

**REVISTA
TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA**

TJMS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 33 – n. 186
Outubro a Dezembro de 2012





Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 33 - n. 186 - Outubro-Dezembro de 2012

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
Ano 33, n. 186

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. 186 (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

Secretaria de Comunicação
Departamento de Relações Públicas

Revisão

Léa Maria Freire Palhano Goncalves

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. João Batista da Costa Marques

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

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

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha

Juiz Designado Wilson Bertelli

SUMÁRIO

Doutrina

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELA VIA DO ACESSO AO SUS

Maria Isabel de Matos Rocha..... 007

HISTÓRIA E DIREITO: POLÍTICA INDIGENISTA

Luiza Vieira Sá de Figueiredo..... 022

Jurisprudência Cível..... 039

Jurisprudência Criminal..... 391

Noticiário..... 495

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível..... 509

Jurisprudência Criminal 512

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível..... 514

Jurisprudência Criminal 519

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

DOCTRINA



JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELA VIA DO ACESSO AO SUS

Maria Isabel de Matos Rocha¹

1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde surge enunciado na Constituição Federal do Brasil de 1988 como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Trata-se de um direito fundamental social que deve ser garantido por políticas públicas, e estas são regidas por um arcabouço principiológico presente na Constituição Federal e na Lei n. 8.080, de 19/09/1990 (que criou o Sistema Único de Saúde). A base do financiamento do Sistema Único de Saúde é pública (artigo 195 da Constituição Federal), e opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

A Emenda Constitucional n. 29/2000 acrescentou dois novos parágrafos ao artigo 198 da Constituição, assegurando percentuais mínimos a serem destinados à saúde, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A finalidade é de dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidando um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da Federação e de fato ela redundou em breve espaço de tempo em maior grau de concretização desse direito, com maior destinação de recursos para as ações de saúde.

Todavia, em breve tempo, a implementação do SUS passou a enfrentar a problemática de crescente e preocupante judicialização, em virtude de alegado descumprimento desse dever pelos órgãos estatais competentes. E as demandas pela intervenção do Poder Judiciário passaram a pressionar o Poder Executivo, para fornecer ações reparadoras de saúde, com especial peso da demanda por fornecimento de fármacos². Essa demanda vem gerando distorções preocupantes quanto à prescrição de procedimentos, equipamentos e fármacos divergentes dos padronizados e aprovados pelo SUS. Tais pedidos introduzem um ingrediente de insegurança e instabilidade no planejamento de políticas públicas que atendem milhões de pessoas em um sistema padronizado que não se pode limitar a ações reparadoras, mas deve incluir as ações preventivas também.

Importante assinalar que o acesso universal e igualitário de que trata o artigo 196 da Constituição Federal inclui como corolário obediência ao princípio da gratuidade para o cidadão, estabelecido pelo artigo 43 da Lei Federal n. 8.080/90, o que significa que é o poder público que arca com os ônus do custeio dessas ações de saúde.

Visando a compreensão da temática da racionalização dos recursos limitados do SUS perante a universalização do direito à saúde e conseqüente demanda, têm ocorrido debates que envolvem o sistema público de Saúde e o Poder Judiciário, aproximando profissionais das áreas de Saúde e do Direito que buscam: 1) a compreensão mútua das premissas científicas nas quais ambas as ciências transitam; 2) a atuação articulada do Judiciário como sistema de garantia de Direitos com o Poder Executivo encarregado das Políticas Públicas e da gestão das ações de Saúde, de forma a conciliar os interesses públicos de eficácia e eficiência no fornecimento de ações, com o direito fundamental do cidadão à saúde.

1 Desembargadora do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul; Mestre em Direito Civil (Ciências Jurídico-Civilísticas) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC), Portugal; Pós-Graduada Lato Sensu em Direito e Antropologia Filosófica, pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP), MS; Graduada em Letras (Português-Inglês) pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), MS.

2 Tendo como pano de fundo a pressão da indústria farmacêutica sobre os prescritores (em maioria médicos de clínica privada), uma vez que está inserida na lógica de mercado.

O presente trabalho relata estes diálogos entre o Poder Executivo como planejador e gestor das políticas e ações de saúde da comunidade e dos cidadãos em particular e o Poder Judiciário como garantidor do acesso do cidadão a ações de saúde e os graduais consensos alcançados.

2. O CONTEÚDO DO DIREITO À SAÚDE GARANTIDO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

A dimensão continental do Brasil só por si fala do desafio de proporcionar à população ações integrais de saúde, de forma universal e igualitária. É uma população de cerca de 194 milhões de habitantes, espalhada por 8,5 milhões de quilômetros quadrados, em 5 macrorregiões políticas, em 5.565 municípios, alguns situados em locais de muito difícil acesso. O sistema SUS implementa ações de saúde mediante atuação descentralizada que envolve o Ministério da Saúde e as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde com a participação e controle da sociedade mediante instâncias colegiadas (conferências e conselhos de saúde) e utilizando-se a ferramenta dos Fundos.

Necessário então precisar o conteúdo do direito à saúde e o conteúdo do correspondente dever do Estado. A Lei n. 8.080/1990 aborda estas duas vertentes da questão: o direito à saúde e o âmbito de atuação do SUS, quando no artigo 2º dispõe que: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”³ e no seu § 1º dispõe que “o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. A lei especifica a abrangência da atuação do SUS detalhando ações e serviços de saúde que ele garante.⁴

A questão essencial é delimitar o conteúdo do direito social à saúde, e definir em quais limites se pode exigir do Estado essa prestação do dever de proporcionar esse direito aos cidadãos. REZENDE (in Bliacheriene e Santos, 2010, p. 222 e seguintes) lembra que a saúde tem sido conceituada numa construção social e histórica, desde a ideia simplista de “ausência de doença” até chegar a mais abrangente concepção adotada pela Organização Mundial de Saúde, como um conceito mais positivo de “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”.

Como lembra BUSS (2000), citado por REZENDE (2012, p. 231), há vários determinantes gerais sobre as condições de saúde (padrão adequado de alimentação, nutrição, habitação, saneamento, boas condições de trabalho, oportunidade de educação, ambiente físico limpo, apoio social a família e indivíduos, estilo de vida responsável e um espectro adequado de cuidados de saúde), por isso a promoção da saúde também se faz mediante ações direcionadas a mudanças nessas condicionantes, visando minimizar seu impacto na saúde pública, como reconhece a Organização Mundial de Saúde.⁵ Na promoção da saúde

3 Repete o conceito do artigo 196 da Constituição Federal.

4 Estão elencados no artigo 6º, *in verbis*: a execução de ações de vigilância sanitária; de vigilância epidemiológica; de saúde do trabalhador; e de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; a vigilância nutricional e a orientação alimentar; a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; a formulação e execução da política de sangue e seus derivados. A lei estabelece ainda como objetivos do sistema de saúde (artigo 5º): a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei; a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

5 Em março de 2005, a OMS criou a Comissão sobre Determinantes Sociais da Saúde (Commission on Social Determinants of Health – CSDH), com o objetivo de promover - em âmbito internacional - uma tomada de consciência sobre a importância dos determinantes sociais na situação de saúde de indivíduos e populações e sobre a necessidade de combater as iniquidades por eles geradas. Cf. a respeito: <http://www.determinantes.fiocruz.br/> e http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/saudeedeterminantessociais_artigo.pdf.

constata-se o papel protagonista dessas determinantes gerais sobre as condições de saúde, como alertam BUSS (2000)⁶ e BATISTELLA (2012).

Analisaremos a legislação do Brasil visando uma aproximação ao conceito legal do direito a saúde correlacionado com as ações de saúde garantidas pela lei que criou o SUS. O artigo 5º da Lei n. 8.080/1990 afirma que o papel do SUS é a assistência mediante as ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde e o artigo 3º dissipa as últimas dúvidas que pudessem existir sobre a amplitude do conceito de saúde, quando estabelece que a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. E a legislação não fica pela enunciação de direitos, mas também prevê ações direcionadas a intervir nesses condicionantes, quando no parágrafo único do mesmo artigo estabelece que “dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, destinam-se a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.”

O Brasil decididamente adotou a missão de definir, implementar e avaliar políticas e programas que possam interferir nessas determinantes.⁷ Todavia o peso dessas condicionantes no conceito amplo de saúde não significa que elas foram integradas no conceito do núcleo essencial de ações de saúde de financiamento prioritário do SUS. Isso ficou bem claro na recente LC n. 141 /2012, que excluiu expressamente as despesas que dizem respeito a muitas dessas determinantes do rol das ações de saúde a serem financiadas por receitas vinculadas obrigatoriamente.⁸ Concluímos que no Brasil a Constituição de 1988 e o legislador ordinário conferiram alcance significativamente amplo ao conceito de saúde, nele incluindo as citadas condicionantes⁹, mas deixaram de fixar o núcleo básico do sistema (o conjunto de ações e serviços públicos) a ser mantido com os recursos do piso constitucional, e assim as ações do SUS consideradas de saúde integram um campo mais delimitado, sobretudo aquelas que são financiadas por destinações obrigatórias de receitas.

A definição desse núcleo básico vai-se mostrar relevante quando as primeiras divergências de entendimento conduziram à judicialização de tal questão, e isto ocorreu quando os gestores do SUS passaram a reclamar a ponderação de outros aspectos legais aos quais está sujeita a Administração Pública (e assim as ações do SUS). MARRARA e NUNES (2010, p. 82 e 84) falam na “indefinição conceitual dos direitos sociais e do direito à saúde”, e no seu conteúdo por demais aberto, que precisaria ser balizado por especificação legislativa no tocante às prestações devidas pelo Estado, já que, segundo SARLET (2001), a Constituição não definiu essas prestações de saúde devidas pelo Estado. MARRARA e NUNES (2010), citando RAMOS (2005), afirmam que essas prestações deveriam resguardar o nível de um mínimo vital para proteger a vida humana. Justificam que a Constituição não pode ter sua eficácia injustificadamente negada, porém as prestações devidas “não podem ser vistas como tudo ou qualquer

6 Por isso vem ocorrendo a superação do modelo biologicista, medicalizante e prescritivo na reorganização do [modelo de atenção](#) à saúde, que hoje ainda é voltado às ações curativas e assistenciais. Porém um conceito demasiado amplo de saúde pode gerar a transposição da questão do âmbito restrito das políticas de saúde para outros setores. Lefèvre e Lefèvre (2004), citados por Carlos Batistella (2012) alertam para esse perigo: ao afirmar que a saúde é responsabilidade de todos os setores (habitação, emprego, renda, meio ambiente etc), a perspectiva da intersetorialidade esvaziaria a ação específica do setor saúde em detrimento de ações políticas globais com alto grau de generalidade.

7 Para identificá-las, o Brasil criou a Comissão Nacional dos Determinantes Sociais da Saúde, visando produzir conhecimentos sobre estas questões (CNDSS, 2008). Esses dados podem implementar decisões, como por exemplo a do Programa de Saúde da Família (PSF), que é uma das mais importantes estratégias nessa direção.

8 Assim dispõe a LC n. 141 /2012, art. 4º: Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de: I - pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde; II - pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área; III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal; IV - merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º; V - saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade; VI - limpeza urbana e remoção de resíduos; VII - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais; VIII - ações de assistência social; IX - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

9 Artigo 196 da Constituição Federal e artigo 3º da Lei n. 8.080/1990.

coisa que se destine a gerar bem-estar físico, mental e social a cada indivíduo, sob pena de distorcer todo o conjunto de políticas públicas”. Segundo estes autores (2010, p.85):

“Entre esses dois parâmetros, a interpretação mais equilibrada, sob o ponto de vista lógico e teleológico do art. 196, conduz à conclusão de que o direito à saúde gera um direito a prestações básicas e vitais, e não a quaisquer prestações que possam ter por resultado, direto ou indireto, próximo ou remoto, uma melhoria do bem-estar individual. As prestações estatais serão, pois, concedidas conforme a delimitação das políticas de saúde pelo Executivo e pelo Legislativo em respeito aos princípios constitucionais em geral.”

E em nota importante assinalam:

“O desenvolvimento de políticas de saúde não se encontra balizado apenas pelos princípios constantes dos arts. 196 ss da Carta Magna. Na verdade, outros princípios que regem a atividade legislativa e administrativa também merecem consideração, entre eles os objetivos maiores do Estado, previstos no art. 3º da Constituição, os princípios da administração pública, previstos no art. 37, caput, e os princípios da ordem econômica, previstos no art. 170.”

Ao concluir, afirmam que o direito à saúde previsto no artigo 6º da Constituição não significa o reconhecimento de qualquer tipo de direito subjetivo, pois existe um “núcleo essencial do direito à saúde”, e o desdobramento desse direito depende da atuação do Legislativo e do Executivo, devendo o Judiciário intervir nas situações de negação de eficácia ao mínimo necessário à saúde.

3. O FINANCIAMENTO DO SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

O que ficou exposto nos encaminha para a percepção do resultado previsível: ocorreu a judicialização da questão da garantia do direito às prestações de saúde. O Judiciário, instado a mediar o conflito, abandonou a inicial posição de distanciamento (que considerava as normas relativas ao direito à saúde como normas programáticas) para chegar a um forte ativismo, impondo ao Estado o modo como deveria ser concretizado este direito. Os casos mais frequentes de intervenção judicial são os de concessão de medicamentos e oferecimento de leitos hospitalares e internações.¹⁰ As políticas gerais realizam a macro-justiça (Legislativo e Executivo fazem escolhas alocativas de recursos de modo que algumas pessoas serão atendidas e outras não, com base em critérios políticos) e o Judiciário faz a justiça do caso concreto às partes determinadas e obedece à isonomia (deve valer para todos que estão ou possam vir a estar em situação similar). Pela repetição de casos, pode gerar pressão para política pública específica (a demanda constante pode gerar oferta da política).¹¹

A judicialização ocorreu na medida das omissões do Legislativo ou do Executivo, para afirmar a eficácia plena desse direito e sua aplicação imediata, independentemente de qualquer norma regulamentadora (CF, art. 5º, § 1º), e assim fez na defesa dos indivíduos que não tinham acesso à atuação política necessária para influenciar nas políticas públicas. Claro que isso gerou e gera consequências econômico-financeiras de graves proporções, pois as prestações estatais positivas custam caro. Todos os direitos demandam custos para sua efetivação, os direitos de defesa, indiretamente, os direitos sociais, diretamente. Na verdade, todo o direito é prestacional, e gera despesa, pois implica custos em estruturas para que funcione.

O direito à saúde, segundo o caráter predominante de sua natureza, é um direito prestacional ou de promoção, demanda regulamentação e prestação, tanto a prestação em sentido estrito (p. ex. o direito

¹⁰ Decisão do STJ: RT 750/221.

¹¹ Nos anos 90 se assistiu a um ativismo judicial (na maioria das ações o Estado pedia o fornecimento de medicamentos para AIDS, mas, após o fornecimento gratuito, isso se estendeu a outras doenças).

ao tratamento em hospitais, e a medicamentos) como em sentido amplo (como o direito à edição de leis que regulamentem o Sistema Único de Saúde). É um direito social prestacional, promove igualdade e solidariedade, com redistribuição dos recursos existentes. Realiza-se por meio de políticas públicas, orientadas pelo princípio estruturante de solidariedade social. E isso nos conduz a refletir sobre uma questão prática relevante: quanto custa efetivar o direito à saúde? E se ele for buscado pela via judicial?

O pleito de milhões de pessoas trouxe um ônus financeiro adicional e inesperado aos gestores públicos obrigados a cumprir ordens judiciais, pois esses custos não estavam previstos nas políticas públicas. Os processos judiciais passaram a ser local de contraposição de direitos individuais em face da esfera de elaboração de políticas públicas e ao espaço de gestão de recursos financeiros escassos.

Para se entender o peso financeiro das ordens judiciais, vale comentar sobre o universo de ações de saúde do SUS e seu custo, e como se processa no dia a dia a execução financeira dessas ações, mesmo sem a pressão de ordens judiciais. Estamos falando de um universo grandioso de muitos milhões de procedimentos e atendimentos médicos a cada ano, chegando a mais de um bilhão por ano no caso de procedimentos de atenção primária à saúde. Dados impressionantes foram recolhidos pelo Grupo de Trabalho da Saúde do Ministério Público Federal e de sua Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e estão divulgados em Manual sobre o Financiamento da Saúde e sobre a efetivação dos princípios constitucionais de funcionamento do SUS e o financiamento da saúde (2008).¹²

No Manual consta que, considerando a população brasileira de 2006 estimada em 186,7 milhões, o gasto total com saúde, por brasileiro/ano, foi de R\$ 936,00 em 2006. Trata-se de recursos financeiros consideráveis, pois o SUS tem sua ação estendida a mais de 5,8 mil hospitais, 60 mil unidades ambulatoriais e 500 mil leitos (entre públicos e privados contratados) e a cada ano financia, em média, 12 milhões de internações, 1,4 bilhão de procedimentos ambulatoriais, 44 milhões de consultas especializadas e 250 milhões de consultas básicas.

O financiamento deste sistema gigantesco de atendimento se faz mediante a alocação dos recursos federais, em cinco blocos que mostram a variedade da atuação do SUS.¹³ Cada um desses blocos contempla variadas ações, e localizamos em quase todos eles a questão do fornecimento de medicamentos, que responde por grande parte dos pleitos judiciais.¹⁴

A saúde tem merecido políticas mais atentas e recursos mais direcionados, redundando em resultados melhores nos indicadores de saúde, sobretudo na última década. O Financiamento da Saúde Pública recebeu apoio considerável com a Emenda Constitucional 29/2000, que visou elevar o patamar do gasto federal com saúde e elevar a participação dos demais entes públicos no financiamento do SUS. Para os Estados o percentual destinado à saúde passou a ser de 12% da receita de impostos e transferências e para os Municípios o percentual passou a ser de 15%.

SAKURAI, TONETO JÚNIOR e GREMAUD (2010, p. 5-9) analisaram os dados do Sistema

12 Ali se informa sobre os serviços prestados em 2004, 2005 e 2006 pelo SUS pelos três entes da Federação: 1 bilhão de procedimentos de atenção primária à saúde em 2006; 132 milhões de atendimentos de alta complexidade em 2006; 12 milhões de internações hospitalares (mais de 80% de todas as internações do País); 2 milhões e 600 mil partos e 660 mil cesarianas em 2006; 74,34 milhões de vacinas aplicadas em 2006; 300 milhões de exames laboratoriais em 2006; atuação de 24,6 mil equipes de Saúde de Família em 4,9 mil municípios, em 2005; atuação de 208 mil Agentes Comunitários de Saúde em 5,2 mil municípios em 2005; todas as ações de vigilância epidemiológica contra as endemias e epidemias; todas as ações de vigilância sanitária de alimentos; programas de controle de todas as endemias, como a tuberculose, malária, dengue, hanseníase, Aids, mal de Chagas e outras; realização de 85% dos procedimentos de alta complexidade e custo no País. transplantes realizados em 2006 – 14,5 mil; diárias de UTI em 2004 – 2,4 milhões; cirurgias cardíacas em 2005 – 83 mil; tomografias em 2004 – 1,06 milhão; neurocirurgias, ressonância, medicina nuclear e outros. Administração do “plano” (“clientela” – Censo de 2006 – 186,7 milhões de brasileiros – toda a população). Fonte: MS-SPO – MS-Siops – ANS – IBGE-POF (estudo Gilson Carvalho).

