingresso na atividade notarial e de registro. Sou um admirador do trabalho de Vossa Excelência ante a competência demonstrada no trato da coisa pública. Prova disto é o relatório de atividades desenvolvidas no ano de 2011, à frente da Corregedoria-Geral de Justiça, onde, com tenacidade e independência, não mede esforços para o aperfeiçoamento deste Poder Judiciário. E, agora, na qualidade de Presidente, gostaria de me valer de uma das mais agradáveis virtudes, a gratidão. No dizer de André Comte-Sponville, em seu Pequeno Tratado das Grandes Virtudes, "*a gratidão nada tem a dar, além do prazer de ter recebido. Que virtude mais feliz e mais humilde, que graça mais fácil e mais necessária do que ser grato. A gratidão é dom, a gratidão é partilha, a gratidão é amor*".

Agradeço, primeiramente, a Deus, Supremo Criador do Universo, que me deu a vida, a família, os amigos e me cumulou de bênçãos para que possa persistir na busca do progresso material, moral e espiritual. Deu-me confiança na sua Justiça, no Consolador Prometido, que me fortalece para continuar enfrentando as pedras do caminho, porque Ele é o Divino Jardineiro que nos ampara nos embates da vida, estimulando-nos a semear a boa semente.

Em segundo lugar, agradeço aos meus saudosos pais, Nelson e Margarida, que ensinaram a seus onze filhos a trilhar o caminho da honestidade e do respeito ao que é alheio. Incutiram em nós o amor ao trabalho e ao estudo, para que nos tornássemos homens de bem. Papai iniciou-me no trato da terra, ensinando-me que era a força do trabalho que tornava a terra produtiva, ao passo que Mamãe ensinou-me as primeiras letras, tendo sido minha professora no 1º e 2º ano do primário, como se denominava antigamente. As lições de nossos pais seguiam na mesma trilha dos mandamentos cívicos do Príncipe dos Prosadores Brasileiros, Henrique Maximiano Coelho Neto: "*Instrui-te para que possa andar por teu passo na vida e transmite a teus filhos a instrução, que é dote que não se gasta; direito que não se perde e liberdade que não se limita*."

Terceiro, à minha mulher Elza, companheira de caminhada nesses 35 anos bem vividos. Tudo na vida depende de escolha. Em 1977, fiz uma tríplice e feliz opção: assumi a magistratura, casei-me e me tornei pai. Confesso que, sem o seu apoio, não estaria, hoje, assumindo o gratificante e responsável encargo de dirigir o Poder Judiciário deste Estado, porque foi você, meu Bem, que, com sua coragem e amor, ao lhe perguntar se animaria a deixar o Estado de Goiás e mudar-se para o novel Estado de Mato Grosso do Sul, respondeu-me, com franqueza e segurança: acompanhar-te-ei para qualquer lugar e, se preciso for, irei morar contigo até debaixo de uma ponte.

Agradeço, de igual modo, aos meus três filhos que, ainda crianças, pensando tratar-se de um passeio, em razão de, até a chegada da mudança, termos, provisoriamente, ocupado um chalé, à margem direita do Rio Verde, vieram aportar a estas plagas em que imperam "*a pujança e a grandeza de fertilidades mil*" e aqui criaram raízes, formando-se e constituindo família, dando-me vários netos. O quarto filho, o caçula, nasceu nesta Capital, no mês de junho de 1981, tão logo fixamos residência neste Estado. Peço aos filhos de meus filhos, em número de seis, que tenham paciência comigo porque, daqui a dois anos, terei um pouquinho mais de tempo para contar-lhes causos, quando atingirei o tempo máximo facultado pela Lei das Leis para continuar na atividade judicante.

Agradeço aos meus dez irmãos pelo feixe de união que sempre formamos na esteira do ensinamento de nosso saudoso pai, que nos aconselhava a vivermos em harmonia. Tomou ele um graveto e deu a cada um de seus filhos e pediu para quebrá-lo, no que todos, com facilidade, obtiveram êxito. Aí pegou vários gravetos, unindo-os como se formassem um bloco, e passou a cada um dos filhos, começando pelo mais novo até chegar ao mais velho e nenhum deles conseguiu parti-los. E arrematou: "*Os gravetos juntos simbolizam a união de vocês, meus filhos. Unidos, ninguém destruirá vocês e vencerão todas as tempestades da vida"*.

Rendo agradecimentos a todos os amigos de caminhada, professores, advogados, especialmente aos irmãos de trincheira, ao tempo em que exerci a advocacia, aos colegas magistrados, servidores do Poder Judiciário, especialmente aqueles que trabalharam comigo nas Comarcas de Goiânia, Bom Jesus de Goiás, Rio Verde de Mato Grosso (do Sul), Dourados, Campo Grande e aqui nesta egrégia Corte. Sabe-se que estreita é a porta aos que pretendem exercer a magistratura. Dez candidatos foram aprovados no III concurso para juiz de direito do Estado de Mato Grosso do Sul, realizado no ano de 1981. Nove assumiram o cargo e quatro já se aposentaram. Cinco deles permanecem em atividade, todos com assento neste Tribunal. São eles, pela ordem de antiguidade, além de mim, os colegas João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran, Paulo Alfeu Puccinelli e Sideni Soncini Pimentel.

O magistrado de carreira, no ato de assunção, jamais sonha ter assento nesta Casa. Contudo, se persistir no exercício da árdua tarefa de julgar, comprovados os critérios objetivos de produtividade e presteza e, desde que integre a primeira quinta parte da lista de antiguidade, é possível que sofra uma grata surpresa de ser escolhido pelo Colendo Tribunal Pleno para ocupar uma vaga destinada a juiz de direito. Foi o que aconteceu com todos nós, integrantes da carreira, que aqui estamos. Conquanto seja de conhecimento geral, gostaria de lembrar aos ilustres magistrados de 1º grau que se preparem, porque tudo

na vida é uma renovação constante. O tempo flui imperceptivelmente e os senhores poderão vir a sofrer um feliz acidente de percurso e, quando menos esperarem, a escolha recair sobre os senhores para ter assento neste areópago, desde que não esmoreçam e, com ânimos renovados, continuem firmes e dedicados à árdua tarefa de pacificar conflitos, porque, como diz o provérbio: "*É perigoso guardar a cabeça cheia de sonhos, com as mãos desocupadas*". O ferreiro que bate na bigorna o ferro candente, transformando-o em uma enxada a ser utilizada no preparo da terra, sente-se reconfortado quando o lavrador enche seus celeiros e o pão chega à sua mesa. Assim, também somos nós, os juízes, quando, ao entregarmos a prestação jurisdicional, sentimos a grata satisfação do dever cumprido. Cora Coralina, a poetisa da Cidade de Goiás, em seu Cântico da Terra, Hino do Lavrador, ensina que o trabalho é a força que move o homem e traz-lhe felicidade: "*Eu sou a terra, eu sou a vida. Do meu barro primeiro veio o homem. De mim veio a mulher e veio o amor. Veio a árvore, veio a fonte. Vem o fruto e vem a flor. Eu sou a fonte original de toda vida. Sou a espiga generosa de teu gado e certeza tranquila ao teu esforço. Sou a razão de tua vida. Eu sou a grande Mãe universal, tua filha, tua noiva e desposada. A mulher e o ventre que fecundas. Sou a gleba, a gestação, eu sou o amor. Plantemos a roça. Lavremos a gleba. Cuidemos do ninho, do gado e da tulha. Fartura teremos e donos de sítio felizes seremos*".

Doravante, passo a exercer um cargo político, qual seja, o de representar o Poder Judiciário Estadual. Prometo que, com a ajuda de Deus e a colaboração efetiva do Colendo Tribunal Pleno, desempenharei as atribuições a mim confiadas, na condição de servidor máximo deste Poder, submetendo-me aos princípios constitucionais que regem a administração pública. Sabe-se que ninguém consegue, isoladamente, alcançar o objetivo de o Poder Judiciário Estadual cumprir suas finalidades, se não contar com a participação efetiva dos magistrados e servidores. Todos nós, unidos, à semelhança do feixe de varas, devemos participar, efetivamente, dessa empreitada, desempenhando cada qual sua atividade, com amor e dedicação. O desânimo não pode nos abater nem o desencanto nos envolver. Enquanto em atividade estivermos, enfrentemos o trabalho como uma oportunidade de crescimento. Não fiquemos olhando para trás, contemplando o trabalho realizado. Mãos ao arado e sigamos em frente.

Conta-se que na Roma antiga, ao tempo da realeza, havia uma luta constante entre patrícios e plebeus, por força das desigualdades sociais. Os patrícios eram os privilegiados. Exerciam pressão sobre o reinado e, quase sempre, eram atendidos em suas reivindicações, ao passo que os plebeus, apesar de serem considerados homens livres, não participavam de nada. Eram-lhes fechadas as portas. Não havia representantes para defendê-los. Os plebeus, revoltados, retiraram-se para o Monte Sagrado, cruzando os braços. Alarmados ficaram os patrícios com o esvaziamento da cidade. Os serviços desorganizaram-se e houve grandes prejuízos. Chegaram os patrícios à conclusão de que os plebeus deveriam ter representantes especiais para a defesa de seus direitos e interesses. Foram criados, em 494 a.C, os "tribunos da plebe", magistrados de origem plebéia que tanto fizeram pela democracia e progresso de Roma. Como é que os patrícios conseguiram que os plebeus deixassem o Monte Sagrado e voltassem para Roma? Enviaram como intermediador Menêmio Agripa, um célebre orador e hábil na argumentação. Invocou ele o famoso apólogo dos membros e do estômago, contando que os membros do corpo humano resolveram não mais trabalhar, o que resultou na morte do estômago, o mesmo acontecendo a todo o organismo. Convencidos da realidade e, principalmente, sob promessa de que seus direitos seriam desde logo assegurados, os plebeus voltaram para Roma.

A lição acima comprova que, se não houver solidariedade, o organismo social não sobrevive. Os poderes constituídos somente conseguirão implantar o Estado Democrático de Direito, quando assegurado estiver o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, o que não se alcançará enquanto não viger, de fato e de direito, a independência e harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na forma consagrada pelo art. 2º da Carta Magna.

Nessa senda, sabedor de que a lei do equilíbrio deve reinar entre os Poderes, esforços serão envidados para que a harmonia não ocupe o espaço da independência. O Judiciário não pode ficar à mercê do Executivo, pairando incertezas quanto ao seu duodécimo. No sistema de pesos e contrapesos, a balança não pode fugir do ponto de equilíbrio e, muito menos, ferir o princípio da legalidade, visto que, na lição de Seabra Fagundes, "*administrar é aplicar a lei de ofício*".

Minhas Senhoras e meus Senhores é verdade que é por pouco tempo. Trezentos e cinco dias foram-me concedidos para dirigir os destinos desta Casa de Justiça. Consciente estou de que as conquistas do Poder Judiciário são fruto de muito esforço, trabalho e dedicação de todos aqueles que, sem alarde, já dedicaram e dedicam suas vidas a plantar nestas terras de Vespasiano a semente da Justiça. De igual modo, as gerações futuras serão beneficiadas com as boas sementes que lançarmos nestas plagas sul-mato-grossenses. Ademais, dada à exiguidade do tempo, urge que aproveitemos, com mais afinco, o instrumento indispensável e eficaz para a evolução do ser humano e a transformação de suas instituições, que é o trabalho. Indiscutível a força transformadora do ensinamento:

> Sob o ponto de vida terrestre, a máxima buscais e achareis é análoga a esta: Ajuda-te, e o céu te ajudará. É o princípio da lei do trabalho, e, por conseguinte, da lei do progresso, porque o progresso é filho do trabalho, e o trabalho coloca em ação as forças da inteligência. Se Deus 'houvesse isentado o homem do trabalho do corpo, seus membros estariam atrofiados; se o houvesse isentado do trabalho da inteligência, seu espírito teria permanecido na infância, no estado de instinto animal; por isso, lhe fez do trabalho uma necessidade e lhe disse: Procura e acharás, trabalha e produzirás, dessa maneira, serás o filho das tuas obras, delas terás o mérito e serás recompensado segundo o que tiveres feito. (In O Evangelho Segundo o Espiritismo. Capítulo 25, itens 2 e 3, tradução Salvador Gentile).

E, perorando, invoco a canção "Tocando em Frente", de Renato Teixeira, que bem retrata a necessidade de o Homem seguir adiante em busca de sua felicidade: "Penso que cumprir a vida seja simplesmente compreender a marcha, e ir tocando em frente, como um velho boiadeiro levando a boiada... Cada um de nós compõe a sua história, e cada ser em si carrega o dom de ser capaz, de ser feliz". Muito obrigado.