13 Os blocos de financiamento para o custeio são: atenção básica/primária; atenção de média e alta complexidade; vigilância em saúde; assistência farmacêutica; gestão do SUS.

14 O Bloco da Assistência Farmacêutica só por si contém vários componentes: o Componente Básico da Assistência Farmacêutica; o Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; o Componente Medicamentos de Dispensação em caráter excepcional e o Componente de Organização da Assistência Farmacêutica.

de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS) do Ministério da Saúde¹⁵ para relatar os impactos da citada Emenda Constitucional na execução orçamentária de Estados e Municípios em saúde, entre os anos 2002 e 2008, concluindo que os gastos dos Estados com saúde tiveram aumentos significativos nessa década, com convergência dos valores aos índices definidos pelo governo, chegando à casa dos 13% em 2008. O mesmo se observou com os gastos dos Municípios, e nestes uma diminuição de heterogeneidade entre Municípios de Estados diferentes. Concluíram que os municípios de praticamente todas as unidades da Federação apresentaram em 2008 valores superiores aos observados no início da década.

Recentemente adveio a Lei Complementar n. 141 de 13/01/2012, que regulamentou o § 3º do artigo 198 da Constituição Federal, que estabeleceu os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde e fixou essas receitas mínimas para a saúde.¹⁶ A lei veio restringir o financiamento de Despesas de Saúde, excluindo algumas despesas de saúde de serem computadas no piso constitucional. A regulamentação da EC n. 29/00 não buscou apenas fixar (ou revisar) os percentuais de vinculação de recursos do setor e estabelecer critérios de rateio e de fiscalização, mas pretendeu também reduzir a subjetividade quanto à definição das “ações e serviços de saúde” para fins de piso constitucional, com a fixação das ações financiáveis com a vinculação constitucional.

Trata-se de dois aspectos fundamentais, pois o estabelecimento do percentual mínimo de aplicação garante recursos mínimos, mas é relevante a definição de “quais ações e serviços públicos” serão considerados para cumprimento da EC n. 29/2000. A lei complementar detalha no artigo 3º quais serão as ações merecedoras de financiamento por serem as despesas essenciais para a manutenção do Sistema Único¹⁷ e afasta outras despesas desse financiamento, de modo expresso, em seu artigo 4º. Vê-se assim a relevância desse conceito de saúde e de abrangência das ações de saúde garantidas pelo SUS, pois o financiamento dessas despesas significa uma parte expressiva das receitas públicas. A propósito, vale citar o entendimento do Manual sobre Financiamento da Saúde do MPF (2008). Apesar de anterior à LC n. 141/2012, que expressamente referendou nesses termos, no artigo 4º o Manual afirmava que não se podem entender como ações de saúde algumas que têm a ver com condicionantes

15 Disponível em: <http://siops.datasus.gov.br>.

16 Artigo 5º: A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. (...) § 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro. Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal. (...) Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

17 O artigo 3º define quais são as despesas com ações e serviços públicos de saúde para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, remetendo à observância das disposições do artigo 200 da Constituição Federal, do artigo 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar. Essas ações serão: I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária; II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais; III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS); IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS; V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos; VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar; VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos; VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças; IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde; X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais; XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

de saúde, tal como acima elencadas.¹⁸ Esta nova legislação abre portas a questões ainda mais complexas, pois haverá necessidade de fixar regras, diretrizes e condições para identificação das despesas a serem consideradas para fins do piso constitucional. Se esta questão já é complexa, imagine-se como se complica ainda mais perante a judicialização.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE COMO FATOR QUE INTERFERE NA VERTENTE FINANCEIRA DA POLÍTICA DA SAÚDE

O desenvolvimento da medicina só por si já é gerador de maiores gastos com a adoção de novas tecnologias e incorporação de novos tratamentos e fármacos. Mas recentemente a situação se agravou, do ponto de vista dos gastos, com a judicialização da saúde. Os impactos deste fenômeno são quantificados por NUNES (2010, p. 145):

“Dados do Ministério da Saúde mostram que os custos com medicamentos liberados, por essa via, cresceram no último triênio mais de 500%. Em 2005, foram 387 ações, enquanto em 2008 foram 2006 ações, e assim o orçamento da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, destinado a atender a sentenças judiciais, aumentou cerca de 30 vezes, indo de R\$ 2,5 milhões em 2005 para R\$ 67,6 milhões em 2008, sendo que, somente até maio de 2009, foram liberados mais de R\$ 58,5 milhões dos recursos para esse fim. Tal fenômeno conta com defensores e críticos e entre estes, obviamente, está o poder público, apontando como queixas a priorização do tratamento individualizado em detrimento do coletivo, os valores mais altos pagos por medicamentos comprados visando atender a demandas individuais e o desrespeito a consensos e protocolos terapêuticos.”

O alto custo dos medicamentos pedidos em ações judiciais causa distorção nos recursos orçamentários do SUS, sobretudo em pequenos municípios que veem seus orçamentos fragilizados.

Também deve se reconhecer que, apesar de o acesso universal ser um direito, certas decisões privilegiando certos indivíduos não respeitam plenamente o princípio de equidade na sua vertente vertical, que seria o tratamento desigual de indivíduos em situações de saúde distintas. É que, à luz dos princípios constitucionais, há de se concluir que as populações empobrecidas e mais vulneráveis a danos à saúde merecem prioridade nas políticas de saúde. Isto deriva da Constituição Federal quando enuncia os seguintes princípios: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “erradicar a pobreza e a marginalização”, “reduzir as desigualdades sociais e regionais”, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.¹⁹

Perante os princípios da redistribuição da renda, da solidariedade orçamentária para inclusão social e da gratuidade,²⁰ ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, o fornecimento de produtos e serviços a pessoas que não estão em situação de exclusão social é capaz de desequilibrar essa desejada equidade. SOUZA, SANTOS e UETA (2010, p. 166) citam estudo de MARQUES e DALLARI (2007)

18 Cita-se o Manual: “Também não se podem considerar como ações e serviços públicos de saúde os gastos públicos com os chamados fatores determinantes e condicionantes da saúde pelo art. 3º da Lei n. 8.080/1990, pois, se condicionam a saúde, com ela não se confundem. Ademais, prevalecendo o entendimento de que tais fatores se confundem com ações e serviços públicos de saúde para fins de implementação da Emenda Também não se podem considerar como ações e serviços públicos de saúde os gastos públicos com os chamados fatores determinantes e condicionantes da saúde pelo art. 3º da Lei n. 8.080/1990, pois, se condicionam a saúde, com ela não se confundem. Ademais, prevalecendo o entendimento de que tais fatores se confundem com ações e serviços públicos de saúde para fins de implementação da Emenda Constitucional n. 29/2000, haverá um completo esvaziamento da reserva constitucional estabelecida em favor do direito à saúde, pois entre os fatores condicionantes encontram-se praticamente todos os direitos sociais, de modo que o orçamento destinado à saúde serviria, a prevalecer tal entendimento, a todas as políticas sociais do governo. A toda evidência, política de geração de emprego e renda, política habitacional e investimentos em escolas não são ações e serviços públicos de saúde. Não obstante, assim como a alimentação, também o trabalho, a renda, a moradia e a educação estão elencados como fatores condicionantes da saúde.”

19 Artigo 1º, inciso III, e artigo 3º e incisos I a IV da Constituição Federal.

20 Artigo 208, inciso I da Constituição Federal.

que analisaram processos judiciais para fornecimento de medicamentos nos anos de 1997 a 2004 e concluíram que o Estado de São Paulo foi condenado em 96,4% dos casos, o que mostra tendência generalizada do Poder Judiciário de atender aos pedidos dos pacientes. Costuma dizer-se que saúde não tem preço, mas ela tem custo, e custo alto. A judicialização da questão traz ao meio jurídico uma noção desse custo e do impacto do fenômeno.

NUNES (2010, p. 145) relata dados do Ministério da Saúde que mostram crescimento dos custos com medicamentos fornecidos pela via judicial: cresceram no último triênio mais de 500%²¹, o que preocupa, pois, mesmo sendo relevante a questão dos fármacos, não devem as ações de saúde se reduzir a esse segmento, se a promoção da saúde supõe variadas e amplas ações em diversificadas vertentes. A judicialização focada neste ponto pode ser desequilibradora quando privilegia a assistência farmacêutica reparadora, curativa.

DEL NERO CR, OTAVIO CLARK e DENIZAER VIANNA (2012, p. 121) assinalam que as decisões judiciais que desconsiderem o aspecto financeiro arriscam a viabilidade do sistema²². Os autores comentam que as escolhas entre alternativas envolvem *trade-offs*, já que optar por gastar mais em alguma coisa nos deixa com menos para gastar em outra, como tal os *trade-offs* são consequência da escassez e limitação dos recursos na sociedade, exigindo as melhores escolhas. Para isso é necessário ter informações, pois as escolhas determinarão a distribuição de riquezas na sociedade. A decisão judicial, quando por vezes substitui uma opção de política de saúde, deveria fazer isso baseada em completas informações médicas e ponderações econômicas, o que nem sempre é feito, sobretudo em decisões antecipadas. Esta problemática existe em todo o mundo: os países discutem hoje os seus sistemas de saúde para garantir-lhes qualidade mínima, acesso com mínima restrição e com custo máximo suportável pela sociedade.

As demandas cresceram com a transição demográfica, a melhoria de condições de vida, as crescentes opções de tratamentos cada vez mais sofisticados, o aumento da expectativa de vida, a proporção crescente de idosos (usuários crônicos do sistema), a transição epidemiológica com novas doenças (como doenças cardiovasculares, câncer), demandando que os serviços atendam grupos diversificados sem privilegiar um em detrimento de outro. Isto gerou a necessidade de avaliação de tecnologias em saúde que inclui a análise dos custos econômicos envolvidos.

Fundamentos igualitarista e solidário, fundamentos racionalizadores e poupadores de custos, construções tecnocráticas ou sociais, enfoque em cidadania ou em grupos vulneráveis, são algumas das influências sociais, políticas e culturais que compõem os conflituosos elementos ideológicos e conceituais que estão presentes na formulação da política central de governo, e todos eles têm subjacente a questão da avaliação econômica em saúde, que é o estudo de estratégias ou intervenções que comparem seus custos e seus ganhos de saúde. Não há dificuldade na escolha quando uma tecnologia ou intervenção custa menos e proporciona maior ganho do que outra, mas muitas vezes há que optar por um “ganha-perde” (produz-me mais saúde com mais recursos, ou produz-se menos saúde com menor custo), o que implica analisar se o ganho adicional compensa a perda adicional, em cada caso.²³

21 Relata que em 2005 foram 387 ações enquanto em 2008 foram 2006 ações, e assim o orçamento da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, destinado a atender a sentenças judiciais, aumentou cerca de 30 vezes, indo de R\$ 2,5 milhões em 2005 para R\$ 67,6 milhões em 2008, sendo que, somente até maio de 2009, foram liberados mais de R\$ 58,5 milhões dos recursos para esse fim.

22 Os autores citaram como exemplo uma decisão judicial em 2005 que obrigou o Estado de São Paulo a pagar por um medicamento importado de alto custo para um paciente com câncer de pulmão, e o juiz alegou que o custo de R\$ 23.000,00 não teria o poder de pôr em risco o sistema e determinou em decisão liminar o fornecimento. Porém, o fato é que, se fosse oferecido a todos os pacientes com câncer de pulmão no Estado, o medicamento redundaria em despesa de R\$ 159.000.000,00, que equivalem ao dobro do repasse do Ministério da Saúde para atenção básica à saúde, e, por outro lado, o medicamento teve antes da liminar, o registro negado no Brasil, por não ser melhor que um placebo.

23 Para maior informação sobre a questão, vale ler o capítulo “Economia da Saúde e sua inserção no sistema de saúde”, de Marcos Bosi Ferraz (In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) *Direito à Vida e à Saúde: Impactos Orçamentário e Judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. Capítulo 10, p. 128-142).

Assim, a decisão do Poder Judiciário é um controle que exige conhecimento do contexto das políticas públicas, e atenção à questão levantada pelos gestores da saúde sobre a possibilidade de decisões judiciais gerarem desequilíbrios orçamentários e de gestão.

Não se pode simplistamente e seria inócuo concluir se a judicialização foi ou é um mal, já que ela é algo que deriva do sistema constitucional e como tal se sustenta. Não se pode demonizar a judicialização, pois, por um lado, o Judiciário não pode negar a resposta judicial, e, por outro lado, as demandas mostraram fragilidades e distorções do funcionamento do SUS e a resposta do Judiciário acabou gerando maior oferta da política de saúde, perante tais deficiências do SUS. (como a falta de atualização de medicamentos dispensados gratuitamente, a demora do registro de medicamentos no órgão de fiscalização nacional, e indefinição dos destinatários do serviço de saúde, a dificuldade de identificação do ente federativo responsável pela prestação).

MARRARA e NUNES (2012, p. 87-89) asinalam como pontos positivos da judicialização: 1) ela concretiza o direito social garantindo a prestação; 2) controla e desestimula o mau funcionamento do Estado, coibindo erros, ilegalidades, omissões, desorganização, 3) coíbe a falta de investimentos no setor; 4) impede o retrocesso social, garantindo direitos já conquistados.

Eles também citam pontos negativos: 1) o prejuízo à macrojustiça (desenvolvimento pelo conjunto de políticas) causado pela microjustiça (justiça do caso concreto), 2) a substituição de decisões técnicas do Poder Legislativo e Executivo por decisões judiciais superficiais e por vezes até monocráticas (embora isto possa ser minimizado por uma boa instrução judicial); 3) o desrespeito à reserva do possível e ao orçamento (que, porém, há de ser limitado pela necessidade de se garantirem direitos subjetivos mínimos do cidadão); 4) a violação da harmonia entre os poderes.

5. CAMINHOS PARA EQUACIONAMENTO DOS DIREITOS EM JOGO E A CONSTRUÇÃO DE VIAS DE SOLUÇÃO

A judicialização surge com maior acuidade perante a questão financeira do custo envolvido em ações de saúde, já que a negativa ou omissão de fornecimento de ações e serviços na esfera administrativa pode ter subjacentes os reflexos econômicos envolvidos. A judicialização trouxe contributos importantes, apontando hoje critérios que ajudam na busca do equilíbrio dos Poderes, norteando para um ideal de redução da judicialização de políticas, com a valorização de outros caminhos para realizar o direito à saúde.

Relevante nesse sentido foi a recente decisão do STF na Suspensão de Segurança 3.941, em março de 2012, que aponta critérios para o julgamento de demandas individuais de fornecimento de medicamentos²⁴, exigindo exame da situação do cidadão e apreciação da motivação do Estado para a não oferta de bem, ou serviço de saúde. O primeiro critério demanda verificar se a prestação estatal já consta das políticas públicas do SUS ou não; caso positivo, o Judiciário apenas determinará cumprir-se essa política, em face da omissão; caso negativo, será preciso verificar-se se há omissão legislativa ou administrativa ou se há vedação legal. E o segundo critério impõe avaliar a motivação para não se fornecer a prestação, com relevância para a justificação ligada à medicina baseada em evidências.

A este propósito, cumpre comentar sobre a controvérsia quanto à “reserva do possível” contraposta à “intangibilidade do mínimo existencial”, que se agudiza nos casos das chamadas “escolhas trágicas”. Quanto a isso já possuímos decisões do STF privilegiando a garantia constitucional do mínimo existencial,

24 SS 3.941/DF – Distrito Federal, Rel. Mins. Gilmar Mendes, j. em 23-3-2012, DJe 057, pub. 30-3-2010.

que representa emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.²⁵ SOUZA, SANTOS, UETA (2010, p.172-173) apontam parâmetros a considerar na apreciação das demandas judiciais: 1) a prescrição do medicamento por princípio ativo (atendendo a determinação da Lei 9.787/99 de indicar a DCB ou a DCI²⁶); 2) a existência de registro do medicamento na Anvisa; 3) a pertinência da prescrição no tratamento do paciente; 4) a inserção nas listagens dos Programas de assistência farmacêutica do SUS; 5) a adoção do instrumento processual adequado, analisando a adequação ou não das vias de ação civil pública ou do mandado de segurança assim como o deferimento de tutelas antecipadas e liminares.

Os mesmos autores lembram a importância da colaboração dos setores especializados da área médica e farmacêutica neste desiderato e a utilidade de os gestores promoverem a instalação de câmaras especializadas para dar suporte ao Judiciário, de comitês interinstitucionais para subsidiar a solução das demandas judiciais, bem como relatam acordos de cooperação entre Defensorias e Procuradorias-Gerais de vários Municípios e Estados.²⁷

Nos últimos anos, perante as reivindicações dos gestores para que fossem ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e perante o seu pleito sobre a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial e as políticas públicas existentes, o tema mereceu maior atenção, chegando a ser discutido na Audiência Pública n. 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir as questões das demandas judiciais por prestações de saúde. Como um dos resultados dessa mobilização, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a Recomendação n. 31, de 30/03/2010, com sugestões direcionadas a tribunais, aos operadores do direito e às Escolas de Magistrados.

Dentre elas, destaca-se a celebração de convênios pelos tribunais para disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados em demandas judiciais relativas à saúde; a orientação das corregedorias aos magistrados para: - instruírem as ações com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; - evitarem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental - ouvirem preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; - verificarem perante a Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; - incluírem a legislação de direito sanitário como matéria no programa de direito administrativo dos concursos para ingresso na magistratura; - promoverem visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados como Unidades ou Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACONS ou CACONS).

25 Cf. a propósito decisão do STF no ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO, AG.REG. no Recurso Extraordinário com agravo, Relator Min. CELSO DE MELLO, Julgamento em 23/08/2011, pela Segunda Turma. **O acórdão aborda a controvérsia pertinente à “reserva do possível relacionada com a intangibilidade do mínimo existencial”, na chamada questão das “escolhas trágicas”,** derivada do conflito entre a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional e a implementação de direitos sociais constitucionais podem resultar contextos de antagonismo que impõem ao Estado, superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes. O Poder Público, perante esse dilema causado pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, é chamado a verdadeiras “escolhas trágicas”, mas o STF orienta que deve fazê-lo em decisão governamental fundada na dignidade da pessoa humana, respeitando a intangibilidade do mínimo existencial. A cláusula da reserva do possível não poderá assim - diz o STF - ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição pois a garantia constitucional do mínimo existencial é emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. O STF conceitua o “mínimo existencial”, que resulta da Constituição (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), em um complexo de prerrogativas cuja concretização garantirá condições adequadas de existência digna à pessoa e o acesso a prestações positivas que assegurem plena fruição de direitos sociais básicos, entre eles o da saúde.