DISCURSO DO DESEMBARGADOR JOENILDO DE SOUSA CHAVES NA POSSE DOS DESEMBARGADORES ELEITOS PARA O BIÊNIO 2011-2013

Aos dois dias do mês de abril do ano de 2012

Senhoras e Senhores,

A solenidade nesta data se reveste de júbilo no momento em que são empossados os novos dirigentes do Poder Judiciário deste Estado. Sinto-me honrado com a escolha de poder falar em nome dos meus colegas.

Chegam os ilustres magistrados após uma longa caminhada, sempre pautando as suas condutas de modo a engrandecer o Judiciário Sul-mato-grossense, com destacada atuação em todos os campos da vida pública.

Estão todos afinados com os novos ideais de justiça, por isso não tenho dúvida de que farão uma administração compartilhada, focada na boa prestação jurisdicional, com transparência e retidão.

O Desembargador Hildebrando Coelho Neto é natural de Tocantinópolis, atual Estado de Tocantins. Filho de Nelson Coelho dos Santos e Margarida Gomes dos Santos.

Formado em Direito pela Universidade Federal de Goiás, assumiu a magistratura deste Estado em 1981, iniciando-se na Comarca de Rio Verde de Mato Grosso, ressalvando que em 1977 exerceu a magistratura de Goiás.

Professor de Direito Civil e Tributário pela Socigran de 1984 até 1988. Em 1983, foi promovido para a 3ª Vara Cível da Comarca de Dourados, aquela época de 2ª entrância e, posteriormente, em 1988, para a 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande.

Foi promovido por merecimento ao cargo de desembargador em 19.9.1996 e exerceu com proficiência a Corregedoria-Geral de Justiça deste Tribunal no biênio 2005/2006. Por último, Vice-Presidente, e agora chega ao cargo máximo na carreira da magistratura Estadual.

O ilustre novo dirigente é um homem culto e inteligente e muito rápido nas suas ações; julgador emérito, seguro e independente, engradecendo a judicatura com os seus brilhantes julgados, calcados no direito, na justiça e no bom senso.

Um homem simples e acostumado com a vida do campo. Quando jovem, ajudava o seu pai na comitiva da boiada; foi lá no sertão de Goiás que ia à frente em busca de um córrego para preparar a comida. E é por isso que ele trouxe para a sua vida atual, no alforje que carregava àquela época, as qualidades fundamentais que são frutos de uma boa e saudável criação familiar; a sabedoria do homem rural; a experiência do sertanejo traduzida na linguagem simples e sincera e a humildade.

Desembargador João Batista da Costa Marques, natural de Bela Vista, deste Estado, é filho de José Simplício da Costa Marques e Fábia Souza da Costa Marques.

Formou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em 1971. Foi Delegado de Polícia no Paraná. Ingressou na carreira do Ministério Público em 1980, quando foi nomeado para o exercício do cargo de Promotor da Comarca de Rio Verde de Mato Grosso, atuando também nas Promotorias

de Justiça de Pedro Gomes e Coxim. Em 1982 foi promovido para Três Lagoas, onde permaneceu até 1987, quando veio promovido por merecimento para esta Comarca de Campo Grande.

Exerceu a função nesta Capital em praticamente todas as Varas Criminais, bem como na Auditoria Militar e privativamente no Tribunal do Júri por quatro anos consecutivos. Em 1991, foi promovido para o cargo de Procurador de Justiça deste Estado.

Em junho de 2000, assumiu suas funções no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça, na vaga reservada ao quinto constitucional, tendo, no período de julho de 2010 a fevereiro de 2011, exercido o cargo de Vice-Presidente.

Este homem, bom filho e bom amigo, tive a grata satisfação de conhecê-lo em 1985, quando juntos trabalhamos na Comarca de Três Lagoas.

Por onde passou deixou a marca indelével de uma dignificante atuação, apoiada em uma eficaz cultura jurídica. Cuidadoso na análise da prova, pautava a sua linha acusatória, sem perder de vista o respeito à pessoa do acusado, sem que isso lhe tolhesse os arroubos oratórios nem lhe tolhesse, em certos momentos, diante de crimes bárbaros e revoltantes, aquela "cólera santa" de que falava Rui Barbosa na "Oração aos Moços", que fazia a palavra sair "rechinando, esbraseando, chispando como o metal candente dos seios da fornalha". E quem o via na Tribuna do Júri e após gozar do privilégio de sua amizade, não sabia que por detrás de tudo aquilo existia a figura de um ser, de alma e coração puros que a todos encanta.

Detentor de um material vocal diferenciado, nas horas de descontração, quando se reúne com a sua vasta legião de amigos, passa a ser o cantor preferido de todos.

Na Vice-Presidência deste Tribunal, no período de 2000 a 2011, desempenhou com honradez o seu mister, e a prova maior desta eficiência é o seu retorno no mesmo cargo, por indicação unânime dos integrantes desta Corte.

Desembargador Atapoã da Costa Feliz, paulista, de Guararapes, ingressou na carreira em 1979.

Graduou-se em Direito pela Faculdade de Direito de Uberlândia, no triângulo mineiro, em 1970.

A sua primeira Comarca foi Glória de Dourados, tendo sido promovido em 1980. Removeu-se a pedido para a 1ª Vara da Comarca de Amambai em 1982 e posteriormente também a pedido foi removido para a 2ª Vara Cível de Corumbá. Em 1986, veio promovido para a 7ª Vara Cível desta Capital, atuando em outras Varas desta Comarca. Em 1995, foi promovido para o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça. Já exerceu o cargo de Corregedor-Geral de Justiça em 2003-2004, cargo que passou novamente a exercer desde 2011.

Magistrado dotado de grande saber jurídico e de uma memória privilegiada, que, com austeridade e honradez, exerceu e exerce o cargo de Corregedor-Geral de Justiça, merecendo de todos os integrantes da magistratura o respeito e o reconhecimento.

Estudioso e preocupado em fazer justiça, é visto como destacado julgador. Nas horas de lazer, torna-se um compositor já com alguns álbuns musicais gravados.

Trabalhamos juntos desde a Comarca de Amambai, passando por Corumbá e como integrantes da administração deste Tribunal no período de 2003 a 2004.