Ainda nesta decisão, o STF proclamou o princípio da proibição do retrocesso em tema de direitos fundamentais de caráter social, evitando que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela sociedade, significando que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, não devem depois ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado.

26 Denominação Comum Brasileira e Denominação Comum Internacional.

27 Eles relatam exemplo da Vara de Fazenda Pública de Araraquara (SP) que se socorre de uma Comissão de Análise de Medicamentos e outros Insumos, para onde o juiz encaminha ofício com formulário solicitando emissão de parecer técnico. Eles relatam ainda iniciativas do Ministério da Saúde para implantar comitês interinstitucionais para subsidiar a solução das demandas judiciais,

Também consta recomendação para as Escolas de Magistratura ²⁸ incluírem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados e promovam seminários para estudo do tema, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, para propiciar maior entrosamento sobre a matéria.

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul implantou a Câmara Técnica em Saúde – CATES²⁹, como uma instância colegiada, de natureza consultiva, com finalidade de assessorar o Poder Judiciário Estadual, com informações técnicas, nas demandas relativas ao fornecimento de medicamentos, exames, internações e demais tratamentos em face do Sistema Único de Saúde (SUS). A entidade tem composição definida no convênio entre o Estado do Mato Grosso do Sul, Município de Campo Grande e o Tribunal de Justiça do Estado, e são basicamente profissionais da área de saúde que têm mandato por dois anos, podendo ser reconduzidos.

A sua atribuição é manifestar-se previamente em todas as ações judiciais distribuídas perante o Poder Judiciário Estadual, onde se demande prestações de saúde em face do Sistema Único de Saúde (SUS). A CATES tem dinâmica de trabalhos muito ágil, visando a celeridade, funcionalidade e eficácia, com uso de meios eletrônicos de comunicação, dando respostas em prazos curtos e funcionando inclusive em plantões forenses³⁰.

O Parecer Técnico da CATES será assinado por pelo menos 02 (dois) membros do CATES, um dos quais médico, exceto nos plantões quando apenas um dos membros poderá assiná-lo. Ele deverá ser elaborado de acordo com critérios da Medicina Baseada em Evidências, entendendo-se esta como aquela que integra as melhores evidências de pesquisa em relação à enfermidade do paciente. O regulamento estabelece que as deliberações da CATES deverão abordar, no mínimo, os seguintes pontos: 1) informações sobre a enfermidade ou problema de saúde, com indicação do CID que acomete o requerente da ação judicial; 2) tratamentos possíveis e tratamentos realizados; 3) informações sobre o(s) medicamento(s), exame(s) ou procedimento(s) solicitado(s), especialmente sua indicação terapêutica, dosagem, eficácia, se tem caráter experimental, efeitos adversos e imprescindibilidade no tratamento da patologia e se é a única opção; 4) tratando-se de medicamento, deverá referir-se também a classe medicamentosa do fármaco e seu registro na ANVISA; 5) se há risco iminente à vida do paciente; 6) se o paciente está sendo atendido pela rede pública de saúde local ou se a procurou anteriormente; 7) se o pedido do autor é disponibilizado pelo SUS, em qualquer esfera, considerando especialmente, no caso de fármacos, os Programas de Medicamentos do SUS e seus Protocolos Clínicos e a eficácia dos remédios disponibilizados na rede pública; 8) indicar, quando possível, qual o ente público responsável pelo atendimento do paciente, segundo as normas do Sistema Único de Saúde (SUS); e por fim exarar conclusão favorável ou desfavorável ao pedido.

A CATES tem subsidiado decisões judiciais com vários méritos: permite maior segurança, sobretudo quanto à necessidade e/ou urgência ou não de deferir tutelas antecipadas e garante uma maior agilidade na tramitação das ações judiciais, pois o parecer é preliminar logo no início da ação e o juiz não precisará buscar informações com as partes para decidir a tutela antecipada.

28 A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e as Escolas de Magistratura Federais e Estaduais.

29 A Portaria n. 288, de 26/01/2011 aprovou o Regimento Interno da CATES.

30 O seu funcionamento ocorre da seguinte forma: distribuída a ação, uma cópia desta será automaticamente remetida à CATES, de forma eletrônica ou documental; recebida a ação na CATES, o servidor administrativo auxiliar, organizará a distribuição dos serviços, verificando a matéria e volume afeto a cada membro, salvo os períodos de plantão, em que a ação será remetida ao profissional plantonista; o membro da CATES terá um prazo de até 5 (cinco) dias para emitir o Parecer Técnico, salvo os casos em que a Comissão ou Membro considerar urgente, com risco à vida do paciente; concluído o Parecer Técnico, este deverá ser remetido, imediatamente, por meio físico ou eletrônico, ao Juiz da causa.

6. CONCLUSÃO

O fortalecimento da saúde como um bem público, dadas as exponenciais demandas das pessoas a gerarem imensos inerentes desafios financeiros, vai exigir o que já foi chamado de “edificação de uma utopia social igualitária”, demandando rede organizada com gestão democrática e participativa com flexibilidade de fluxos entre os vários níveis do sistema (ASSIS; SANTOS; JESUS; PEREIRA. 2010, p. 247-248). Citando FLEURY (1997), dizem estes autores que “não se cria igualdade por lei, ainda que não se consolide a igualdade sem a lei”. Claro que é desejável que a sociedade possa construir um sistema de atendimento à saúde satisfatório e que prescindia cada vez mais da intervenção judicial, mas, enquanto o sistema não for perfeito (e certamente nunca será), ocorrerá maior ou menor judicialização da questão.

A possibilidade de concretização do direito à saúde pela via judicial decorre do modelo constitucional brasileiro e tem inegável mérito para corrigir omissões do Poder Público na efetivação de tal direito e das políticas públicas existentes, sobretudo perante falhas do SUS como a falta de atualização de listas de medicamentos, a demora no processo de registro de medicamentos no órgão nacional, a indefinição ou dificuldades de identificação do ente responsável pela prestação, a baixa oferta de serviços na média e alta complexidade, a burocracia com pontos de estrangulamento que dificultam a mobilidade e o acesso da população aos vários níveis da rede.

Porém, os gestores da saúde alertam que essa atividade judicial implementadora de preferência deveria ficar aquém de uma atuação baseada no chamado “ativismo judicial extremo” que possa chegar ao ponto de representar real criação de políticas públicas.³¹ Tal perigo parece palpável quando analisado o peso financeiro da implementação de decisões judiciais direcionadas à satisfação de prestações de saúde. Também existe o perigo de que tal intervenção porventura promova desigualdade de oportunidades no acesso à efetivação do direito, privilegiando indivíduos melhor posicionados em sociedade e com mais acesso a acionar judicialmente, atendendo suas demandas individuais com desequilíbrio de atenção à saúde de muitos milhares anônimos e indiferenciados entre os mais desprotegidos, sobretudo (pois, a judicialização do acesso à saúde tem sido promovida primordialmente pelas populações mais ricas dos Estados mais ricos).

Há que se reconhecer que, num contexto social de menor desigualdade e população com maior cidadania, a realização dos direitos sociais poderia ficar muito mais na dependência de uma desejável e profícua participação política da população do que numa atuação significativa dos tribunais. Nesse contexto, a difícil equação entre as necessidades ilimitadas e os recursos públicos limitados se enfrentaria idealmente com mínimo recurso à judicialização.

Porém, não é esse o panorama do Brasil, em que o papel dos direitos sociais ainda é questão diretamente ligada ao combate à pobreza, e no qual a garantia da dignidade da pessoa humana, traçada pelo constituinte, está intimamente ligada a esses direitos sociais, que representam verdadeiros instrumentos de inclusão social, muito mais do que em países centrais, nos quais já se atingiu um patamar mínimo de justiça social. No Brasil, grupos periféricos, mais necessitados e alijados da discussão política, sem voz nos espaços de poder, podem não ter força política suficiente para influenciar políticas e somente terão condições de se fazer ouvir mediante o processo judicial. A produção judiciária do direito pode ser altamente democrática, pois é próxima ao cidadão.

Todavia isso não significa minimizar a necessidade de um diálogo interinstitucional em que o Judiciário seja sensível a observar o peso de aspectos econômicos e a relevância de critérios técnicos para subsidiar suas decisões, pois é inegável que a construção dos direitos tem de ter uma estrutura econômica e

31 A judicialização deriva do modelo constitucional como papel do Judiciário enquanto o chamado “ativismo judicial” representa atitude que expressa uma opção proativa do Juiz expandindo o sentido da norma constitucional.

orçamentária que os sustente. Por isso até mesmo juízes não podem ignorar que a lei, “não importa seu nível hierárquico ou a devoção que lhes emprestem os governantes, não consegue remover a escassez” (AMARAL, 2001). Por isso não são bem vindas intervenções judiciais extravagantes, emocionais, alarmistas, pois elas se mostram em tese capazes de desorganizar a continuidade dos serviços e de comprometer a destinação correta dos escassos recursos públicos, se não ponderarem a prudente avaliação dos direitos em jogo.

Não se trata aqui de endossar um discurso neoliberal de enxugamento das estruturas do Estado destinadas à prestação de serviços e desenvolvimento de políticas, paralelo à retórica de que direitos sociais custam caro. Claro que todos os direitos implicam despesas públicas, e o processo de concretização dos direitos de segunda geração é de implantação sempre onerosa, mas isto não justifica omissão das políticas e das ações. O que se exige é que o Poder Judiciário observe critérios como a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida e a proporcionalidade para sua efetividade e considere a disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas essas prestações reclamadas, ou as justificações quanto a dificuldades de equilibrar essa equação.

A mesma Constituição que garante o direito à saúde veda a execução de despesa não prevista na lei orçamentária. As normas precisam ser executáveis na via do orçamento público, visando à justiça social, mediante balanço de escolhas dramáticas num universo de recursos financeiros escassos e limitados. Administrar e legislar supõe avaliar alternativas, operando uma complexa rede de *trade offs* na elaboração e gerenciamento dos orçamentos. No tema do direito à saúde, na prática surgem questões delicadas de escolha alocativa de recursos, decisões sobre “quanto disponibilizar e a quem atender”, “vamos gastar dinheiro com qual direito?”, por exemplo. Neste campo das trágicas escolhas, há quem defenda que a reserva do possível age como uma “excludente de ilicitude” da conduta estatal em face da impossibilidade de conduta diversa, pois o que há de se observar é a proporcionalidade (aquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade), não se podendo exigir do Estado e da sociedade algo fora dos padrões do razoável, do adequado, do necessário e do estritamente proporcional.

Porém, há sim um dever do Estado de observar padrão mínimo de realização, perante a proibição de atuação insuficiente. A proteção do núcleo ou conteúdo essencial do direito fundamental significa a garantia de um padrão mínimo necessário à vida com dignidade de cada ser humano, que independe de ponderação e é intangível a qualquer intervenção, pois tem a ver com necessidades sem as quais não é possível ‘viver como gente’. Para definir tal padrão exige-se uma visão não reducionista, pois os direitos sociais não têm a finalidade de preservar só o “mínimo existencial”, pelo contrário, eles apontam para eficácia progressiva de proporcionar o máximo possível. O desafio é concretizar estes princípios na prática do dia a dia dos legisladores do sistema de saúde e dos gestores da saúde em suas decisões administrativas, assim como no dia a dia das decisões dos tribunais.

A política tendencialmente proporciona e realiza bens da comunidade unida por vínculos de solidariedade e reciprocidade, enquanto a decisão judicial faz uma escolha que privilegia um indivíduo que se separou da comunidade para exigir um direito. Por isso a ponderação judicial deve observar critérios de proporcionalidade, adequação, necessidade, razoabilidade e racionalidade, verificação da relação custo-benefício, análise da adequação meio – finalidade. Os tribunais são chamados a interpretar pela ampliação ao máximo do núcleo ou conteúdo essencial do direito, ponderando as circunstâncias específicas de cada caso.

Os direitos sociais (que, de regra, exigem uma prestação positiva – de fazer – por parte do Poder Público) demandam uma delimitação no caso concreto para definir aquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar e exigir da sociedade, sobretudo quando o direito é o direito à saúde, definido no Brasil como de acesso universal e igualitário a ações de saúde. E essa delimitação por vezes há de ocorrer com recurso à via judicial.

Em suma, quer se trate de atuação de Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, o desafio é lidar com escolhas respeitando os princípios constitucionais, tudo isso, como diria Guimarães Rosa, “lidando com país de pessoas, de carne e sangue, de mil e tantas misérias... Tanta gente — dá susto se saber — e nenhum se sossega: todos nascendo, crescendo, se casando, querendo colocação de emprego, comida, saúde, riqueza, ser importante, querendo chuva e negócios bons... De sorte que carece de se escolher...”³²

No caso do Poder Judiciário, deve ser reconhecido e afirmado seu poder de interpretar pela ampliação ao máximo do núcleo ou conteúdo essencial do direito à saúde, sobretudo perante alegações do princípio da reserva do possível sem demonstração de justo motivo objetivamente aferível, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou até mesmo aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamento. Assim sempre o exigirá o respeito ao princípio fundamental do respeito à dignidade humana.

7. REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASSIS, Marluce; SANTOS...(et al) . A expressão saúde, organização da rede de serviços e cuidado integral do SUS: descompassos entre o marco normativo e a legitimidade social. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde**: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010.

BATISTELLA, Carlos. Abordagens Contemporâneas do Conceito de Saúde. In: **O território e o processo saúde-doença**, . (Coleção Educação Profissional e Docência na Saúde: a formação e o trabalho do Agente Comunitário de Saúde). Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/pdtsp/index.php>>. Acesso em 18 de set. 2012.

BLIACHERIENE, Ana Paula; SANTOS, José Sebastião dos. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde**: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2012.

BUSS, Paulo Marchiori. Promoção da saúde e qualidade de vida. **Ciência e Saúde Coletiva** 5 (1): p.163-177, 2000.

Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde. **As Causas Sociais das Iniquidades em Saúde no Brasil**. . Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2008.

DEL NERO, CR; CLARK, Otávio; VIANNA, Denizar. Medicina baseada em evidências como ferramenta para as decisões judiciais. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde**: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ, Marcos Bosi. Economia da saúde e sua inserção no sistema da saúde. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde**: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010. cap. 10, p. 128-142.

32 *Grande Sertão: Veredas*.

Gavronski, Alexandre Amaral...[et al.] **Financiamento da saúde:** Grupo de Trabalho “Saúde” ESMPU: Brasília, 2008. (Manuais de atuação ESMPU; v. 4). Disponível em <<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/manuais-de-atuacao>>.

HEINEN, Juliano. O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica. In **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 2009.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde:** impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010. cap. 6, p.79-96.

NUNES, Altacílio Aparecido. A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o poder público e judiciário para a tomada de decisão: potencialidades e limitações. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde:** impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010m Capítulo 11, p. 143-161.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. In **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – RDAC**, n 22, out. 2005.

REZENDE, Nanci Figueirôa. A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde:** impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010. Capítulo 17, p. 222-236.

SAKURAI, Sérgio Nahuriko; TONETO JÚNIOR, Rudinei; GREMAUD, Amaury Patrick. Emenda Constitucional nº 29/2000: influência sobre a execução orçamentária dos Estados e municípios brasileiros em saúde. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde:** impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Interesse Público**, n. 12, 2001.

SOUZA, Hórtis Aparecido; SANTOS, José Sebastião dos; UETA, Julieta. A influência da gestão do sistema de saúde na utilização da via judicial para acesso a produtos e serviços. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde:** impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010.

Revisado por Léa Maria Freire Palhano Gonçalves.

HISTÓRIA E DIREITO: POLÍTICA INDIGENISTA¹

Luiza Vieira Sá de Figueiredo²

1. Introdução; 2. O Brasil no início do século XX; 3. A questão de terras; 4. As Comissões Telegráficas; 5. O SPILTIN; 6. Considerações Finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os conflitos que envolvem populações indígenas em terras sul-mato-grossenses trazem à tona algumas reflexões em torno do contexto histórico no qual se deu a criação do *Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais* (SPILTIN) – a primeira política indigenista leiga implementada no Brasil.

A noção de que o Estado deve garantir a cada grupo indígena amparo específico e impor a lei sobre as frentes de expansão nacional³ teve início nos idos de 1900 e, antes de chancelada oficialmente mediante o Decreto n. 8.072, de 20/06/1910, que criou o SPILTIN, foi paulatinamente gestada e executada por Rondon no âmbito de sua atuação como agente público a serviço do Estado no comando das Comissões Construtoras de Linhas Telegráficas.

As Comissões Telegráficas, inicialmente constituídas com o objetivo de implementar o serviço de comunicação no centro-oeste e norte do Brasil, foram agregando outras funções governamentais, como o povoamento, por exemplo, no bojo das quais se viu o Estado, compelido pelas circunstâncias, a criar e implementar uma a mais: a indigenista.

Sem entrar na discussão da política indigenista atual, o presente ensaio resgata o contexto da história nacional em que surgiu o primeiro serviço estatal que se preocupou com esses povos.

2. O BRASIL NO INÍCIO DO SÉCULO XX⁴

O período que sucedeu a Proclamação da República foi marcado por instabilidade política, motins, revoltas, expansão inconsiderada de gastos e más finanças, que formavam um contexto de desconfiança generalizada.

Na política, o momento requeria renovação de pensamentos e métodos. O baiano Rui Barbosa intentara candidatura, mas renunciara diante das forças em disputa entre mineiros e paulistas. Campos Sales igualmente vê infrutífera sua pretensão à Presidência da República e toma o mesmo caminho de Rui. Pinheiro Machado sugere os nomes de Afonso Pena e Nilo Peçanha, que foram acolhidos por representarem

1 Esse é o quarto artigo da série *História e Direito*, na qual buscamos observar fatos históricos sob um enfoque jurídico, em corte cronológico de 100 anos, destacando questões relativas a administração pública, planejamento, desenvolvimento e logística.

2 Juíza de Direito/TJMS; Pós-Doutora em Direitos Humanos/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT; Doutora em Ciências Humanas/Universidade de São Paulo; Especialista em Gestão Pública/Universidade Católica Dom Bosco; Especialista em Teoria do Estado e das Relações Sociais/Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul-Universidade Católica Dom Bosco; cursando MBA em Gestão de Pessoas no Setor Público/Universidade Gama Filho.

3 Declaração de Barbados I (Declaração do Simpósio sobre a fricção interétnica na América do Sul, ocorrido em Barbados, no período de 25 a 30 de janeiro de 1971).