Quis o destino que a mim coubesse este privilégio de saudá-lo nesta cerimônia de posse dos outros dois desembargadores, já que fortes laços de amizade e compadresco nos unem.

Aí está senhoras e senhores o perfil dos três magistrados que irão administrar o Poder Judiciário deste belo Estado da Federação.

Os registros de suas atitudes, aliados à bagagem intelectual e humanística corresponderão com certeza aos anseios de todos que almejam sempre o fortalecimento do Judiciário, pois dele depende a garantia dos seus direitos, a vida livre entre os homens e a indispensável paz social.

As administrações anteriores, incluindo-se a que ora se despede, todas elas fizeram o que podiam fazer. Cada qual, a seu tempo e imbuída de bons propósitos juntamente com todos os magistrados e servidores, esforçou-se pela consolidação e engrandecimento do Judiciário, chegando até aqui com destacada posição. Contudo, esta administração enfrentará o desafio de abrir o caminho para novos tempos, conquanto não for possível executar as diversas tarefas que advirão, em razão do escasso período que irão administrar.

Despede-se hoje do nosso meio jurisdicional o Des. Luiz Carlos Santini, que, em plena e arrojante capacidade de trabalho, é obrigado a aposentar-se, quando muito ainda podia fazer em prol de nossa Justiça.

Contudo, até aqui nada podemos fazer, senão nos curvar ante a Constituição que exige o afastamento compulsório quando atingida a idade ali prevista.

Deixa assim o nosso convívio na condição de julgador, ficando para trás uma trajetória de vida dedicada exaustivamente às causas do Poder Judiciário. Quer como juiz, Vice-Presidente deste Tribunal, Presidente do TRE e, por último, presidente, dignificou a nossa magistratura. Cumpriu com dedicação e honradez o exercício dos cargos ocupados, fazendo jus a um descanso e maior convívio com sua família, pois a metade de sua vida foi dedicada ao trabalho exaustivo da Justiça e mais dez anos a outros serviços públicos.

Permitam-me ainda, senhoras e senhores, tocar em um aspecto muito preocupante para a sociedade em geral.

Estamos vivenciando época atípica e sombria. É notório uma campanha orquestrada tendente à destruição dos valores morais, envolvendo a família como estrutura básica, o desrespeito às instituições organizadas, incluindo-se aí, como maior destaque, o Judiciário, que vem impiedosamente sendo massacrado e como se fosse responsável pelas mazelas existentes.

A quem interessa tudo isto? É uma pergunta ainda sem resposta, pois se realmente almeja mudanças, todo trabalho deveria ser direcionado para a modernização e agilidade da Justiça, com adoção de critérios eficazes, investimentos de ponta na área da informática, novas tecnologias, cursos de aperfeiçoamentos, sobretudo em gestão.

O enfraquecimento do Poder constituído é preocupante para a própria democracia. Colocar a população em descrédito ao Judiciário poderá gerar uma inquietação social. Porém, é tempo também de reação, de manifestação de inconformismo e irresignação com esse estado de coisas. É hora de promover o devido esclarecimento da opinião pública, alertando os responsáveis e sensibilizando as consciências para superar o impasse na busca incansável da obra de sua reengenharia em prol de um futuro melhor.

Asseguro a todos, pela capacidade e seriedade dos nossos magistrados e servidores, que haveremos de caminhar em harmonia, com firmeza e hombridade, em razão de sua imprescindibilidade, independência e autoridade.

Ao finalizar, desejo à administração que se inicia muito sucesso, na certeza de que Deus estará sempre presente em suas ações, pois sempre está em tudo aquilo que se faz com propósitos elevados.

Muito obrigado.

DISCURSO DO DR. FRANCISCO GERARDO DE SOUSA POR OCASIÃO DA POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR

Aos vinte e cinco dias do mês de abril do ano de 2012.

Senhoras e senhores,

É com imensa honra que hoje tomo assento no quadro de desembargadores deste Tribunal de Justiça. Também não posso deixar de enfatizar que essa nova etapa de minha carreira constitui um prazeroso desafio, porque tenho absoluta consciência do árduo compromisso que me aguarda, da vultosa expectativa que a sociedade deposita sobre meus ombros, mas também porque a tarefa de judicar me traz verdadeiro deleite.

Em momentos como este, é inevitável olharmos nossa trajetória, e da minha em particular, muito orgulho sinto. Recordo-me dos bons momentos passados em Porto Murtinho, minha primeira Comarca. Depois, em Itaporã, onde fui o primeiro juiz. Em seguida, a acolhedora Corumbá. E por fim Campo Grande, onde atuei por muito tempo como juiz corregedor prisional.

Nesta Capital, não posso deixar de destacar os ótimos anos de judicatura frente à 1ª Vara de Execução Penal. Não desmerecendo os demais serventuários da justiça com os quais anteriormente partilhei do dia a dia, mas na 1ª Vara de Execução Penal encontrei pessoas especiais, leais, empenhadas e sempre sensíveis às agruras vivenciadas pelos jurisdicionados que ali se socorriam.

Aqui nesta Corte, até então como convocado, também pude desfrutar da felicidade de encontrar pessoas sérias, destacadas, sem as quais seria impossível assumir o compromisso de julgar com qualidade.

Recordo-me também dos amigos que encontrei na magistratura, dos quais sempre recebi incentivo e afeto. Desejo não cometer injustiça, mas devo particular atenção aos meus amigos Dr. Alexandre Antunes e Dr. Vitor Guibo, pessoas que, nos momentos mais difíceis que vivenciei, sempre estiveram presentes.

A eles minha mais profunda gratidão. Torço para que as marcas do precioso convívio que me proporcionaram sejam recíprocas.

Esse meu trilhar, no entanto, não seria possível sem o apoio de minha família. Da distante Fortaleza até este promissor Estado sempre tive a sorte de tê-la comigo. Deles brota a minha determinação, com eles as dificuldades são amenizadas. Muito me felicita saber que minha conquista também é a deles, assim como a deles sempre foi a minha.

Nesse momento, porém, devo render especial agradecimento à Nizia, minha esposa, com quem partilho meus planos, meus triunfos, mas também minhas inquietudes. Ela sempre presente, sempre prestativa, minha maior entusiasta, sempre disposta a me encorajar, jamais descansou... Se hoje a satisfação é o sentimento mais destacado, é confortante saber que ela conhece o motivo de ser assim, saber que ela participou ativamente de tudo o que vivenciei até aqui.

A meu filho Nivardo, minha nora Aline, minha neta Mayara, minhas irmãs aqui presentes, meus compadres Francisco Fernando Maciel e Eliane Lima Maciel e demais amigos, do fundo de minha alma meu muito obrigado.

Tenho a mais absoluta certeza de que, nesta nova etapa, continuarei a honrá-los.

A todos os presentes, meus agradecimentos.

DISCURSO DO DESEMBARGADOR JÚLIO ROBERTO SIQUEIRA CARDOSO NA POSSE DO DESEMBARGADOR FRANCISCO GERARDO DE SOUZA

Aos vinte e cinco dias do mês de abril do ano de 2012.

Amigo Francisco Gerardo de Souza,

Nas vezes em que fui escolhido para saudar um colega, senti-me honrado em poder congratular-me com magistrados tanto nesta como na Justiça Eleitoral, fosse em primeiro ou segundo graus de jurisdição. Contudo**,** confesso-lhe que, desde sua ascensão a este Tribunal de Justiça, ainda como juiz auxiliar de segundo grau, em gozo e prerrogativa do cargo de desembargador em agosto de 2010, tinha a maior aspiração de que, quando você viesse aqui para receber a coroação maior de sua carreira, pudesse eu ser o escolhido para saudá-lo em nome do colegiado. Só por uma *força maior* (que atribuo ao Ser Supremo), acabou se confirmando, visto que, na última quarta-feira, nosso Desembargador presidente telefonou-me indagando se era meu desejo saudá-lo.

Claro que é meu desejo saudá-lo, como tenho a certeza de que todos os vinte e nove pares assim também o desejariam, por uma única e grande razão: Você, Gerardo, é um homem do bem, tão querido e admirado por todos, não só aqui, mas onde você tenha mantido contato com alguém durante toda a sua existência.

Meus antecessores de fala já registraram sua carreira pessoal e jurídica, que se iniciou pelos idos de setembro de 1949, na radiante Fortaleza do seu querido Ceará, capital mundial do sol, sendo repetitiva a enumeração de atos de sua vida na magistratura, comigo iniciada em 5 de abril de 1984, portanto ao largo desses 28 últimos anos.

Desnecessários os registros de boas lembranças do povo de Murtinho, de orgulho da gente de Itaporã (comarca por você inaugurada em abril de 1985), de saudades dos pantaneiros de Corumbá e de regozijo dos que contigo ombrearam em nossa querida Campo Grande.

Colega de concurso, amigo fiel de tantos anos. Você, Gerardo, é ímpar quando se procura achar alguma coisa que não lhe seja prazerosa; e a missão se torna, então, impossível quando se busca alguma pessoa que não lhe queira bem. Para você, tudo está bem, tudo é bom, sempre se esquivando do que não seja lícito e legal, tal como o compromisso de honradez que você assumiu muito antes de iniciar-se na magistratura, desde seu nascimento, fruto de um amor certeiro de Raimundo e Albertina Pereira de Souza.

Tenho certeza absoluta de que ambos estão aqui presentes. Seu pai, mesmo distante, é como se estivesse ali, sentado na primeira fileira. Sua mãe, sob qualquer esfera do universo, igualmente acompanha esta cerimônia. Tenha a certeza de que ambos orgulham-se de seu pequeno guerreiro, hoje transformado quase em um mito desta terra de Rondon.

Por quase 20 anos, capitaneando uma das Varas de mais difícil manejo (a de execuções penais), nunca se ouviu falar de que algum condenado se rebelasse contra suas decisões, soberanas e sábias.

Quantos e quantos não foram os dias em que o amigo, e seu fiel escudeiro de 16 anos seguidos, o PM Mistre (Lúdio Mistre, de boa escolha, a quem eu aproveito também para saudar), não se dirigiram aos altos do JARDIM NOROESTE, ali na "Vila dos Presídios", para "acalmar" situações de risco à integridade pessoal de alguns e insegurança geral do povo, nas rebeliões de presos que, graças muitas vezes à sua atuação, não atingiram aos desejos propostos pelos malfeitores.

A Justiça de segundo grau já o aguardava há tempos e recebe você agora como titular absoluto de suas decisões. Sua presença entre nós fará o mesmo bem que se faz nos locais em que o amigo se aloja e frequenta.

Ao seu lado, uma grande dama e companheira. Que parceira essa Nísia, que não mediu esforços em lhe acompanhar nas mais difíceis jornadas.

Nísia, esta última batalha que trava Gerardo, com a saúde, por certo também será vencida por você e por todos nós, pois a vida também o quer como companheiro.

Falar mais é tornar-me repetitivo em elogios e bem-aventuranças de sua obra.

Seja feliz, Desembargador Francisco Gerardo de Souza.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Claudionor Miguel Abss Duarte

Mandado de Segurança n. 2012.000136-0 34

Divoncir Schreiner Maran

Apelação Cível n. 2012.006107-4 40

Apelação Cível n. 2012.006210-0 46

Apelação Cível n. 2012.012016-5 55

Dorival Renato Pavan

Apelação Cível n. 2012.004580-5 66

Apelação Cível n. 2012.006437-9 75

Apelação Cível n. 2012.010759-0 79

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível n. 2012.006147-6 84

Apelação Cível n. 2012.006392-0 87

Apelação Cível n. 2012.013993-7 94

João Batista da Costa Marques

Apelação Cível n. 2008.012833-3 98

Apelação Cível n. 2008.015456-5 107

Apelação Cível n. 2008.018171-3 115

João Maria Lós

Apelação Cível n. 2011.000368-4 124

Apelação Cível n. 2011.008614-5 130

Apelação Cível n. 2011.028712-5 134

Joenildo de Sousa Chaves

Apelação Cível n. 2012.009972-9 138

Apelação Cível n. 2012.012613-6 142

Apelação Cível n. 2012.013944-9 147

Josué de Oliveira

Apelação Cível n. 2011.018550-8 151
Apelação Cível n. 2012.001933-6 156
Apelação Cível n. 2012.011947-8 161

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação Cível n. 2012.013791-9 168
Apelação Cível n. 2012.014616-9 173
Apelação Cível n. 2012.017230-8 177

Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível n. 2012.002225-4 182
Apelação Cível n. 2012.002843-8 187
Apelação Cível n. 2012.009920-0 191

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação Cível n. 2012.004025-2 195
Apelação Cível n. 2012.007539-6 199
Agravo Regimental em Agravo n. 2012.013012-8/0001-00 203

Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível n. 2012.001115-8 208
Apelação Cível n. 2012.001518-7 220
Apelação Cível n. 2012.011942-3 225

Marcos José de Brito Rodrigues

Agravo Regimental em Agravo n. 2012.001286-8/0001-00 242
Agravo n. 2012.004030-0 246
Agravo n. 2012.007082-2 250

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação Cível n. 2012.010150-5 253
Apelação Cível n. 2012.010520-4 260
Apelação Cível n. 2012.011494-2 268

Paschoal Carmello Leandro

Mandado de Segurança n. 2012.000164-5 276
Apelação Cível n. 2012.006869-0 279
Apelação Cível n. 2012.007188-6 283

Paulo Alfeu Puccinelli

Apelação Cível n. 2012.005709-9 286
Apelação Cível n. 2012.006774-6 290
Apelação Cível n. 2012.007651-8 297

Rubens Bergonzi Bossay

Mandado de Segurança n. 2012.004245-2 303
Apelação Cível n. 2012.005570-3 313
Apelação Cível n. 2012.010201-9 317

Sérgio Fernandes Martins

Apelação Cível n. 2012.005730-5 326
Apelação Cível n. 2012.007199-6 330
Apelação Cível n. 2012.015677-5 334

Sideni Soncini Pimentel

Apelação Cível n. 2012.010912-3 337
Apelação Cível n. 2012.011744-3 344
Apelação Cível n. 2012.015413-5 349

Tânia Garcia de Freitas Borges

Apelação Cível n. 2009.031313-1 355
Apelação Cível n. 2011.003844-3 368
Apelação Cível n. 2011.030715-9 383

Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível n. 2011.025958-0 387
Apelação Cível n. 2011.037171-4 394
Apelação Cível n. 2012.000504-5 399

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Revisão Criminal n. 2012.003841-5 410
Recurso em Sentido Estrito n. 2012.005057-6..... 415
Apelação Criminal n. 2012.013468-3 418

Claudionor Miguel Abss Duarte

Revisão Criminal n. 2011.035212-3 422
Recurso em Sentido Estrito n. 2012.014391-2..... 433

Dorival Moreira dos Santos

Recurso em Sentido Estrito n. 2011.016262-7..... 439
Apelação Criminal n. 2012.001904-4 443
Apelação Criminal n. 2012.006098-6 447

Francisco Gerardo de Sousa

Agravo Criminal n. 2011.021261-6 453
Apelação Criminal n. 2012.004062-3 459
Habeas Corpus n. 2012.007733-8 463

João Carlos Brandes Garcia

Apelação Criminal n. 2011.036267-4 471
Apelação Criminal n. 2012.006325-0 475
Apelação Criminal n. 2012.013017-3 478

Manoel Mendes Carli

Apelação Criminal n. 2012.003198-5 481
Habeas Corpus n. 2012.006216-2 485
Conflito de Competência n. 2012.006263-6 489

Marilza Lúcia Fortes

Habeas Corpus n. 2012.002165-4 493
Habeas Corpus n. 2012.008797-5 497
Habeas Corpus n. 2012.012771-2 500

Romero Osme Dias Lopes

Apelação Criminal n. 2012.005740-8 504
Habeas Corpus n. 2012.005777-6 511
Habeas Corpus n. 2012.008741-8 518

Ruy Celso Barbosa Florence

Habeas Corpus n. 2012.015786-3 521
Habeas Corpus n. 2012.016573-6 524
Habeas Corpus n. 2012.016575-0 527

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação de cobrança

Prestação de serviços. Assistência médico-hospitalar. Coação. Assinatura do termo de responsabilidade em momento de dano efetivo e iminente (2012.013791-9) 168

Queima de equipamentos eletrônicos. Oscilações de energia elétrica. Responsabilidade objetiva. Nexo causal comprovado. Ressarcimento devido (2012.014616-9) 173

Ação de consignação em pagamento

Atraso de uma única parcela. Recusa do banco em receber os valores. Teoria do adimplemento substancial. Aplicabilidade (2012.004025-2) 195

Ação de despejo

Contrato de arrendamento rural. Cláusula de garantia hipotecária. Ausência de demonstração do pagamento das rendas (2011.003844-3) 368

Retenção. Indenização das benfeitorias. Preclusão temporal. Pedido não formulado na contestação (2012.010150-5).....253

Ação de obrigação de fazer

Fornecimento de alimentação. Direito à saúde. Dever do Estado. Reserva do possível. Observância do mínimo existencial (2012.011947-8) 161

Fornecimento de transporte diferenciado. Ambulância. Medida imprescindível ao tratamento de saúde do enfermo. Dever do Estado consagrado no art. 196 da Constituição Federal (2012.005709-9) 286

Ação de reparação de danos

Ato ilícito. Legitimidade passiva. Empresa tomadora de serviços. Funcionário terceirizado. Atuação como preposto (2011.030715-9).....383

Ação declaratória

Inexistência de débito. Cheques falsificados. Protesto. Exercício regular do direito. Dano Moral. Indenização indevida (2008.015456-5).....107

Nulidade. Compra e venda. Simulação. Indenização. Perdas e danos. Não locação do imóvel alienado em simulação. Afastada (2008.012833-3) 098

Ação Monitória

Instrução da inicial com notas fiscais. Comprovante de entrega e recebimento da mercadoria sem assinatura. Ausência de prova do negócio subjacente à entrega das notas (2012.013993-7).....094

Acidente de trânsito

Veículo pertencente à Fazenda Pública. Responsabilidade objetiva do Estado. Excesso de velocidade. Culpa exclusiva do motorista da ambulância. Comprovada. Dano moral. Indenização devida (2008.018171-3).....115

Alvará judicial

Alienação fiduciária. Depósito extrajudicial. Pretensão de levantamento. Procedimento de jurisdição voluntária. Meio inadequado. Ação de conhecimento. Repetição do indébito (2012.007539-6).....199

Assistência judiciária gratuita

Organização religiosa. Pessoa jurídica. Insuficiência financeira não comprovada (2012.007199-6) 330