4 FIGUEIREDO, Luiza Vieira Sá de; GARCIA, João Carlos Brandes. *História e Direito: a executoriedade da norma jurídica*. Revista Trimestral de Jurisprudência. Ano 31, n. 178. Outubro-dezembro de 2010 (com alterações).

melhores indícios de renovação. Afonso Pena “reforçaria as condições do regime num clima de trabalho fecundo” e “chamou para o seu ministério gente nova, em harmonia com a juventude inteligente de Carlos Peixoto, logo elevado à categoria de chefe parlamentar da política oficial, Tavares de Lira na pasta da Justiça, Miguel Calmon, com 27 anos apenas, na da Viação, ao lado de David Campista (Fazenda), Rio Branco (Exterior), Hermes da Fonseca (Guerra), davam ao governo incipiente uma tonalidade de ação construtiva e pressurosa.”⁵

Na economia, o período foi marcado por tentativas de regulação por parte do governo, por meio de decretos, alvarás e atos de soberania. A emissão exagerada de papel moeda, inclusive com a criação de instituições bancárias estaduais e regionais que emitiam títulos, gerou grande especulação monetária. O governo autorizou a expansão de bancos, como os criados pelo *Decreto n. 165, de 17/01/1890*, que instituiu três bancos emissores regionais (um na região norte; um na região sul e outro na região central do país) com permissão para emitir títulos ao portador e apólices. O decreto concedia gratuitamente aos bancos terras devolutas na zona de sua circunscrição para a localização de colonos e fundação de estabelecimentos industriais, bem como hes dava preferência, em igualdade de condições, para celebrar contratos com o governo, tendo como objeto colonização e imigração, com a contrapartida de que os bancos emprestassem recursos destinados à lavoura e indústria a juro não superior a 6% e com prazo máximo de 30 anos. O crédito fora liberalizado e “dirigiu-se em boa parte para os estabelecimentos agrícolas, necessitados dele; mas, nas cidades, a especulação comercial entrou a desmandar-se, em forma de empresas fictícias, que para o efeito de mandar os títulos à bolsa, se organizavam, explorando as medidas financeiras do Governo.”⁶

Duas correntes distintas se delineiam desde o início da República: uma industrializante, especulativa, inflacionária e cavadora de negócios e outra conservadora e protecionista. O *encilhamento*, caracterizado pelas emissões de moeda e ações que geraram vultosas especulações econômicas, abrigaram o protecionismo aos banqueiros, sob o pretexto de defesa das indústrias a eles endividadas.⁷

A circulação econômica era prejudicada pela precariedade dos transportes. Pandiá Calógeras destaca que excetuadas as regiões cercadas por rios navegáveis, o grande elemento de transporte eram os muares, nos quais percursos diários de 6 a 7 léguas, especialmente nas regiões acidentadas do Brasil central eram feitos durante semanas a fio. Os cargueiros não ultrapassavam quatro léguas por dia.⁸

No tocante à mão de obra, a sociedade ainda se adaptava à força de trabalho livre. A presença do imigrante, para Pedro Calmon, fez com que o nativo vencesse o preconceito de que o trabalho era estigma de senzala.⁹ O governo imperial já incentivara as correntes imigratórias. No período de 1847 a 1875 o governo brasileiro celebrou 35 contratos de imigração, para introduzir 500 mil trabalhadores, despendendo 140 milhões de francos. Mas foi a *lei áurea* que abriu os portos a cem mil colonos em um ano.¹⁰

O surto da borracha levou cerca de cinco mil pessoas para a região Amazônica, que se tornou *meca* dos imigrantes nacionais. O regime de trabalho era firmado por *parceria* que se tratava, verdadeiramente, de exploração e sujeição. Preços especulados cobrados para a utilização dos utensílios necessários à extração da borracha e pelo alimento formavam vultosa dívida que somente quando paga liberaria o sertanejo do seringal.¹¹

5 CALMON, Pedro. *História Social do Brasil*. São Paulo: Brasiliense – Cia Editora Nacional, 1937, tomo III, p. 212/213.

6 CALMON, Pedro. *História Social do Brasil*. São Paulo: Brasiliense – Cia Editora Nacional, 1937, tomo II, p. 174.

7 CARDOSO, Fernando Henrique. *Dos governos militares a Campos Sales - HISTÓRIA GERAL DA CIVILIZAÇÃO BRASILEIRA*, tomo III, Estrutura de Poder e Economia (1889-1930). Boris Fausto (Organizador). 5ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1989, p. 35.

8 CALMON, Pedro. Op. cit., p. 580/581

9 CALMON, Pedro. *História Social do Brasil*. São Paulo: Brasiliense – Cia Editora Nacional, 1937, tomo II, p. 94.

10 Idem, *ibidem*, p. 146.

11 Idem, *ibidem*, p. 155.

Nesse contexto, “a República emerge no final de 1889 com um problema estratégico latente: ocupar produtivamente e integrar todo o território nacional. Vislumbrava-se o povoamento do território, o aumento da produtividade agrícola do país e a extensão de meios de transporte e comunicação modernos – ferrovias e telégrafos – por todas as regiões brasileiras. Buscava-se, dessa forma, associar o nascente governo republicano aos ideais positivistas de progresso e modernidade.”¹²

Paralelo a todas essas transformações estava o projeto do governo de ligar o interior do país à capital da República, centro do poder e da administração federal, por meio do que se conhecia ser a mais moderna tecnologia de comunicação àquela época: o telégrafo.

O telégrafo elétrico fora incorporado à realidade brasileira em meados do século XIX, inicialmente como forma de comunicação estratégica entre altas autoridades da Corte, mas posteriormente estendido à população em geral como “uma tecnologia engenhosa capaz de transportar o pensamento humano através do ar, por meio da eletricidade;”¹³ um invento técnico que “prometia encolher o mundo e transportar mensagens através de continentes e oceanos.”¹⁴

A comunicação que o telégrafo proporcionava significava, pois, a integração do Brasil a um sistema universal da *civilização*.¹⁵ Entretanto, implementar o telégrafo no interior do Brasil daquela época, em especial na região do extremo oeste e norte do país, significava desbravar terras inóspitas, inexploradas e habitadas por povos indígenas.

A ocupação da região norte se deu tão somente no extremo norte e ao longo dos rios navegáveis, em especial o Amazonas e seus afluentes. Os povos indígenas que ali habitavam, com a chegada do colonizador ainda no século XVI, foram recuando para o interior. O extremo oeste ainda era um *sertão* desconhecido.

Destarte, se em um primeiro momento a questão era de terras, posteriormente passou a ser questão social de política indigenista, que se revelou muito mais complexa e delicada do que se imaginara, com repercussão até os dias atuais.

3. A QUESTÃO DE TERRAS

Descoberto o Brasil no ano de 1500 pelos portugueses, a Coroa lusitana somente deu início ao processo de povoamento das terras brasileiras em 1534, com a divisão do território em capitânicas hereditárias¹⁶, que

12 FONSECA, Aurelio Cordeiro da; REZENDE, Tatiana Matos. *As cadernetas de Rondon. Testemunhos de uma epopeia pelos sertões do Brasil (1890-1930)*. Rio de Janeiro: Fundação Cultural do Exército Brasileiro, 2010, p. 19.

13 MACIEL, Laura Antunes. *Cultura e Tecnologia: a constituição do serviço telegráfico no Brasil*. Revista Brasileira de História, ano/volume 21, número 041. Associação Nacional de História: São Paulo, Brasil, p. 127/144.

14 FIGUEIREDO, Luiza Vieira Sá de; GARCIA, João Carlos Brandes. *História e Direito: um ensaio interdisciplinar sobre o surgimento da norma jurídica*. Revista Trimestral de Jurisprudência. Ano 31, n. 176. Abril-junho de 2010.

15 O termo *civilização* é aqui utilizado no seu contexto histórico, considerando que à época essa palavra representava modernidade e prosperidade.

16 “A primeira doação foi em 14 de março de 1534. Dos capitães escolhidos, militaram alguns na Índia e eram bravos soldados: Duarte Coelho (Pernambuco), Francisco Pereira Coutinho (Bahia), Aires da Cunha (o Norte), Vasco Fernandes Coutinho (Espírito Santo), Martin Afonso e seu irmão Pero Lopes ficaram com São Vicente e Santo Amaro. Porto Seguro coube ao rico vianês Pero do Campo Tourinho; Ilhéus ao escrivão da fazenda da Corte Jorge de Figueiredo Correia; a costa leste-oeste a Fernando Álvares de Andrade, tesoureiro-mor do reino, a João de Barros, o historiador, e à aquele Aires da Cunha e Antônio de Barros Cardoso; e Paraíba do Sul a Pero de Góes, companheiro de Martin Afonso.” (CALMON, Pedro. *História da civilização brasileira*. 2ª ed., São Paulo: Cia Editora Nacional: Brasileira. 1935, p. 18/19.) Dessas doze capitânicas iniciais, somente duas prosperaram: Pernambuco e São Vicente, em razão de ter ali se estabelecido uma atividade econômica ligada à cana-de-açúcar.

foram doadas a portugueses, os donatários, com a incumbência de povoar suas respectivas glebas.¹⁷ Os donatários governaram livremente até o estabelecimento do Governo Geral na Bahia em 1549. Tendo a Coroa percebido que a exploração das terras brasileiras poderia gerar lucro, tratou de mandar prepostos ao *novo mundo* para garantir seus interesses.

A Colônia brasileira possuía a particular característica de “um máximo absoluto de base física com um mínimo absoluto de circulação social e política”. Segundo Oliveira Viana, esses fatores geográficos estimularam a formação de “governículos locais, representados pela autoridade toda poderosa dos capitães-mores das aldeias”.¹⁸

Laurentino Gomes chama a atenção para o fato de que havia uma política deliberada do Governo português de não implantar meios de comunicação que ligassem os núcleos de povoamento do território. Dentre as doze instruções recebidas por Tomé de Sousa para a instalação do Governo Geral em 1548 estava a determinação de “impedir a comunicação de uma capitania a outra pelo sertão, a não ser com a devida autorização”.¹⁹ Isso se justificaria para facilitar a fiscalização da Coroa, que recolhia impostos de toda a produção extrativa de pedras e minerais preciosos da colônia. Outro exemplo dessa política se extrai de uma lei de 1733 que vedava a abertura de novas estradas como forma de dificultar o contrabando de ouro e diamantes.²⁰

A historiadora Emília Viotti da Costa dá destaque ao fato de que “a legislação relativa à propriedade da terra estava baseada na política rural de Portugal, que era ainda essencialmente medieval. Os agentes da Coroa na colônia foram autorizados a doar terras a todos os que desejassem nelas se estabelecer, segundo seus méritos. Essas doações eram consideradas favores pessoais e não podiam ser herdadas. Aqueles para os quais a terra era doada tinham apenas o usufruto: a propriedade era reservada à Coroa.”²¹

Nesse contexto, o advento da Lei de Terras (Lei n. 601, de 18/09/1850), que dispôs sobre as terras devolutas do Império, é considerado um marco na legislação agrária brasileira. Não só por ser a primeira, mas por estabelecer nova forma de se conceber o domínio e a aquisição de terras. Isso porque a terra tornou-se de domínio público, patrimônio da nação. “A relação pessoal que anteriormente existia entre o rei e o pretendente transformou-se numa relação impessoal entre o Estado e o pretendente”.²² A terra podia ser adquirida, doravante, por qualquer pessoa com recursos suficientes para tanto. O governo passava a atuar como mediador entre o domínio público e o interessado em se tornar proprietário de uma gleba de terras.

A lei, entretanto, possibilitou àqueles que tivessem efetivamente utilizado a terra, tornando-a produtiva, o registro e consequente validação dos títulos, após a devida demarcação dos limites da propriedade e do pagamento das taxas. Isso ocorreu em razão das ocupações que foram levadas a efeito principalmente por pessoas que penetravam nas regiões do interior, áreas consideradas sem nenhum valor comercial e onde a terra virgem era abundante.

A Lei de Terras estabeleceu o conceito de *terras devolutas*, mediante um critério de exclusão: as terras que não se achassem no domínio particular por qualquer título legítimo; que não se achassem aplicadas a algum uso público (nacional, estadual ou municipal); e que não fossem regularizadas e legitimadas segundo

17 Através da Carta Régia de 20 de novembro de 1530, D. João III dá a Martim Afonso de Souza faculdade para conceder terras às pessoas que o acompanhassem, e que fossem morar nas terras que ele descobrisse. (MARQUES, Manoel Eufrásio de Azevedo. *Apontamentos históricos, geográficos, biográficos, estatísticos e noticiosos da província de São Paulo*. São Paulo: Martins Editora, 1952. Reedição da primeira publicação em 1872 pelo Instituto Histórico e Geográfico brasileiro. Tomo I, p. 324.)

18 Vianna, Oliveira. *Evolução do Povo Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1936, p. 211.

19 GOMES, Laurentino. *1808: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil*. São Paulo: Planeta, 2008, p. 125.

20 Idem, *ibidem*.

21 COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 8ª ed., São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007, p. 174.

22 Idem, *ibidem*.

as disposições que a lei trazia, seriam consideradas terras devolutas. O seu regulamento foi editado pelo *Decreto n. 1318, de 30/01/1854*.

Já no período republicano, o Governo Provisório instituído logo após a proclamação da República editou o *Decreto n. 451-B, de 31/05/1890*, cujo regulamento foi estabelecido pelo *Decreto n. 955-A, de 05/11/1890*, que trazia novo sistema de registro de imóveis, o Sistema Torrens²³, facultativo para terras particulares e obrigatório para terras públicas alienadas após sua vigência.

Em síntese, a *Lei n. 601/1850* trouxe a obrigatoriedade da alienação de terras devolutas, consideradas de domínio público, e o *Decreto n. 451-B/1890* estabeleceu a obrigatoriedade do registro dessas terras pelo Sistema Torrens.

O Governo Provisório publicou ainda o *Decreto n. 720, de 05/09/1890*, que tratava da divisão e demarcação de terras particulares. Em linhas gerais, o decreto chamava os particulares possuidores de terras a peticionarem ao Poder Judiciário para que este, por meio da análise de seus títulos, estabelecesse, mediante declaração por sentença, a legalidade de sua posse perante o Registro de Imóveis respectivo, utilizando-se para tanto igualmente do sistema Torrens.

Questão que deve ser destacada é o fato de que somente em 1923, mediante o *Decreto n. 4.755, de 28 de novembro*, alterou-se dispositivos do *Decreto n. 720/1890* com o intuito de permitir a intervenção de terceira pessoa interessada no processo judicial de demarcação de terras particulares.

A edição de ditos atos normativos denota a preocupação do Governo então constituído em fazer um levantamento da propriedade das terras brasileiras, mediante recadastramento dos títulos e respectivos proprietários, sem deixar de lado a questão tributária, pois os decretos traziam a obrigatoriedade de memorial descritivo detalhado de tudo o que havia na propriedade como benfeitorias, por exemplo. Visava, com isto, nas transferências posteriores, a qualquer título (compra e venda, doação, sucessão hereditária ou mesmo desapropriação), a arrecadação dos respectivos tributos.

O sistema Torrens de registro e a demarcação de terras particulares caracterizavam-se, ambos, por serem feitos mediante *procedimento judicial*. A exibição do título de registro pelo sistema Torrens constituía obstáculo absoluto a qualquer outro litígio judicial.²⁴ Em outras palavras, criava-se uma presunção irrefutável de que o possuidor do título era o legítimo proprietário das terras e benfeitorias nela existentes. Essas disposições eram válidas, repita-se, para a alienação das terras devolutas e para a demarcação das terras particulares.

Cumprê destacar também, dentro do contexto da questão agrária brasileira, o *Decreto n. 10.105, de 05/03/1913*, que aprovou novo regulamento de terras devolutas da União. Estabelecia que “as terras devolutas, situadas no território federal do Acre, dentro dos limites declarados no tratado assinado em Petrópolis aos 17 de novembro de 1903, só podem ser adquiridas por título de compra.”

Manteve-se o critério de exclusão para a definição de terras devolutas: aquelas que não se achassem no domínio particular por qualquer título; que não se achassem aplicadas a uso público federal ou municipal;

23 Segundo a exposição de motivos do Decreto n. 451-B, elaborada por Rui Barbosa, o novo sistema de registro representava “a mais adiantada das idéias contemporâneas quanto à propriedade territorial” que tinha por objetivo “estabelecer um sistema eficaz de publicidade imobiliária e comercializar a circulação dos títulos relativos ao domínio sobre a terra.” Esclarecia Rui Barbosa que o título, enquanto documento, “goza, no sistema Torrens, de um valor supremo contra todas as impugnações ulteriores. Uma vez assegurada, assim, a propriedade torna-se absoluta e indisputável. O Estado afiança a certeza jurídica do certificado, provendo, mediante indenização pecuniária, as reclamações, que de futuro se possam levantar fundamentadamente contra a legitimidade dos direitos do possuidor do título conferido pelo registro Torrens.” E acrescenta que “a indestrutibilidade do título constitui, manifestamente, um dos caracteres inestimáveis do regime australiano. [...] A segurança estribada num título de domínio irrevogável habilita o proprietário a não recuar ante os maiores sacrifícios para a exploração da terra, e atrai para ela as ambições do capital, livre por esse meio dos riscos que ordinariamente o detêm ante a perspectiva de litígios embaraçosos e arruinadores, como os que flagelam a propriedade imóvel.”

24 Artigo 75, § 1º do Decreto n. 451-B de 1890.

que não se achassem legitimáveis mediante a legislação ou que não fossem legitimadas no prazo previsto; e as áreas de extintos aldeamentos de índios quando não encravadas em terras de domínio público ou particular, seriam consideradas terras devolutas, passíveis de alienação mediante compra e venda.

O decreto determinava que fossem consideradas reservadas as terras devolutas que o Governo Federal julgasse necessárias para: obras de defesa; instalação de colônias; núcleos agrícolas; conservação de matas; implementação de estradas de ferro; aldeamento e colonização de índios. Estabeleceu-se o prazo de quatro anos para a legitimação ou revalidação dos títulos, sob pena de serem consideradas devolutas as terras e incorporadas ao domínio público.

A análise desse decreto permite concluir que o Estado determinou que as terras que haviam sido ocupadas por extintos aldeamentos de índios seriam consideradas devolutas quando não encravadas em terras de domínio público ou particular e se comprometeu a reservar terras para aldeamentos indígenas.

Aqui uma incongruência do Estado, notadamente quando se considera a discussão atual acerca da demarcação das terras tradicionalmente ocupadas por índios. Esse decreto foi suspenso, poucos anos depois de entrar em vigor, pelo Decreto n. 11.485 de 10/02/1915. Uma pesquisa de campo em registros públicos da época poderia esclarecer se efetivamente houve concessão ou venda de terras devolutas a particulares com base nesse decreto.

Mas toda essa legislação deve ser estudada no contexto estabelecido pelo *Decreto n. 572, de 12/06/1890*, que fixava o momento em que começava a obrigatoriedade das leis da União e dos decretos do Governo Federal quando neles não expressamente previsto. Nas exposições de motivos do referido ato legislativo, ponderou-se a necessidade de que a lei cumprisse os efeitos para os quais fora editada e, por outro lado, a necessidade de se garantir aos cidadãos que não seriam surpreendidos pelos efeitos da novel legislação e a eles submetidos sem a devida publicidade, a qual fazia, e ainda faz, presumir o seu conhecimento.