Concurso público

Exclusão do certame. Antecedentes criminais. Ato ilegal. Ausência de condenação com trânsito em julgado. Extinção da punibilidade. Ofensa ao princípio da presunção de inocência (2012.004580-5) 66

Contrato

Locação. Fiança. Ausência de outorga uxória. Legitimidade do outro cônjuge. Cláusula expressa dispondo sobre a renúncia do benefício de ordem. Ausência de abuso do direito de cobrança (2011.018550-8) 151

Dano moral

Agressão verbal em público. Cobrança de dívida. Boletim de ocorrência. Prova testemunhal. Ofensa à imagem e à honra. Indenização devida (2012.010912-3).....337

Município. Afastamento de professora. Ato discriminatório motivado em razão da orientação sexual. Ausência de procedimento administrativo. Indenização devida (2012.011942-3) 225

Embargos à execução

Cédula rural pignoratícia. Prescrição suscitada em contrarrazões. Acolhimento (2012.007188-6) 283

Citação. Pessoa jurídica. Teoria da aparência. Validade. Embargos interpostos após o prazo legal. Intempestividade (2012.006869-0).....279

Contrato particular. Assinatura de apenas uma testemunha. Irrelevância. Título executivo extrajudicial. Boa-fé objetiva (2012.009972-9).....138

Duplicata mercantil. Protesto por indicação. Nota fiscal. Comprovante de entrega e recebimento da mercadoria (2012.017230-8).....177

Efeito suspensivo. Garantia do juízo. Penhora. Presença dos requisitos do art. 739-A, §1º, do CPC (2012.007082-2).....250

Intimação pessoal. Advertência de pena de confesso. Não comparecimento em audiência. Ausência de justo motivo. Embargos procedentes (2012.005570-3) 313

Embargos de terceiro

Ausência de pacto antenupcial. Regime de comunhão parcial de bens. Penhora. Incidência na meação do cônjuge devedor. Resguardada a meação do cônjuge não contratante (2011.000368-4).....124

Contrato de locação. Fiança. Ausência de outorga uxória. Nulidade (2012.010520-4) 260

Imóveis penhorados. Compromisso de compra e venda. Registro na matrícula dos bens. Fraude à execução. Afastada. Citação. Credor hipotecário. Desnecessidade. Direitos sobre o bem oferecido em garantia (2012.006774-6) 290

Execução

Credor. Adjudicação do bem penhorado. Arrematação por terceiro. Impossibilidade. Preclusão (2012.013012-8/0001-00) 203

Honorários advocatícios

Ação de cobrança. Produção de prova pericial. Necessidade. Livre convencimento do magistrado (2012.004030-0).....246

Retenção indevida de valores. Contrato de honorários. Tabela da OAB. Dano material não verificado. Pagamento parcelado. Pessoa idosa. Dano moral caracterizado (2012.015413-5) 349

Indenização

Alienação de veículo apreendido. Ausência de prévia autorização judicial. Cumprimento de mandado de reintegração. Impossibilidade. Dano moral. Indenização devida (2012.006437-9) 75

Bloqueio de numerário. Conta-corrente. Dano moral caracterizado. Indenização devida (2012.015677-5).....334

Dano material e moral. Curso supletivo. Diploma falso. Acordo homologado pelo Procon. Ausência de interesse de agir (2012.002843-8).....187

Dano moral. Lucros cessantes. Contagem de tempo de serviço. Aposentadoria. Servidor público impedido de ser nomeado e empossado em cargo público. Ato administrativo ilícito **(**2012.001115-8) 208

Espólio. Negligência. Imperícia médica. Danos morais. Não comprovação do dano (2009.031313-1).....355

Inscrição no cadastro de inadimplentes. Cobrança indevida. Erro na prestação do serviço de telefonia. Clonagem. Dano moral. Indenização devida (2012.013944-9) 147

Ofensas verbais. Prova do ilícito praticado. Dano moral. Indenização devida (2012.001933-6).....156

Responsabilidade do Município. Dano moral e material. Queda de árvore. Ausência de prova de conservação (2011.028712-5) 134

Seguro. Embriaguez não comprovada. Lucros cessantes. Exclusão. Cláusula abusiva. Dano moral. Indenização devida (2012.006392-0) 87

Infração de trânsito

Multa. Órgão autuador. Autarquia municipal. Agetran. Ação proposta em face do Detran. Ilegitimidade passiva (2012.010201-9) 317

Transferência de pontuação. CNH do condutor. Possibilidade. Via judicial. Prazo administrativo (2012.002225-4) 182

Interdição de propriedade rural

Descumprimento de medidas sanitárias. Campanha de vacinação. Princípio da legalidade estrita. Alegação de que não tinha a posse do gado à época. Ônus da prova (2012.012613-6) 142

Inventário

Colação de bens. Bloqueio de valores. Dilação de prazo. Indeferimento (2012.001286-8/0001-00) 242

Viúva meeira. União estável. Recolhimento do ITCD. Multa. Não incidência (2011.008614-5).....130

Mandado de Segurança

Alvará sanitário. Drogaria. Certificado de regularidade técnica. Impossibilidade. Ausência de previsão legal (2011.025958-0) 387

Certificado do ensino médio. Aprovação no Enem. Cursando faculdade. Aplicação da teoria do fato consumado. Liminar confirmada (2012.000164-5) 276

Contrato de trabalho temporário. Professora municipal. Gestação na vigência do contrato. Estabilidade provisória. Segurança concedida (2012.001518-7) 220

Jornada de trabalho. Magistério. Julgamento do STF. Constitucionalidade da norma. Embargos de declaração. Ausência de efeito suspensivo. Cumprimento do acórdão antes do trânsito em julgado. Possibilidade. Segurança concedida (2012.000136-0) 34

Restituição de valores depositados em conta judicial. Tabelionato. Responsabilidade do interventor. Recondução da delegatária por meio de liminar. Ausência de direito líquido e certo (2012.004245-2).....303

Nome empresarial

Marca. Confusão. Concorrência desleal. Não demonstração (2012.009920-0) 191

Plano de saúde

Exclusão de cobertura. Utilização de prótese e órtoses. Cláusula abusiva. Despesas médico-hospitalares (2012.011494-2) 268

Limitação de tratamento. Cobertura de especialidade. Impossibilidade. Nota fiscal. Danos materiais não comprovados. Dano morais. Montante insuficiente. Majorado (2012.012016-5) 55