Levando-se em conta os deficientes meios de comunicação e a grande extensão territorial do Brasil, o decreto estabeleceu prazos diferenciados para a entrada em vigor das leis publicadas pelo Governo no Distrito Federal, em comarca da capital e demais comarcas de cada Estado e autorizava a transmissão do texto normativo inserido no Diário Oficial por via telegráfica. Houve previsão expressa de que, decorridos os prazos ali estabelecidos, a lei ou decreto presumir-se-iam conhecidos por todos, indistintamente.

O Decreto n. 572/1890 é considerado pela doutrina do Direito Administrativo o marco inicial do princípio da publicidade dos atos administrativos, aqui considerados em sentido amplo, e suas disposições repercutiram nas relações sociais estabelecidas e que se estabeleceriam no país.

Há que se recordar que a maioria dos povos indígenas não conhecia a língua nacional oficial e não acorreram em direção do Poder constituído para defesa dos seus interesses. Clóvis Bevilacqua, em se referindo aos índios quando da edição do Código Civil de 1916 asseverou que “por ser estranho ao grêmio da civilização que o Código Civil representa, não tem nele lugar, devendo alojar-se na legislação especial.”²⁵ A legislação especial somente foi promulgada em 1928, mediante o Decreto n. 5.484, de 27 de junho, que regularia a situação dos índios nascidos no território nacional.²⁶

As comissões telegráficas chefiadas por Cândido Mariano da Silva Rondon, mesmo antes da criação do Serviço de Proteção aos Índios (1910), “realizou a demarcação de territórios indígenas, visando a garantir a posse da terra aos seus primitivos donos, contrapondo-se a sua usurpação por parte de fazendeiros e

25 SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o Direito Indigenista*. 2ª ed., Curitiba: Juruá. 2006, p. 38.

26 Idem, *ibidem*.

seringueiros.”²⁷ Em agosto de 1905 foi realizada pela comissão a demarcação da aldeia do Ipegue, localizada entre Aquidauana e Miranda, em benefício dos índios terenas.

A questão de terras no interior do Brasil ainda gera sérios conflitos. Mas as discussões acerca de demarcação de terras indígenas não podem deixar de considerar as leis que estiveram em vigor e produziram efeitos válidos. Situações jurídicas se consolidaram, lididamente. Títulos que não raro eram expedidos pelo próprio Estado, com fundamento em legislação vigente.

A interpretação que tem sido dada pelo Supremo Tribunal Federal, contudo, às disposições constantes no artigo 231 da Constituição Federal de 1988, que reconhece aos índios direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, é que por ser norma constitucional originária, ela tem o condão de invalidar tudo o que fora realizado anteriormente à sua vigência.²⁸

4. AS COMISSÕES TELEGRÁFICAS²⁹

Em 1855 as linhas telegráficas ligavam apenas órgãos governamentais no Rio de Janeiro, Niterói e Petrópolis. Com a Guerra do Paraguai, a extensão da linha avançou pelo sul do país, especialmente na fronteira com a Argentina e o Uruguai.

A costa litorânea, já povoada, foi sendo aos poucos integrada na rede telegráfica: Vitória em 1874, Paraíba em 1875, Natal em 1878, Fortaleza em 1881, Belém em 1886. No interior, uma *Comissão Construtora de Linhas Telegráficas* fora criada pelo governo monárquico com o objetivo de ligar as cidades de Franca (SP), Uberaba (MG) e Cuiabá (MT), passando pelo Estado de Goiás. A linha telegráfica já havia passado por Uberaba quando fora proclamada a República em 1889, somando um total de 18.925 quilômetros de linhas telegráficas.

O Governo Republicano Provisório deu continuidade ao projeto de ligação das comunicações

27 FONSECA, Aurelio Cordeiro da; REZENDE, Tatiana Matos. *As cadernetas de Rondon. Testemunhos de uma epopeia pelos sertões do Brasil (1890-1930)*. Rio de Janeiro: Fundação Cultural do Exército Brasileiro, 2010, p. 232-233.

28 Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho de acórdão do Supremo Tribunal Federal: O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar” e ainda aquelas que se revelarem “necessárias à reprodução física e cultural” de cada qual das comunidades étnico-indígenas, “segundo seus usos, costumes e tradições” (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado “princípio da proporcionalidade”, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. 12. DIREITOS “ORIGINÁRIOS”. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF). Pet 3388 / RR - RORAIMA. PETIÇÃO. Relator: Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 19/03/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009. REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010. EMENT VOL-02408-02 PP-00229. RTJ VOL-00212- PP-00049.

29 Essas ideias foram discutidas de maneira mais detalhada no livro *Das comissões telegráficas ao Serviço de Proteção ao Índio – Rondon, o Agente Público e Político*, publicado pela Editora CRV, 2013.

em todo o território nacional. Em um período aproximado de quarenta anos (1890 a 1930) existiram três comissões telegráficas instituídas pelo Governo para atuar no noroeste do país, nos Estados de Goiás, Mato Grosso, Amazonas e no então Território do Acre: a Comissão Construtora de Linhas Telegráficas de Cuiabá ao Araguaia (1890 a 1898); a Comissão Construtora de Linhas Telegráficas do Estado de Mato Grosso (1900 a 1906); e a Comissão Construtora de Linhas Telegráficas Estratégicas de Mato Grosso ao Amazonas (1907 a 1930).

A extensão da linha telegráfica a essas regiões fazia parte de um projeto político de maior alcance: a consolidação do novo sistema de Governo, a integração, o povoamento e o desenvolvimento econômico do país. A Constituição Republicana de 1891 já sinalizava a mudança da capital estabelecida no Rio de Janeiro para o interior.

Foi na *Comissão Construtora de Linhas Telegráficas de Cuiabá ao Araguaia*, comanda pelo Major Antônio Ernesto Gomes Carneiro, que Cândido Mariano da Silva Rondon, recém titulado engenheiro militar e diplomado bacharel em matemática e ciências físicas e naturais pela Escola Militar da Praia Vermelha e Escola Superior de Guerra, respectivamente, iniciou sua carreira pública.

A atitude do comandante de levantar acampamento, em certa ocasião dos trabalhos da comissão em campo, para evitar possível ataque de índios e, conseqüentemente, o confronto entre eles e os militares ali presentes, calou profundamente na consciência do então tenente Rondon, influenciando-o em posturas que seriam por ele adotadas dali em diante.

A *Comissão Construtora de Linhas Telegráficas do Estado de Mato Grosso* fora incumbida da ligação da então capital da República à fronteira do Estado de Mato Grosso com o Paraguai e a Bolívia. Cândido Rondon assumiu o cargo de comandante da comissão. Havia o interesse militar de consolidar a ocupação estratégica da região de fronteira e o Governo reassumia um projeto não concluído que já havia sido iniciado em 1888, pelo General Deodoro da Fonseca, retomado em 1892, pelo General Cardoso Aguiar e em 1893, pelo Major Bento Ribeiro Carneiro Monteiro.³⁰

Em razão da natureza do solo, que era pantanoso e alagado, foi este trecho de fronteira o mais difícil de se implementar as linhas na região sul do Estado de Mato Grosso. Segundo Rondon: “foi com a valiosa e eficaz coadjuvação dos índios, que conseguimos vencer os grandes obstáculos que nos antolhava a zona paludosa e que se nos afiguravam insuperáveis.³¹ Um ano inteiro trabalharam os índios conosco, na melhor harmonia, estreitando-se cada vez mais as relações de amizade entre os chefes.”³²

Mas se as relações com os índios se estreitaram ao longo dos trabalhos da Comissão Construtora de Linhas Telegráficas do Estado de Mato Grosso foi também nesse período que se testemunhara conflitos entre índios e fazendeiros. Darcy Ribeiro concebe essa espécie de conflito como uma luta cruelmente desigual. “De um lado, sociedades tribais, estruturadas com base no parentesco e outras formas de sociabilidade, armadas de uma profunda identificação étnica, irmanadas por um modo de vida essencialmente solidário.”³³ Do outro lado, uma estrutura social fundada na conquista de um território, “cujos habitantes, qualquer que seja a sua origem compõem uma sociedade articulada em classes, imperativamente unificadas para o cumprimento de metas econômicas e socialmente irresponsáveis.”³⁴

Por diversas vezes Cândido Rondon informou às autoridades competentes acerca desses conflitos:

30 O Major Bento Ribeiro fora o responsável pela implementação das linhas telegráficas no Estado do Rio Grande do Sul.

31 RONDON, Cândido Mariano da Silva. *Relatório dos trabalhos realizados de 1900-1906*. Comissão de Linhas Telegráficas do Estado de Mato-Grosso. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1949, p. 30.

32 VIVEIROS, Esther de. Op. cit., p. 131.

33 Idem. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 1995. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 154.

34 Idem, ibidem.

fosse pessoalmente; fosse por telegrama quando em campo; fosse em seus relatórios oficiais e em conferências realizadas nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo. Seus reclamos, contudo, não surtiram efeitos satisfatórios, uma vez que os abusos e desrespeitos aos índios tiveram continuidade. Verdadeiras chacinas eram organizadas: aldeias inteiras queimadas e índios brutalmente assassinados. Rondon chegou a afirmar que a lei da fronteira era “o artigo 44, parágrafo 32 – 44 é calibre da Winchester e 32, o das pistolas de repetição”³⁵ numa clara alusão à ausência de efetividade das leis republicanas constituídas pelo governo central. A experiência demonstrou que não adiantava comunicar os crimes cometidos contra os índios às autoridades locais competentes, porquanto essas, não raro, estavam ligadas aos grupos que exerciam o poder de fato nas localidades do interior.

Outra questão trazida à tona era a exploração experimentada pelos índios que já estavam integrados ao convívio pacífico com os fazendeiros, os quais os “contratavam” para o trabalho nas fazendas. Rondon referiu-se a tal situação, em seu relatório oficial dos trabalhos da Comissão Telegráfica, como *escravidão de nova espécie*,³⁶ apoiada pelas autoridades públicas locais, tendo em vista que dela tiravam proveito.

A *Comissão Construtora de Linhas Telegráficas Estratégicas de Mato Grosso ao Amazonas* possuía novas atribuições que abarcavam não apenas a construção de linhas telegráficas para implantação do serviço, mas também logística de povoamento, ocupação do solo e desenvolvimento econômico. O então Presidente Afonso Augusto Moreira Pena acreditava que a implementação da linha telegráfica associada com a instalação das estações telegráficas e de destacamentos militares era uma forma de se consolidar a ocupação da região.

O território do Acre fora incorporado aos domínios brasileiros ao preço de dois milhões de libras esterlinas com o Tratado de Petrópolis, assinado em 17 de novembro de 1903, após longa disputa de limites com a Bolívia.³⁷⁻³⁸ Dessa forma, a continuidade da extensão do telégrafo para aquelas regiões não objetivava tão somente estabelecer comunicações, mas se tratava de verdadeira *política de governo* que sinalizava a intenção de ocupação definitiva do território.

Foi nessa comissão, entretanto, que Rondon se viu passar de espectador a protagonista no conflito com os índios. Um grupo da Comissão, no qual ele estava, fora atacado por índios Nhambiquaras, na região do rio Juruena, ao norte de Mato Grosso. Embora quase alvejado, Rondon não permitiu nenhuma represália aos índios. Ele acreditava que a penetração e a ocupação do sertão deveriam ser feitas com a paz e não com a guerra. Estabelecera, por isso, uma norma para os seus trabalhos: “morrer se preciso for; matar, nunca.”

Acreditava, ademais, que os índios estavam a defender o que lhes pertencia, e evitar confrontos era necessário não só como um dever de justiça, mas, sobretudo, para o êxito da política de governo da qual ele era executor: as futuras operações da comissão. No regresso ao acampamento, entretanto, ele se deparou com homens indignados por não poderem fazer uso de suas prerrogativas de soldado, para o que foram treinados.

Ao meditar sobre o ataque dos Nhambiquara, Cândido Rondon compreendeu a necessidade de tornar a ordem de não atacar índios – e não revidar o ataque deles – obrigatória para todos, pois ele, enquanto chefe, não estaria presente a todo o momento para assegurar que assim se procedesse.

Essa constatação tomava dimensão ainda maior quando se vislumbravam os destacamentos

35 VIVEIROS, Esther de. Op. cit. p. 199.

36 RONDON, Cândido Mariano da Silva. *Relatório dos trabalhos realizados de 1900-1906*. Comissão de Linhas Telegráficas do Estado de Mato-Grosso. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1949.

37 REZEK, Francisco. *Direito público internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30.

38 Para histórico detalhado sobre as relações de limites com Brasil-Bolívia e Brasil-Paraguai, vide FIGUEIREDO, Luiza Vieira Sá de. *DIREITOS HUMANOS NA FRONTEIRA: Efetividade de políticas públicas brasileiras na linha de fronteira seca Brasil-Paraguai e Brasil-Bolívia*. Monografia de Pós-doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

militares que seriam criados para guarnecer as estações telegráficas inauguradas ao longo da linha, conforme plano traçado pelo Ministério da Agricultura no Governo Afonso Pena. Esses destacamentos seriam comandados por militares que não compartilhavam da mesma visão e compreensão que ele possuía acerca das relações sociais com os índios.

Portanto, em razão do ataque dos índios, que certamente se repetiriam, por estar a Comissão penetrando em territórios por eles habitados, e considerando a sublevação dos soldados, que queriam reagir a todo custo, Rondon deliberou baixar determinações expressas a serem obrigatoriamente observadas pelos membros da Comissão. Ele o fez mediante a elaboração da *Ordem do Dia n. 1*, de 20/07/1908, que estabelecia: “ainda mesmo que alguém da Expedição seja ferido pelos guerreiros de Juruena, nenhuma represália deve ser movida contra os atacantes; no seu justo direito, defendem as suas terras e as suas famílias.”³⁹

Na sequência dos trabalhos, dois meses depois, tem-se a *Ordem do Dia n. 2*, com determinações mais específicas e minuciosas em relação à conduta dos membros da Comissão para com os índios. Nesse ato normativo Rondon já faz menção à instituição do “primeiro núcleo de proteção aos indígenas destes vastos sertões”⁴⁰ quando cria o destacamento militar que ali se estabeleceria definitivamente, já demonstrando uma relação entre o *poder* público e o *dever* de proteção aos índios.⁴¹

Nessa Ordem do Dia, além da *proibição* de revidar qualquer investida dos índios, há outras regras criadas por Cândido Rondon: era proibido violar os hábitos dos povos indígenas, desacatar suas famílias, incendiar suas aldeias, roubar suas roças e usurpar qualquer utensílio que lhes pertencesse.

A ordem do dia estabelecia também *deveres*: respeito à vida e à propriedade dos índios; esforço por parte do comando do destacamento para chamá-los ao convívio pacífico, firmando com eles paz proveitosa para todos. Essas vedações e deveres publicados em 1908 pela *ordem do dia* constituíam-se em obrigações inéditas para a época e que constarão do decreto de criação do Serviço de Proteção ao Índio.

A ordem do dia publicada em 1908 agregava em si as funções administrativa e legislativa do Estado, porquanto estabelecia *comandos para ser executados* na intimidade de uma estrutura hierárquica, qual seja, a Comissão Construtora de Linhas Telegráficas Estratégicas de Mato Grosso ao Amazonas, e também eram *normas gerais* que *inovavam no ordenamento jurídico*.

Em razão da experiência prática que tivera ao longo de anos no sertão, fora Cândido Rondon convidado, já em 1910, pelo Ministro da pasta de Agricultura, Indústria e Comércio, Rodolfo Miranda, para ser o diretor do serviço governamental que seria criado naquele Ministério. Rondon condicionou a aceitação do convite às diretrizes que ele havia estabelecido em seu trabalho nas comissões telegráficas.

Com efeito, em correspondência trocada por Rondon e Rodolfo Miranda, entre 2 e 14 de março de 1910, verifica-se que constam na carta quatorze dos dezessete itens que tratavam das medidas de proteção ao indígena elencados no artigo 2º do decreto de criação do serviço.⁴² Segundo Darcy Ribeiro, “como diretrizes para o novo órgão, Rondon reporta-se aos princípios compendiados em 1822 por José

39 RONDON, Cândido Mariano da Silva. *Relatório apresentado à Diretoria Geral dos Telégrafos e à Divisão Geral de Engenharia (G. 5) do Departamento da Guerra*. Comissão de Linhas Telegráficas Estratégicas de Mato Grosso ao Amazonas. 1º Volume: Estudos e reconhecimentos. Rio de Janeiro: Papelaria Luiz Macedo, p. 75.

40 Idem, *ibidem*, p. 136/137.

41 A transcrição na íntegra e a análise das Ordens do Dia n. 1 e n. 2 constam do livro *Das comissões telegráficas ao Serviço de Proteção ao Índio – Rondon, o Agente Público e Político*, publicado pela Editora CRV, 2013.

42 Essas semelhanças são discriminadas em quadro comparativo no livro *Das comissões telegráficas ao Serviço de Proteção ao Índio – Rondon, o Agente Público e Político*, publicado pela Editora CRV, 2013.

Bonifácio de Andrada e Silva até então irrealizados.”⁴³

Esses princípios estavam compendiados nas *Lembranças e Apontamentos do Governo Provisório para os Senhores Deputados da Província de São Paulo*.⁴⁴ Dentre os doze itens que o documento trazia, estava colocada a questão da civilização dos índios, tratada nos *Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Brasil*, em que José Bonifácio destacava a necessidade de integração progressiva dos índios que viviam nas matas pelos sertões do Brasil.

A realidade que José Bonifácio constatara em 1822 e documentara em seus *Apontamentos* não era diferente da que Cândido Rondon havia testemunhado ao longo dos trabalhos desenvolvidos nas comissões telegráficas. Bonifácio trazia a questão indígena como “matéria de suma importância, mas ao mesmo tempo de grandes dificuldades na sua execução”. Isso em razão do modo com que sucessivamente portugueses e brasileiros os haviam tratado e ainda: “o desprezo, com que geralmente os tratamos, o roubo contínuo das suas melhores terras, os serviços a que os sujeitamos, pagando-lhes pequenos ou nenhum jornais, alimentando-os mal, enganando-os nos contratos de compra e venda, que com eles fazemos, e tirando-os anos e anos de suas famílias e roças para os serviços do Estado, e dos particulares; e por fim enxertando-lhes todos os nossos vícios e moléstias sem lhes comunicarmos nossas virtudes e talentos.”⁴⁵ Cândido Rondon fora capturado por essas ideias que representavam a realidade daquela época.