Natureza do contrato. Empresarial. Familiar. Prescindibilidade. Contrato de adesão. Reajuste unilateral de preços. Cláusula nula. Aplicação dos índices divulgados pela Agência Nacional de Saúde (2012.007651-8) 297

Reembolso de despesas médico-hospitalares. Solicitação de exames em caráter não emergencial. Previsão contratual expressa. Negativa legítima. Danos morais e materiais. Indenização indevida (2012.006107-4) 40

Suspensão da cobertura. Inadimplência. Não comprovada. Ausência de notificação da existência de débitos. Dano material comprovado (2011.037171-4) 394

Reintegração de posse

Usucapião. Conexão de ações. Exceção de usucapião. Requisitos presentes (2012.005730-5).....326

Repetição de indébito

Serviço de *internet*. Serviço não instalado. Débito lançado em conta-corrente do consumidor. Valores indevidamente cobrados. Repetição em dobro de indébito (2012.010759-0) 79

Rescisão contratual

Atraso na obra. Não cumprimento do cronograma. Prejuízos. Inobservância. Cláusula penal. Interpretação judicial do contrato (2012.000504-5) 399

Seguro de vida

Morte do segurado. Indenização. Omissão de informação sobre o estado de saúde. Ausência de exames. Má-fé do segurado não caracterizada (2012.006147-6) 84

Sobrepartilha

Compensação. ITCD. Impossibilidade. Restituição do valor pago indevidamente. Prescrição. Prazo (2012.011744-3).....344

Usucapião

Usucapião extraordinário qualificado. Posse-trabalho. Posse. Prescrição aquisitiva. Preenchida. Curador especial. Citação por edital. Réu representado pela Defensoria Pública. Ônus sucumbenciais (2012.006210-0) 46

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Abandono de incapaz

Crime de perigo. Dolo específico. Condenação. Extinção da punibilidade. Prescrição retroativa (2012.013017-3) 478

Conflito de competência

Homicídio. Militar da ativa contra outro militar da ativa. Ambos fora do exercício de suas funções. Motivação alheia às atividades militares. Competência. Justiça comum. (2012.006263-6) 489

Corrupção ativa

Absolvição. Impossibilidade. Conjunto probatório suficiente para a condenação. Crime formal. Prova testemunhal (2012.004062-3) 459

Crime ambiental

Materialidade não demonstrada. Laudo pericial inconclusivo. Corrupção ativa. Insuficiência de provas. Absolvição mantida (2012.005740-8) 504

Crime de ameaça

Invasão de domicílio. Concurso material. Juizado Especial Criminal. Competência. Justiça comum (2012.005057-6) 415

Crime de concussão

Excesso de prazo. Sentença prolatada. Apelo em liberdade. Impossibilidade. Paciente que permaneceu preso durante a instrução criminal. Ordem denegada (2012.005777-6) 511

Crime de falso testemunho

Insuficiência de provas. Improcedência. Extinção da punibilidade. Crime formal (2012.006325-0) 475

Crime militar

Abandono de posto. Embriaguez em serviço. Prova pericial. Irrelevância. Condenações mantidas. Pena-base. Abrandamento. Impossibilidade (2012.013468-3) 418

Uso de viatura da corporação em proveito próprio. Atipicidade da conduta. Infração disciplinar. Absolvição (2012.001904-4) 443

Dano qualificado

Fiança arbitrada pelo juízo. Não recolhimento. Valor excessivo. Paciente comprovadamente pobre. Dispensa da fiança. Ordem concedida (2012.016573-6) 524

Estelionato

Compra de veículo. Pagamento com cheque de terceiro. Origem ilícita. Pagamento com cheque próprio sem fundos. Dolo comprovado (2012.003198-5) 481

Falsidade ideológica

Uso de documento falso. Inserção de dados falsos em sistema de informações. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Inocorrência. Ordem denegada (2012.007733-8) 463

Indulto

Pena de multa. Tráfico de drogas. Decreto n. 7.420/10. Possibilidade. Preenchimento dos requisitos (2011.021261-6).....453

Lei da Maria da Penha

Crime de ameaça. Vias de fato. Suspensão condicional do processo. Vedação legal. Absolvição. Condutas comprovadas. Impossibilidade. Substituição das penas corporais por restritivas de direito. Possibilidade (2012.006098-6) 447

Prisão domiciliar

Execução penal. Sentenciado acometido de doença grave e permanente. Indulto humanitário. Constrangimento ilegal. Ordem concedida. (2012.008797-5) 497

Prisão preventiva. Paciente debilitado por doença grave. Indícios de autoria e materialidade. Ordem concedida (2012.006216-2) 485

Prisão preventiva

Suposto roubo. Exercício arbitrário das próprias razões. Resguardo da ordem pública. Ausência de fundamentação. Motivação excessivamente genérica e abstrata. Ordem concedida (2012.016575-0) 527

Tentativa de furto. Manutenção da custódia. Apelo em liberdade. Cumprimento quase que integral da pena imposta. Ordem concedida (2012.008741-8) 518

Revisão criminal

Atentado violento ao pudor. Justificação judicial. Indícios favoráveis ao réu. Possibilidade. Prova nova. Absolvição. Revisão procedente (2011.035212-3) 422

Formação de quadrilha. Corrupção passiva. Falsidade ideológica. Absolvição. Crime de falso. Consunção. Redução da pena-base. Circunstâncias judiciais desfavoráveis (2012.003841-5) 410

Tentativa de homicídio

Desclassificação. Tentativa de latrocínio. Processamento do feito nos termos da denúncia (2011.016262-7) 439

Tráfico de pessoas

Exploração sexual. Documento falso. Absolvição. Impossibilidade. Provas. Pena. Redução. Improcedência (2011.036267-4) 471

Tráfico privilegiado

Apelo em liberdade. Possibilidade. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida (2012.015786-3) 521

Trancamento de ação penal

Calúnia. Difamação. Ausência de justa causa. Ordem concedida (2012.012771-2) 500

Corrupção passiva. Formação de quadrilha. Interceptação telefônica. Violação ao princípio do promotor. Inexistente. Indícios de autoria e materialidade. Demonstrados. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada (2012.002165-4) 493

Violência doméstica

Crime de ameaça. Denúncia apresentada. Designação compulsória de audiência. Impossibilidade (2012.014391-2) 433