5. O SPILTN⁴⁶

Ainda no início do século XX, o Governo Federal via-se diante de um problema a solucionar: se nos primeiros vinte anos de vida republicana, se havia fechado os olhos para os conflitos decorrentes das relações com os índios que habitavam o interior do país, esses conflitos haviam chegado a um nível que a continuidade das outras políticas de governo em desenvolvimento (implementação de linhas férreas, abertura de estradas, navegação a vapor, que faziam parte da expansão econômica e do povoamento) dependiam de uma solução para as várias “frentes de lutas” que haviam sido abertas na interiorização dessas obras e serviços.

Foi nesse contexto que o etnólogo alemão Herman von Ihering, diretor do Museu Paulista, divulgou declarações genocidas ao afirmar serem os índios empecilho para a colonização e o progresso do interior do país. Em artigo publicado no jornal *Urwaldsbote*, voltado para colonos alemães, declarou Ihering: “se se quiser poupar os índios por motivos humanitários é preciso que se tomem, primeiro, as providências necessárias para não mais perturbarem o progresso da colonização. Claro que todas as medidas a empregar devem calcar-se sobre este princípio: em primeiro lugar se deve defender os brancos contra a raça vermelha. Qualquer catequese com outro fim não serve. Por que não tentar imediatamente? Se a tentativa não der resultado algum, satisfizeram-se as tendências humanas; então, sem mais prestar ouvido às imprecações enfáticas e ridículas de extravagantes apóstolos humanitários, proceda-se como o caso exige,

43 RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização – a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 156.

44 Com o retorno de D. João VI a Portugal, em abril de 1821, estabeleceu-se um clima de apreensão para os dirigentes das Províncias brasileiras, que não desejavam que o país voltasse ao estado político e econômico anterior à vinda de D. João VI para o Brasil, com as restrições impostas à colônia. Em 1821 as Cortes de Lisboa reuniram-se para a formulação da Constituição que definiria a situação brasileira e deputados brasileiros para lá se dirigiram a fim de cuidar dos interesses dos brasileiros. Os dirigentes da Província de São Paulo, para que os seus deputados não chegassem a Lisboa despreparados, elaboraram este documento, que se constituía em “um programa completo, em que as necessidades primordiais do Brasil eram postas em foco e examinadas com um mínimo de declamação, de ênfase, de retórica.” Embora subscrito por todos os membros do então governo provisório de São Paulo, o documento trazia essencialmente o pensamento de José Bonifácio de Andrada e Silva, que fora seu redator. “A parte mais desenvolvida das instruções dizia respeito ao Brasil, em doze itens, todos ferindo questões diretamente ligadas aos seus destinos, num golpe de vista que revelava o conhecimento de sua formação étnica e econômica, e de sua evolução histórica. As bases da nação que começava a constituir-se eram lançadas com um critério realista e objetivo, na verdade, excepcional, em época tão propícia a meras construções teóricas.” SOUSA, Octávio Tarquínio de. *José Bonifácio. História dos fundadores do império do Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988, p. 125.

45 SILVA, José Bonifácio de Andrada e. *Projetos para o Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 48.

46 Ideias também discutidas no artigo *História e Direito: a executoriedade da norma jurídica*, publicado na Revista de Jurisprudência n. 178.

isto é, exterminem-se os refratários à marcha ascendente da nossa civilização, visto como não representam elemento de trabalho e de progresso.”⁴⁷

Darcy Ribeiro caracterizou o Serviço de Proteção ao Índio como uma organização administrativa com sede na capital da República e projeção sobre todo o território nacional, criada para “realizar os objetivos imediatos de garantir aos índios a posse das terras por eles ocupadas; de controlar suas relações com civilizados a fim de impedir que fossem oprimidos ou explorados, e de promover a punição dos crimes cometidos contra os índios.” O que se impunha era uma ação puramente social, “destinada a ampará-los em suas necessidades, defendê-los do extermínio e resguardá-los contra a opressão.”⁴⁸

Ocorre que o serviço se revelou muito mais incômodo do que se imaginara quando de sua criação porquanto “pusera realmente em prática o seu programa, opondo-se deste modo a centenas de potentados locais, cujos negócios se baseavam na exploração da mão de obra indígena e cujos projetos de riqueza se assentavam em perspectivas de usurpação de terras de índios.”⁴⁹

Mas a criação do serviço se situa em um contexto político nacional muito mais amplo de povoamento do solo nacional e aí se insere a *Localização de Trabalhadores Nacionais. O Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais* não foi uma tentativa de transformar índios em trabalhadores rurais, mas se constituiu em uma política nacional de implemento e desenvolvimento da colonização, povoamento do solo e expansão econômica.

A criação de *povoações indígenas* se daria nos antigos aldeamentos de índios, que passariam a receber, além daquela denominação, auxílio governamental para a instalação de escolas, oficinas com máquinas e utensílios destinados a beneficiar os produtos das culturas a que eles já estavam afeiçoados, bem como eventual aprendizagem de novas culturas domésticas que lhes fossem úteis e, sempre, mediante consentimento.⁵⁰ Dessa forma, tem-se que os postos de atração do SPI seriam instalados nas regiões por eles habitadas (nos seus aldeamentos) para que ali se instituisse a povoação indígena com a estrutura organizacional e administrativa estatal, nos moldes do Decreto n. 8.072/1910 de modo que os índios pudessem receber o amparo e os subsídios conferidos pela nova legislação.

A instalação dos *centros agrícolas*, por sua vez, deveria ser feita em boas terras de cultura, apropriadas à lavoura mecânica, dotadas de perfeitas condições de salubridade, de cursos d’água potável, em locais servidos por fáceis meios de comunicação e próximos de mercados consumidores. Ora, se as povoações deveriam ser criadas em aldeamentos indígenas e os centros agrícolas em terras dotadas de perfeitas condições de salubridade, servidas de fáceis meios de comunicação e próximas de mercados consumidores, conclui-se que se instalariam em localidades distintas.

Ademais, o decreto trazia também requisitos que o trabalhador deveria atender para se localizar em um centro agrícola, como não ter sido condenado por crime de qualquer natureza, nem ter sofrido prisão correccional por embriaguez ou contravenções; ser chefe de família ou solteiro com mais de 21 anos de idade e menos de 60; ser trabalhador agrícola; ter capacidade física e aptidão para o trabalho. Requisitos esses que eram cumulativos e aos quais os índios não atendiam, dada sua identidade cultural.

O SPI e a LTN eram projetos distintos, que tinham por beneficiários grupos diversos (índios e trabalhadores rurais) e estavam inseridos em um projeto maior: povoamento do solo nacional,

47 IHERING, Herman von *apud* RIBEIRO, Darcy. Op. cit., p. 150.

48 RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização* ... p. 155 e 162.

49 Idem, *ibidem*, p. 166.

50 Essa era a disposição expressa do parágrafo único do artigo 15: Não será permitido, sob pretexto algum, coagir os índios e seus filhos a qualquer ensino ou aprendizagem, devendo limitar-se a ação do inspetor e de seus auxiliares a procurar convencê-los, por meios brandos, dessa necessidade.

integração dos povos e fomento da produção nacional por meio da qualificação do trabalhador.⁵¹ Em ofício encaminhado ao Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, em 04/07/1910, Cândido Rondon referiu-se à criação do SPI e vinculou a assistência ao trabalhador nacional, que seria implementada mediante o mesmo serviço, como paralela à já implementada para o colono estrangeiro no cultivo do solo da pequena propriedade agrícola. Afirmou que o governo estendera as mesmas vistas protetoras ao trabalhador nacional “que há de constituir elemento seguro, de par com o colono estrangeiro, no desenvolvimento da pequena propriedade agrícola.”⁵²

A vinda de imigrantes para o Brasil fora acentuada como uma alternativa para a mão de obra escrava que ficava cada vez mais cara em razão das políticas nacionais e internacionais em torno da abolição da escravatura. Segundo Emília Viotti da Costa, pretendia-se com isso “conciliar fórmulas usadas nos núcleos coloniais de povoamento com as necessidades do latifúndio cafeeiro.”⁵³

Durante o período imperial, encontrou o Governo dificuldades em trazer imigrantes para assentarem-se no Brasil. Primeiramente por ser a elite da época eminentemente latifundiária e escravocrata. O assentamento de trabalhadores livres e proprietários de pequenos lotes de terra não era interesse da classe dominante, que não desejava que as terras férteis para cultura agrícola fossem destinadas a estrangeiros.

Nesse contexto se insere a imigração subvencionada pelo Governo, a qual resolveu o problema da falta de mão de obra cafeeicultora, entretanto trouxe outros reflexos para sociedade brasileira, dentre os quais a desvalorização do trabalhador nacional que, em razão da disponibilidade de força de trabalho mais qualificada, não conseguiam galgar postos de trabalho com melhores remunerações. Darcy Ribeiro assevera que as subvenções oferecidas aos estrangeiros eram muito superiores às oferecidas ao nacional e explicavam-se pela “capacidade do colono – assistido pelos corpos consulares e apoiado pela imprensa de seus países – para exigir melhores condições de trabalho”.⁵⁴

Embora tenha havido duas frentes de imigração subvencionada - a para estabelecimento de colônias e a para substituição da mão de obra escrava, essa especialmente no Estado de São Paulo – o fato é que as regras estabelecidas para a localização dos trabalhadores nacionais, no tocante aos auxílios concedidos, já eram aplicáveis aos estrangeiros.

Com a proclamação da República, o Governo Provisório editou o *Decreto n. 528, de 28/06/1890*, que regulamentou a introdução e localização de imigrantes no Brasil. O decreto previa que os imigrantes deveriam ser aptos para o trabalho e não estar sujeitos à ação criminal no país de origem. Eles recebiam proteção especial do Governo, notadamente por intermédio das Inspetorias de Terras,⁵⁵ durante os seis primeiros meses após a chegada.

O Governo instituiu prêmios em dinheiro para os particulares ou as empresas que cumprissem as determinações constantes do regulamento de modo a introduzir e localizar imigrantes, valores que variavam conforme o número de famílias assentadas. O artigo 42 do referido decreto estabelecia que sobre o número total das famílias de imigrantes que fossem localizados, poderiam ser admitidos 25% de nacionais, contanto

51 As povoações indígenas e os centros agrícolas eram inclusive criados por decretos distintos, cada qual com o seu fundamento legal no Decreto n. 8.072/1910, respectivamente, o artigo 15 e o artigo 22. Seguem alguns decretos que criam povoações indígenas e centros agrícolas: Decreto n. 8.941 de 30/08/1911 – Cria uma povoação indígena em cada um dos aldeamentos de índios de S. Jeronymo, Estado do Paraná, S. Lourenço, Estado de Mato Grosso e Itaporanga, Estado de São Paulo; Decreto n. 8.937 de 30/08/1911 – Cria Centro Agrícola nos Estados do Maranhão, Ceará, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Alagoas e Minas Gerais; Decreto n. 8.973 de 14/09/1911 – Cria Centro Agrícola em município do Estado de Minas Gerais; Decreto n. 9.712 de 14/08/1912 – Cria Centro Agrícola nos Estados do Piauí, Paraíba, Sergipe, Baía e Rio Grande do Sul.

52 INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO DE SÃO PAULO. *Recepção e Posse do General Rondon – discursos proferidos na sessão extraordinária de 25 de março de 1939*. Separata da Revista do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, volume XXXVI. São Paulo, 1939. Disponível no Museu Histórico do Exército.

53 COSTA, Emília Viotti da. Op. cit., p. 197.

54 Idem, ibidem.

55 Órgão governamental criado pela Lei de Terras e reorganizado pelo Governo Provisório da República mediante o Decreto n. 603, de 26/07/1890. Havia a Inspetoria Geral de Terras, centralizada na capital da República, bem como Inspetorias Especiais.

que fossem “morigerados, laboriosos e aptos para o serviço agrícola”. Observa-se, pois, que essa era uma política voltada para estrangeiros e que os nacionais eram preteridos.

Em 1907, o *Serviço de Colonização*, afeto ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, ganhou nova denominação e novo regulamento: passou a chamar-se *Serviço de Povoamento do solo nacional*, instituído pelo *Decreto n. 6.455 de 19 de abril*, o qual manteve, na essência, as mesmas diretrizes no tocante à introdução e localização de estrangeiros trabalhadores agrícolas e às subvenções e prêmios para empresas e particulares.⁵⁶ Manteve, outrossim, regra semelhante à do já mencionado artigo 42 do decreto anterior, que estabelecia restrições à localização de trabalhadores nacionais.

É nesse contexto de preterição em relação ao imigrante estrangeiro que se encontravam os trabalhadores nacionais que surge, em 1910, a *Localização dos Trabalhadores Nacionais* como serviço autônomo dentro do Ministério da Agricultura, o qual também detinha atribuições de imigração e colonização (artigo 2º, item 1º, alínea b, do Decreto n. 1.606/1906). Trata-se de uma política voltada para os nacionais, que até então estavam quase que esquecidos em sua própria nação, com prioridades governamentais voltadas para estrangeiros.

O Serviço de Proteção aos Índios e de Localização de Trabalhadores Nacionais no Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, embora contemplasse projetos distintos, cada qual com a sua especificidade, situa-se na política maior de povoamento do solo nacional. Eles foram posteriormente desmembrados, ficando a localização de trabalhadores nacionais afeta ao serviço de povoamento, no âmbito do mesmo Ministério e o serviço de proteção aos índios passou pelas atribuições de diversos Ministérios até ser extinto em 1967, com a criação da Funai.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O resultado da penetração do Estado nos sertões brasileiros por meio das comissões telegráficas no período de 1890 a 1930 foi não apenas a implementação da linha telegráfica e ligação das comunicações pelos pontos extremos do Brasil, como também a criação de uma política indigenista que, como tantos projetos e leis, não surgiu pronta e acabada, mas foi uma resposta para as contingências sociais daquela época. Compreendeu-se o atrito social que surgia naturalmente da relação entre índios e “civilizados” e a necessidade de uma legislação especial que regulasse essas relações. As partes envolvidas no conflito não eram equivalentes, pois uma tinha mais força que a outra: era uma luta injusta, porquanto desigual.

Francesco Carnelutti afirma que entre os homens, “o mais forte, quando mata o mais fraco para comer sozinho, não é livre senão servo; não deveria ter usado sua força para matar o outro senão para sustentar o outro.”⁵⁷ Em síntese, “enquanto os homens não saibam amar, necessitam de juiz e policiais para mantê-los unidos;” enquanto os homens não saibam amar uns aos outros, o Direito deve ensiná-los.⁵⁸

O Serviço de Proteção aos Índios nasceu no âmago do sertão brasileiro. A edição da Lei n. 8.072 em 1910 foi a extensão nacional e oficial de uma prática já realizada no âmbito das comissões construtoras de linhas telegráficas que resultou na criação de um espaço público, que até então não existia, para a discussão da causa indígena: sua cultura, suas necessidades, seu passado, seu futuro, seus direitos. Espaço público que subsiste na estrutura governamental, embora com outras diretrizes e em outro contexto nacional.

56 Destaque para o artigo 47 do referido decreto, que estabelece: “Em Estados, ou zonas, onde não existirem colônias antigas ou núcleos coloniais de agricultores estrangeiros, o Governo Federal poderá adotar providências excepcionais, quando indispensáveis, para garantia da formação do primeiro núcleo em condições propícias ao seu desenvolvimento, servindo de centro de atração para o estabelecimento de crescente número de imigrantes.”

57 CARNELUTTI, Francesco. *A arte do direito*. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2005, p. 20.

58 Idem, ibidem.

O projeto de Rondon, que durante anos esteve à frente do serviço, era de fato a integração desses povos à sociedade brasileira com a assimilação de novos hábitos. Um projeto que representava o pensamento daquela época e pode ser revisto com as novas perspectivas da atualidade, especialmente a da diversidade étnica e cultural que representam. O que se desejava era acabar com os abusos então cometidos para que esses povos não vivessem à margem da sociedade, vítimas de toda espécie de exploração, situações que os membros das comissões testemunharam ao longo do desenvolvimento dos trabalhos. A essência do ideal de Rondon era estabelecer e fomentar a dignidade desses povos. E nesse ponto sua política é atual.

Uma das maiores críticas à política indigenista estabelecida pelo SPI, entretanto, embora não contemporânea a sua execução, mas posterior, foi a imposição de valores e formas de vida aos povos indígenas. Nesse aspecto e considerando a realidade atual, em que há representantes de várias etnias indígenas atuantes em movimentos acadêmicos e politizados – o que não existia àquela época – qualquer política indigenista a ser (re)elaborada deve levar em consideração seus reais ideais, desejos e objetivos.

Em recente pesquisa publicada na Revista Veja, elaborada pelo Instituto Datafolha, foram entrevistados 1.222 índios de vinte etnias que vivem em 32 aldeias em todas as regiões do país. De acordo com a reportagem, “as respostas revelam que os índios têm aspirações semelhantes às da nova classe média nacional, ou seja, querem progredir socialmente por meio do trabalho e dos estudos. Eles sonham com os mesmos bens de consumo e confortos da vida moderna, sem deixar de valorizar sua cultura”.⁵⁹ A reportagem acrescenta que “muito do que é apresentado pelos intermediários da causa indígena como prioridade nem sequer aparece na lista das preocupações cotidianas dos entrevistados.”⁶⁰

Para o cacique Megaron Txucarramãe, líder caiapó em Mato Grosso, a nova geração de índios “compreende a vantagem de ter um emprego, uma renda. Ela quer ter roupa de homem branco, celular e essas coisas de gente jovem. Os governantes precisam aprender que nossos filhos querem ter tudo o que os filhos do homem branco têm. Falar português, ir para a universidade e ser reconhecidos como brasileiros e índios.”⁶¹

Dentre os principais problemas enfrentados nas aldeias, estão: dificuldade de acesso aos serviços de saúde (30%); falta de emprego (16%); saneamento básico insuficiente (16%); alimentação precária (12%); dificuldade de acesso à educação (10%); falta de transporte (9%); falta de recursos econômicos próprios (6%); qualidade da moradia (5%); dificuldade de acesso à energia (5%).

Fomentar a dignidade desses povos implica conhecer suas reais aspirações para elas possam ser incorporadas nas políticas existentes, o que talvez não seja tão polêmico quanto se tem noticiado.

7. REFERÊNCIAS

Anais do Senado.

CALMON, Pedro. *História Social do Brasil*. São Paulo: Brasiliense – Cia Editora Nacional, 1937, tomo II.

_____. *História Social do Brasil*. São Paulo: Brasiliense – Cia Editora Nacional, 1937, tomo III.

_____. *História da civilização brasileira*. 2. ed., São Paulo: Brasiliense – Cia Editora Nacional, 1935.

59 Revista Veja. 14 de novembro de 2012. O que querem os índios, p. 103-105.

60 Idibem.

61 Idibem.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Dos governos militares a Campos Sales - HISTÓRIA GERAL DA CIVILIZAÇÃO BRASILEIRA*, tomo III, Estrutura de Poder e Economia (1889-1930). Boris Fausto (Organizador). 5. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1989.

CARNELUTTI, Francesco. *A arte do direito*. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2005.

COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 8. ed., São Paulo: Fundação Editora UNESP, 2007.

FIGUEIREDO, Luiza Vieira Sá de; GARCIA, João Carlos Brandes. *História e Direito: um ensaio interdisciplinar sobre o surgimento da norma jurídica*. Revista Trimestral de Jurisprudência. Ano 31, n. 176. Abril-junho de 2010.

_____. *História e Direito: a executoriedade da norma jurídica*. Revista Trimestral de Jurisprudência. Ano 31, n. 178. Outubro-dezembro de 2010.

FONSECA, Aurelio Cordeiro da; REZENDE, Tatiana Matos. *As cadernetas de Rondon. Testemunhos de uma epopeia pelos sertões do Brasil (1890-1930)*. Rio de Janeiro: Fundação Cultural do Exército Brasileiro, 2010.

GOMES, Laurentino. *1808: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil*. São Paulo: Planeta, 2008.

INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO DE SÃO PAULO. *Recepção e Posse do General Rondon – discursos proferidos na sessão extraordinária de 25 de março de 1939*. Separata da Revista do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, volume XXXVI. São Paulo, 1939. Disponível no Museu Histórico do Exército.

MACIEL, Laura Antunes. *Cultura e Tecnologia: a constituição do serviço telegráfico no Brasil*. Revista Brasileira de História, ano/volume 21, número 041. Associação Nacional de História: São Paulo, Brasil.

MARQUES, Manoel Eufrásio de Azevedo. *Apontamentos históricos, geográficos, biográficos, estatísticos e noticiosos da província de São Paulo*. São Paulo: Martins Editora, 1952. Reedição da primeira publicação em 1872 pelo Instituto Histórico e Geográfico brasileiro. Tomo I.

REZEK, Francisco. *Direito público internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização – a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 1995. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

RONDON, Cândido Mariano da Silva. *Relatório apresentado à Diretoria Geral dos Telégrafos e à Divisão Geral de Engenharia (G. 5) do Departamento da Guerra*. Comissão de Linhas Telegráficas Estratégicas de Mato Grosso ao Amazonas. 1º Volume: Estudos e reconhecimentos. Rio de Janeiro: Papelaria Luiz Macedo.

_____. *Relatório dos trabalhos realizados de 1900-1906*. Comissão de Linhas Telegráficas do Estado de Mato-Grosso. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1949.

REVISTA VEJA. 14 de novembro de 2012. *O que querem os índios*, p. 103-105.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o Direito Indigenista*. 2. ed., Curitiba: Juruá. 2006.

SOUSA, Octávio Tarquínio de. *José Bonifácio. História dos fundadores do império do Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988.

VIANNA, Oliveira. *Evolução do Povo Brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1936.

Revisado por Léa Maria Freire Palhano Gonçalves.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



4ª Câmara Cível
Apelação n. 0017395-12.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – RECURSO DA UNIMED CAMPO GRANDE E DO ESPÓLIO DE ANTÔNIO JOSÉ DO CARMO – PRELIMINARES – CERCEAMENTO DE DEFESA E ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESPÓLIO – AFASTADAS – MÉRITO – REEMBOLSO DE DESPESAS PAGAS COM TRATAMENTO MÉDICO EM HOSPITAL NÃO CONVENIADO E DE ALTO CUSTO – CLÁUSULAS CONTRATUAIS DE EXCLUSÃO DO SERVIÇO – PREVISÃO DE LIMITAÇÃO DO RESSARCIMENTO AOS VALORES ADOTADOS EM TABELA ADOTADA PELO CONVÊNIO – ARTIGO 12 VI, DA LEI Nº 9.656/98 – DANOS MORAIS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE NEGATIVA DE TRATAMENTO – CONDENAÇÃO AFASTADA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – PEDIDO PREJUDICADO – RECURSO DA UNIMED PROVIDO E RECURSO DO ESPÓLIO PREJUDICADO.

Cabe ao magistrado, ao analisar o caso concreto e, entendendo ser pertinente, proferir o julgamento da lide, abrindo mão da produção de provas desnecessárias para o seu convencimento e, nesse caso, não há que se falar em cerceamento de defesa se a prova que se pretenda produzir for desnecessária.

Pode o espólio, em ação própria, pleitear a reparação dos danos morais suportados pelo falecido, não havendo se falar em ilegitimidade *ad causam*.

Não ficando demonstrada circunstância excepcional que possibilitasse o reembolso integral dos valores gastos com tratamento médico realizado em hospital não conveniado, o valor do reembolso fica adstrito ao montante consignado na tabela de honorários da operadora de plano de saúde.

Se o plano de saúde se nega a restituir o valor integral de gastos com despesas médicas, com base em cláusula contratual, a recusa é fundada e não revela dever de indenizar danos morais, mormente considerando que não houve recusa em prestar o atendimento médico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento ao recurso da Unimed e julgar prejudicado o recurso de Espólio de Antônio José do Carmo, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de outubro de 2012.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo *Espólio de Antônio José do Carmo* e pela *Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico* por não se conformarem com os termos da decisão proferida em primeira instância, nos autos da Ação de Cobrança c/c Dano Material e Moral que julgou “*parcialmente procedente a pretensão inicial para condenar a ré Unimed Campo Grande MS Cooperativa de Trabalho Médico a reembolsar ao autor Espólio de Antônio José do Carmo os gastos com o tratamento médico realizado, conforme tabela do Hospital Sírio-libanês, no valor de R\$ 386.296,72 (trezentos e oitenta e seis mil, duzentos e noventa e seis reais e setenta e dois centavos), que deverá ser acrescido de correção monetária pelo IGPM/FGV e de juros de mora no patamar de 1% (um por cento) ao mês, ambos a partir de cada desembolso, descontado o valor de R\$ 167.487,78 (cento e sessenta e oito mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e setenta e oito centavos) já restituído pela ré Unimed Campo Grande MS Cooperativa de Trabalho Médico, que deverá ser acrescido de correção monetária pelo IGPM/FGV também desde o desembolso; bem como a pagar ao autor Espólio de Antônio José do Carmo indenização pelos danos morais causados no valor R\$ 10.000,00 (dez mil reais), cuja correção monetária será pelo IGPM/FGV, a partir da arbitramento (Súmula 362 do STJ), e com juros de mora de 1% ao mês, a partir da recusa indevida (Súmula 54 do STJ).*”

O Espólio de Antônio José do Carmo, em suas **Razões Recursais** (fls. 917/928), requer a majoração do *quantum* fixado a título de danos morais.

Nas suas **Contrarrrazões Recursais** (fls.9771016) opina pelo improvimento do recurso interposto pela Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico.

A Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico, nas suas **Razões Recursais** requer, em apertada síntese, que:

1) preliminarmente, seja declarada nula a sentença proferida em primeira instância alegando ter havido **cerceamento de defesa** diante do indeferimento para a produção de provas documentais, periciais e testemunhais, julgando-se antecipadamente a lide, e também, diante da **ilegitimidade passiva** do espólio para figurar no polo ativo da demanda;

2) quanto ao **mérito**, seja limitado o valor do reembolso relativo a despesas médicas para o tratamento de câncer realizado por médico e hospital não conveniados à Unimed, que operam com tabela própria, àqueles adotados pelo plano de saúde, respeitando-se, assim, as cláusulas do contrato firmado entre as partes e as normas contidas na Lei nº 9.656/98;

3) seja afastada a condenação por danos morais.

Nas **Contrarrrazões Recursais** (fls. 1017/1049) é pelo improvimento do apelo interposto pelo Espólio de Antônio José do Carmo.

VOTO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo *Espólio de Antônio José do Carmo* e pela *Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico* por não se conformarem com os termos da decisão proferida em primeira instância, nos autos da Ação de Cobrança c/c Dano Material e Moral que julgou

“**parcialmente procedente** a pretensão inicial para **condenar** a ré Unimed Campo Grande MS Cooperativa de Trabalho Médico a reembolsar ao autor Espólio de Antônio José do Carmo os gastos com o tratamento médico realizado, conforme tabela do Hospital Sírio-libanês, no valor de R\$ 386.296,72 (trezentos e oitenta e seis mil, duzentos e noventa e seis reais e setenta e dois centavos), que deverá ser acrescido de correção monetária pelo IGPM/FGV e de juros de mora no patamar de 1% (um por cento) ao mês, ambos a partir de cada desembolso, descontado o valor de R\$ 167.487,78 (cento e sessenta e oito mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e setenta e oito centavos) já restituído pela ré Unimed Campo Grande MS Cooperativa de Trabalho Médico, que deverá ser acrescido de correção monetária pelo IGPM/FGV também desde o desembolso; bem como a pagar ao autor Espólio de Antônio José do Carmo indenização pelos danos morais causados no valor R\$ 10.000,00 (dez mil reais), cuja correção monetária será pelo IGPM/FGV, a partir da arbitramento (Súmula 362 do STJ), e com juros de mora de 1% ao mês, a partir da recusa indevida (Súmula 54 do STJ).”

O Espólio de Antônio José do Carmo, em suas **Razões Recursais** (fls. 917/928), requer a majoração do *quantum* fixado a título de danos morais.

Nas suas **Contrarrazões Recursais** (fls.9771016) opina pelo improvimento do recurso interposto pela Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico.

A Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico, nas suas **Razões Recursais** requer, em apertada síntese, que:

1) preliminarmente, seja declarada nula a sentença proferida em primeira instância alegando ter havido **cerceamento de defesa** diante do indeferimento para a produção de provas documentais, periciais e testemunhais, julgando-se antecipadamente a lide, e também, diante da **ilegitimidade passiva** do espólio para figurar no polo ativo da demanda;

2) quanto ao **mérito**, seja limitado o valor do reembolso relativo a despesas médicas para o tratamento de câncer realizado por médico e hospital não conveniados à Unimed, que operam com tabela própria, àqueles adotados pelo plano de saúde, respeitando-se, assim, as cláusulas do contrato firmado entre as partes e as normas contidas na Lei nº 9.656/98;

3) seja afastada a condenação por danos morais.

Nas **Contrarrazões Recursais** (fls. 1017/1049) é pelo improvimento do apelo interposto pelo Espólio de Antônio José do Carmo.

Consta dos autos que:

“Espólio de Antônio José do Carmo ajuizou a presente AÇÃO DE COBRANÇA C.C. DANO MATERIAL E DANO MORAL contra Unimed Campo Grande MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda., sustentando, em síntese, que o falecido Antônio José do Carmo, juntamente com sua esposa, eram sócios proprietários da Empresa de Conservação de Asseio Ltda., em nome da qual celebraram contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares com a ré em agosto de 1996, que foi renovado em 2002.

Alegou que, em março de 2008, em razão de dores e sangramento, o falecido procurou um médico conveniado ao plano de saúde contratado, nesta capital, tendo sido diagnosticado com lesão neoplásica em reto alto, detectando uma probabilidade de câncer.

Anotou que, submetido a procedimento cirúrgico em 14 de abril de 2008, foi detectado um câncer do tipo adenocarcinoma moderadamente diferenciado, culminando em um tratamento com 12 ciclos de quimioterapia, e, tendo persistido a evolução da doença,

foi encaminhado para sessões de radioterapia de 25 de novembro de 2008 até 5 de janeiro de 2009, conforme prescrições médicas.

Informou que, finalizado o tratamento radioterápico, foi detectada metástase e hipercaptação em múltiplas lesões hepáticas, peritoneais e pulmonares, oportunidade em que o falecido foi encaminhado por um médico conveniado da ré ao Centro de Oncologia do Hospital Sírio Libanês na cidade de São Paulo/SP.

Aduziu que, diante do quadro avançado da doença, exauridas todas as alternativas dentro da cobertura do plano de saúde contratado e diante da recusa da ré em cobrir a continuidade do tratamento prescrito pelo médico responsável, a esposa do falecido autorizou os procedimentos particulares que perduraram até 24 de julho de 2009, quando Antônio José do Carmo veio a falecer.

Ressaltou que, além da recusa na cobertura da continuidade do tratamento de caráter urgente, a ré também negou-se ao reembolso total das despesas efetuadas. [...]”

1) **DAS PRELIMINARES.**

1.1) **Do cerceamento de defesa.**

Inicialmente, a Unimed requer a anulação da sentença diante do cerceamento de defesa com o indeferimento da produção de provas documentais, testemunhais e periciais e o julgamento antecipado da lide.

Na presente situação a ré/apelante foi citada e apresentou sua contestação (288/314), assim como os documentos de fls. 315/804.

Ambas as partes foram intimadas para especificar as provas que pretendiam produzir (fls. 822), tendo a Unimed se manifestado às fls. 827 e 897/899.

Entendendo que as provas produzidas pelas partes eram suficientes para a análise do mérito, mormente a prova documental, houve o julgamento antecipado da lide, nos seguintes termos:

“em que pese a intimação das partes para respecificar as provas que pretendiam produzir, convém assinalar que o feito está apto a julgamento, eis que presente a hipótese do art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, não havendo a necessidade de realização de provas, em audiência ou não. De tal forma, não há necessidade de produção de prova oral – irrelevante para o deslinde da matéria -, nem de prova pericial, motivo pelo qual indefiro as provas pleiteadas pela parte ré.”

Dispõe o artigo 330, I, do CPC que “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.”

Assim, cabe ao magistrado, ao analisar o caso concreto, entendendo ser pertinente, proferir o julgamento da lide, abrindo mão da produção de provas desnecessárias para o seu convencimento e, nesse caso, “não há que se falar em cerceamento de defesa se a prova que se pretenda produzir for desnecessária.”¹

A propósito:

“[...] Não há falar em cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide, quando presente prova documental suficiente para formar o convencimento do

¹ ALVIM Arruda. Comentários ao Código de Processo Civil. Editora G/Z. 2012. Pág. 330.

jugador, mostrando-se inútil a produção de outras provas. [...]” (TJMS – Apelação Cível n. 2008.029469-4, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Turma, j. 19.03.2009). (Grifei).

“[...] Não ocorre cerceamento de defesa se o juiz a quo não defere a produção de prova pericial, por entender que os elementos dos autos são suficientes para formar sua convicção. Ademais, a parte que compareceu à audiência, em que foi expressamente assinalado que era desnecessária a dilação probatória, assina o termo de assentada e não impugna a decisão do magistrado, não pode requerer em apelação cível o reconhecimento de ocorrência de cerceamento de defesa. [...]” (TJMS – Apelação Cível n. 2004.007154-0, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, 5ª Turma, j. 05.03.2009) (Grifei).

“[...] A solicitação para produção de provas deve ser clara, específica e útil, para que o julgamento antecipado da lide caracterize cerceamento de defesa. Estando presentes elementos que ofereçam noção segura sobre os fatos e direito discutidos, a prolação da sentença impõe-se. [...]” (Apelação Cível - Ordinário - N. 2003.002770-0/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Hamilton Carli. Julgamento: 20/10/2003 Órgão Julgador: 3ª Turma Cível. Publicação: 28/10/2003 Nº Diário: 674.)

Portanto, não há que se falar, *in casu*, em cerceamento de defesa, vez que atendido o disposto no artigo 330, I, do Código de Processo Civil.

1.2) **Da ilegitimidade passiva.**

A Unimed argui, ainda em sede preliminar, a ilegitimidade passiva do espólio de Antônio José do Carmo para figurar no polo ativo da demanda. Argumenta que a indenização para recebimento de indenização por danos morais é de cunho personalíssimo, que somente poderia ser pleiteada pelo próprio inventariado, não se transmitindo o direito à eventual reparação devida.

Razão não lhe assiste.

É entendimento firme no STJ que, “*embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa ad causam para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo de cujus. [...]*” (REsp 1071158/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 07/11/2011).

No mesmo sentido:

“[...] A Corte Especial deste Tribunal firmou o entendimento de que, “*embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa ad causam para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo de cujus.*” (AgRg nos EREsp 978.651/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 10.2.11).” (AgRg nos EDcl no Resp 1126313/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 17/09/2012)

Assim, é perfeitamente possível o espólio, em ação própria, pleitear a reparação dos danos psicológicos suportados pelo falecido, porquanto “*a exegese sistemática dos arts. 12 e 943 do CC/02 permite concluir que o direito à indenização, isto é, o direito de se exigir a reparação do dano, inclusive de ordem moral, é assegurado aos sucessores do lesado, transmitindo-se com a herança. Vale dizer que, o direito que se sucede é o de ação, de caráter patrimonial, e não o direito moral em si, personalíssimo por natureza e, portanto, intransmissível.*”²

2 REsp 1071158/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 07/11/2011

Afasto, portanto, as preliminares e passo a análise de mérito.

2) **DO MÉRITO.**

2.1) **Do reembolso de valores.**

Requer, em síntese a apelante (Unimed) que o valor do reembolso relativo às despesas médicas realizadas em hospital não conveniado seja limitado aos previstos na tabela adotada pelo plano de saúde.

Inicialmente, vale dizer que, na presente situação não se discute o direito ao ressarcimento das mencionadas despesas médicas, porquanto a família do paciente já foi reembolsada pela Unimed, sendo este fato incontroverso. A questão discutida é apenas se o pagamento obedecerá à tabela de custo do Hospital Sírio Libanês (não conveniado) ou a adotada pelo convênio ao qual o *de cujos* era credenciado.

Consta nos autos que o Sr. Antônio José do Carmo viu-se acometido de grave doença (câncer). Primeiramente, foi submetido a tratamento nesta cidade de Campo Grande, todo custeado pela Unimed.

Mesmo após a realização de cirurgia, quimioterapia e radioterapia, assim como de outros procedimentos, apesar de ter havido uma melhora inicial, contatou-se, infelizmente, que a doença continuou a progredir.

Verificada tal situação, o paciente foi encaminhado ao Centro de oncologia do Hospital Sírio Libanês em São Paulo/SP, onde diversos outros procedimentos médicos foram realizados, como comprova a vasta documentação constante nos autos, que totalizaram o valor de R\$ 393.827,29.

O espólio/apelado requereu o ressarcimento integral das despesas e sustentou que a transferência para outro centro de tratamento se deu em decorrência do encaminhamento de médico conveniado à Unimed/MS (fls. 751) “*e por tratar-se de procedimentos de extrema urgência já que o doente corria sérios riscos de vida, [...]. Em razão da gravidade e avanço da doença, confiando no médico, utilizou-se de todos os recursos disponíveis e indicados pelo médico especializado [...].*” (fls. 4)

Ao encaminhar o paciente para o estado de São Paulo, o médico conveniado descreveu a doença da qual padecia o paciente, bem como os procedimentos adotados para o seu tratamento. Todavia, não faz qualquer menção ao grau de urgência, bem como a impossibilidade de continuar o atendimento nesta cidade por inexistência de recursos aqui oferecidos.

A ora apelante, por seu turno, confirmou que “*o Sr. Antônio José, por ser beneficiário de um plano regulamentado fez todo o seu tratamento do câncer custeado pela Unimed Campo Grande.*” Entretanto, optou por dar continuidade ao tratamento no Hospital Sírio Libanês. Ressaltou inexistir em seu banco de dados qualquer solicitação para que tais procedimentos fossem realizados em outra unidade hospitalar não conveniada, ou até mesmo o indeferimento deste pedido.

Acrescentou, também, que a cláusula primeira do termo contratual firmado entre as partes é clara ao excluir dos serviços oferecidos pelo plano a cobertura em “*hospitais, clínicas e laboratórios, ainda que credenciados por outra cooperativa integrante do Sistema Nacional Unimed, opere com tabela própria que diferencie da praticada pela Unimed Campo Grande-MS.*” (fls. 348)

Todavia, analisado as peculiaridades da situação, o pedido de reembolso foi deferido. Mas respeitando-se os valores adotados pela Tabela da Unimed de Campo Grande e não os praticados pelo hospital Sírio Libanês, o que está em consonância com as cláusulas do contrato entabulado para prestação de serviços médicos, pois “*o Hospital Sírio Libanês foi escolhido pelo de cujos por vontade própria e*

consciente dos limites contratuais de seu plano de saúde. O hospital escolhido é de Alto Custo e fora da rede credenciada da Unimed Campo Grande, o que enseja o reembolso apenas no limite da tabela praticada pela rede credenciada, o que já foi feito administrativamente.” (fls. 880)

De fato, ficou expressamente ajustado entre as partes que *“em casos de urgência ou emergência quando se demonstrar que o USUÁRIO ao correr risco de vida não teve condições de usar os serviços próprios ou contratados da UNIMEDs (subitem 01.1), o mesmo terá direito ao reembolso das despesas, limitadas a cobertura contratual e aos valores de referência da tabela da UNIMED atribuída aos seus serviços próprios ou contratados”*.

Ainda, os procedimentos, em tais situações emergenciais, *“deverão ser autorizados previamente pela UNIMED, através de guia própria, prorrogável sem limitação de tempo, considerando a justificativa por escrito do Médico Assistente Cooperado”*. (cláusulas 15.1 e 13.5 do contrato – fls. 370/372)

Ou seja, os valores relativos ao reembolso foram previstos em cláusula expressa de contrato previamente ajustado. Sendo certo que *“a limitação de cobertura do plano de saúde é possível desde que atendidos os pressupostos legais e haja previsão clara, precisa e destacada no contrato.”* (AgRg nos EDcl no Ag 784310/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2007, DJ 27/08/2007, p. 225)

A propósito:

“CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE DIREITOS. ADMISSIBILIDADE. Os contratos de adesão são permitidos em lei. O Código de Defesa do Consumidor impõe, tão-somente, que “as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.” Destarte, ainda que se deva, em princípio, dar interpretação favorável ao adquirente de plano de saúde, não há como impor-se responsabilidade por cobertura que, por cláusula expressa e de fácil verificação, tenha sido excluída do contrato. Recurso não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia.” (REsp 319707/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2002, DJ 28/04/2003, p. 198)

A limitação ao valor do reembolso também encontra amparo na previsão contida no artigo 12 VI, da Lei nº 9.656/98, que rege os planos de saúde. Verbis:

“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.” (grifei)

A esse respeito o seguinte julgado:

“CONSUMIDOR. PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA. REEMBOLSO DE DESPESAS. ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA. ESTABELECIMENTO NÃO CREDENCIADO. Ressarcimento de acordo com a tabela do plano de saúde. Previsão contratual. Inteligência do art. 12, VI, da Lei nº 9656/98.” (TJDF; Rec 2007.01.1.019187-3;

Ac. 340.560; Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; Rel. Juiz Carlos Pires Soares Neto; DJDFTE 30/1/2009; Pág. 80). (grifei)

Por ser pertinente, vale transcrever parte do voto Ministro Castro Filho ao analisar caso semelhante:

“[...] não se pode dizer abusiva a cláusula contratual tão-somente porque vincula os consumidores à utilização de hospitais e médicos credenciados. Esse procedimento é da essência dos planos de saúde, que estabelecem contratos com médicos e hospitais, para viabilizar a prestação de serviços aos seus usuários. A menor ou maior quantidade de renomados médicos e hospitais conveniados constitui um diferencial dos planos e seguros de saúde. A contraprestação paga pelo consumidor é proporcional ao tipo de atendimento que escolhe.

Ao comentar a Lei n.º 9.656/98, que instituiu profundas mudanças nas regras para a saúde suplementar em nosso país, observa ARNALDO RIZZARDO que os planos de saúde, diversamente do que ocorre nos contratos de seguro, não objetivam a cobertura de eventos ou riscos ligados à saúde. Em verdade, prestam atendimento médico, hospitalar, ambulatorial e odontológico àqueles que aderem ao contrato, através de quadro próprio ou de uma rede conveniada, que é remunerada pelos serviços prestados.

Analisando os planos de assistência e seguro-referência, afirma que o artigo 12 da Lei n.º 9.656/98 prevê o reembolso “em todos os tipos de plano ou seguro, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário, titular ou dependente, com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização de serviços próprios, contratados ou credenciados pelas operadoras definidas no art. 1º (administradoras de planos e de seguros), de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo plano ou seguro, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega à operadora da documentação adequada.” (Arnaldo Rizzardo, Eduardo Heitor Porto, Sérgio Bergonsi Turra e Tiago Bergonsi Turra, Planos de Assistência e Seguros de Saúde, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1999, pág. 55). [...]”³ (grifei)

Do mesmo modo, esta Corte tem entendido que “as condições gerais do contrato contêm previsão no sentido de que o valor do reembolso obedecerá a uma tabela previamente definida pelo plano. A limitação, em tese, não se afigura abusiva, desde que o segurado seja previamente informado das tabelas praticadas, [...]” (Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.015303-4/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. Julgamento: 02/08/2010 Órgão Julgador: 3ª Turma Cível. Publicação: 05/08/2010. Nº Diário: 2251)

No mesmo sentido:

“Não demonstrada circunstância excepcional que possibilitasse o reembolso integral dos valores gastos com consultas médicas de profissional não-credenciado, exsurge o dever de ressarcimento adstrito ao montante consignado na tabela de honorários da operadora de plano de saúde.” (TJ/MS. Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.022381-5/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maranhão. Julgamento: 24/11/2009 Órgão Julgador: 1ª Turma Cível. Publicação: 27/11/2009. Nº Diário: 2095.)

“PLANO DE SAÚDE. ATENDIMENTO MÉDICO EMERGENCIAL EM HOSPITAL NÃO CREDENCIADO - ADMISSIBILIDADE. O SEGURADO PODERÁ

3 REsp 402727/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2003, DJ 02/02/2004, p. 333.

OBTER O REEMBOLSO DAS DESPESAS MÉDICAS E HOSPITALARES, QUANDO EM CASO DE URGÊNCIA OU EMERGÊNCIA, NÃO FOR POSSÍVEL A UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS CONVENIADOS. DANO MORAL, NO ENTANTO, INCABÍVEL. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A jurisprudência tem admitido o reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado somente em casos excepcionais, como por exemplo, inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação, etc. O reembolso deve ser parcial, vale dizer, valores equivalentes aos que seriam cobrados por hospital credenciado, a serem apurados em liquidação de sentença.” (TJSP; APL 994.05.041666-4; Ac. 4585383; São Paulo; Terceira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Jesus Lofrano; Julg. 29/6/2010; DJESP 29/7/2010). (grifei)

“RECURSO DE APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REALIZADO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO. TRATAMENTO DE URGÊNCIA. POSSIBILIDADE. REEMBOLSO DAS DESPESAS. DEVIDO. VALORES. TABELA. DANOS MORAIS. NÃO DEMONSTRADO. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. É devido o reembolso das despesas médicas e hospitalares efetuadas pelo paciente quando se conjugar a ocorrência de uma situação de urgência ou emergência. O reembolso dos valores gastos pela parte contratante deve ser o previsto na tabela da contratada, sob pena de desequilíbrio do contrato. Não há incidência de dano moral, se os fatos imputados se fundam em cláusula contratual.” (TJMT; APL 14655/2009; Sinop; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Guiomar Teodoro Borges; Julg. 17/6/2009; DJMT 27/7/2009; Pág. 28). (grifei)

Desse modo, possível a existência de cláusula que limita o valor do reembolso de tratamento médico realizado em centro não conveniado aos contidos em tabela própria do plano de saúde.

Diante do acima exposto, deve ser reformada a decisão recorrida para determinar que o reembolso das despesas efetivadas com o tratamento médico realizado pelo Sr. Antônio José do Carmo sejam limitadas aos valores praticados pelo plano de saúde ao qual era filiado.

2.2) Da configuração dos danos morais.

A Unimed Campo Grande também pleitea o afastamento da condenação por danos morais, fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ao determinar o pagamento da indenização assim considerou a juíza de primeiro grau:

“considerando o estado grave de saúde que se encontrava o usuário do plano de saúde, que acabou falecendo em razão do avanço da doença que lhe acometia, e as demais circunstâncias do caso, tal como a existência de garantia de atendimento imediato para os casos urgentes e emergenciais, resta evidente que a ré praticou ato ilícito ao não autorizar o tratamento médico em discussão” (fls. 907)

Contudo, *in casu*, conforme se extrai, inclusive, das alegações do recorrido, o plano de saúde não se negou a realizar o tratamento, pelo contrário, ele foi inteiramente assegurado pela Unimed Campo Grande, havendo a realização de diversos exames, procedimento cirúrgico, tratamentos quimioterápicos e radioterápicos.

Como já mencionado, o paciente continuou seu tratamento na cidade de São Paulo, no Hospital Sírio Libanês, sendo as despesas lá realizadas reembolsadas em obediência à tabela adotada pelo plano de saúde e de acordo com previsão contratual expressa.

A realização dos procedimentos sequer foram requeridos administrativamente e, depois de realizados sem a autorização prévia da Unimed, foi pleiteado o ressarcimento.

Portanto, contrariamente ao entendimento adotado na sentença, não houve recusa em prestar o tratamento do qual o paciente/conveniado necessitava.

O procedimento a ser seguido pela família do paciente para reaver os valores gastos no tratamento de saúde, seguindo exigências da seguradora, claro que caracterizam aborrecimento, mormente considerando a perda do ente querido acometido por grave doença. Mas que não transbordam a normalidade, ou ultrapassam o mero aborrecimento a que todos podem sofrer pela própria vida em sociedade.

Ademais, partindo-se da premissa de que a recusa ao ressarcimento integral do reembolso se deu, especialmente, em razão da existência de cláusula contratual redigida de forma clara e precisa, tem-se que não deve prosperar o pedido de indenização por danos morais, porquanto não foi ilegal.

Assim já se pronunciou o STJ:

“[...] A recusa de cobertura securitária fundada em cláusula contratual não gera dever de indenizar por danos morais. [...]” (AgRg no REsp 842.767/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 599)

Portanto, se o plano de saúde nega a restituir o valor integral de gastos com despesas médicas, com base em cláusula contratual, a recusa é fundada e não revela dever de indenizar danos morais.

2.3) Do valor fixado a título de danos morais.

Diante do afastamento da condenação ao pagamento de indenização por danos morais, fica prejudicado o pedido formulado pelo Espólio de Antônio José do Carmo para majoração do *quantum* estipulado em primeira instância.

3) Dos honorários.

Tendo em vista o provimento do recurso interposto pela Unimed Campo Grande, inverte os ônus sucumbenciais e condeno o espólio de Antônio José do Carmo ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação, qual seja, o montante a ser reembolsado respeitando-se a tabela adotada pelo plano de saúde, após a devida atualização, com fundamento nos artigos 20, §3º e 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

4) Dispositivo.

Em face do exposto, afasto as preliminares de cerceamento de defesa e de ilegitimidade passiva e **dou provimento** ao recurso interposto pela **Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico** para, em reformando a sentença de primeiro grau, limitar reembolso das despesas tidas com o tratamento médico realizado pelo Sr. Antônio José do Carmo aos valores da tabela adotada pelo plano de saúde ao qual era filiado e para afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Quanto ao apelo interposto pelo espólio de Antônio José do Carmo visando a majorar o *quantum* indenizatório, fica **prejudicado** o recurso, diante do afastamento da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DA UNIMED E JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO DE ESPÓLIO DE ANTÔNIO JOSÉ DO CARMO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abs Duarte, Josué de Oliveira e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 30 de outubro de 2012.

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança n. 0600098-09.2012.8.12.0000
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO COM BASE NO EXAME NACIONAL DE ENSINO MÉDIO – CANDIDATO MENOR DE 18 ANOS APROVADO EM VESTIBULAR DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR – CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO APONTAM DÚVIDAS ACERCA DA CAPACIDADE PARA AVANÇAR NOS ESTUDOS – ARTIGOS 205 E 208, V AMBOS DA CF/88 E ARTIGO 54, V, DO ECA – EXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM CONCEDIDA, COM O PARECER.

Em regra, a certificação no nível de conclusão do Ensino Médio ou Declaração de proficiência com base no ENEM são emitidas em favor do aluno que detém 18 anos de idade; excepcionalmente, demonstrada a capacidade excepcional de aproveitamento curricular, devem ser concedidas a certificação e a declaração de proficiência independentemente da idade cronológica.

O critério relacionado à idade do aluno se encontra superado por meio de inúmeros precedentes desta Egrégia Seção, nos quais se entendeu que o fator biológico não representa óbice para o acesso à educação, devendo ser priorizada a capacidade intelectual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 5 de novembro de 2012.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Dalila da Silva Nazal, qualificada nos autos, impetra Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pela Secretária de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul, Maria Milene Badeca da Costa, consubstanciado na recusa em fornecer o certificado de conclusão do ensino médio.

Aduz que está matriculada no terceiro ano do ensino médio da Escola Estadual Prof. Severino de Queiroz e que obteve as notas necessárias previstas na Portaria nº 4 de 11.12.2012, do Ministério da Educação, no ENEM; apenas não conseguiu o certificado de conclusão do ensino médio por não ter a idade mínima de 18 anos quando da realização da primeira prova do ENEM/2011.

Acrescenta que deverá realizar matrícula até 26.7.2012, necessitando, desse modo, do referido certificado, que lhe foi negado por não possuir 18 anos de idade.

Requer a concessão de liminar para que seja determinado à autoridade coatora a imediata expedição e entrega do certificado de conclusão do ensino médio em seu nome ou documentação equivalente, acaso não se entenda possível a determinação para a pronta entrega do referido certificado. E, ainda, pleiteia a concessão da justiça gratuita.

Pugna, ao final, pela concessão da segurança, tornando-a definitiva.

A liminar foi deferida às fls. 26/29.

O Estado de Mato Grosso do Sul, em conjunto com a Secretária de Educação prestou informações (fls. 37/65), alegando, em suma, que para fazer jus à emissão do certificado de conclusão do ensino médio, o aluno deve possuir 18 anos completos até a data da realização do ENEM; atingir o mínimo de 400 pontos em cada uma das áreas e, por fim, o mínimo de 500 pontos na redação, requisitos esses não preenchidos pela impetrante, uma vez que ela ainda não completou a idade mínima exigida.

Acrescenta que a ausência desses requisitos impossibilita a emissão do certificado, sob pena de contrariar as determinações impostas pelo Ministério da Educação (Portaria 807/10), pelo MEC (Portaria 16/11), bem como pelo artigo 90 da Deliberação CEE/MS n.º 9191/09.

A Procuradoria Geral de Justiça opina pela concessão da segurança (fls. 66/71).

VOTO

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

Dalila da Silva Nazal, qualificada nos autos, impetra Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pela **Secretária de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul, Maria Milene Badeca da Costa**, consubstanciado na recusa em fornecer o certificado de conclusão do ensino médio.

Aduz que está matriculada no terceiro ano do ensino médio da Escola Estadual Prof. Severino de Queiroz e que obteve as notas necessárias previstas na Portaria nº 4 de 11.12.2012, do Ministério da Educação, no ENEM; apenas não conseguiu o certificado de conclusão do ensino médio por não ter a idade mínima de 18 anos quando da realização da primeira prova do ENEM/2011.

Acrescenta que deverá realizar matrícula até 26.7.2012, necessitando, desse modo, do referido certificado, que lhe foi negado por não possuir 18 anos de idade.

Requer a concessão de liminar para que seja determinado à autoridade coatora a imediata expedição e entrega do certificado de conclusão do ensino médio em seu nome ou documentação equivalente, acaso não se entenda possível a determinação para a pronta entrega do referido certificado. E, ainda, pleiteia a concessão da justiça gratuita.

Pugna, ao final, pela concessão da segurança, tornando-a definitiva.

A liminar foi deferida às fls. 26/29.

O Estado de Mato Grosso do Sul, em conjunto com a Secretária de Educação prestou informações (fls. 37/65), alegando, em suma, que para fazer jus à emissão do certificado de conclusão do ensino médio, o aluno deve possuir 18 anos completos até a data da realização do ENEM; atingir o mínimo de 400 pontos em cada uma das áreas e, por fim, o mínimo de 500 pontos na redação, requisitos esses não preenchidos pela impetrante, uma vez que ela ainda não completou a idade mínima exigida.

Acrescenta que a ausência desses requisitos impossibilita a emissão do certificado, sob pena de contrariar as determinações impostas pelo Ministério da Educação (Portaria 807/10), pelo MEC (Portaria 16/11), bem como pelo artigo 90 da Deliberação CEE/MS n.º 9191/09.

A Procuradoria Geral de Justiça opina pela concessão da segurança (fls. 66/71).

O cerne da questão posta à apreciação reside em saber se a Secretaria do Estado de Educação está obrigada a emitir o certificado de conclusão do ensino médio, quando o candidato, mesmo não tendo completado 18 anos, houver atingido as notas mínimas no ENEM e sido aprovado em Instituição de Ensino Superior.

A matéria em análise já foi decidida recentemente (04.06.12), à unanimidade, por essa Egrégia Seção, no julgamento do mandado de segurança n.º 2012004607-2, de relatoria do Des. Divoncir Schreiner Maran, cujos fundamentos acolho como razão de decidir:

“Sobre o tema, o artigo 205, da Constituição Federal, traz em seu bojo a seguinte redação:

“A educação é direito de todos e dever do estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Por sua vez, o artigo 208, inciso V, da referida constituição estabelece que “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.

A norma infraconstitucional, ainda, assegura o respeito aos preceitos balizados na Magna Carta, senão vejamos, disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: [...] V - acesso aos níveis mais elevados de ensino, pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.

Observe-se que tanto a Constituição Federal como o ECA, referem-se à capacidade de cada um como dosador do acesso à educação, o que possibilita concluir que, será considerado o nível intelectual do aluno para que venha progredir no ensino.

Significa dizer que as normas constitucionais que tratam da matéria demonstram que a preocupação maior do legislador foi traçar determinações no sentido de não se restringir a educação, mas de garanti-la ao máximo, permitindo o acesso incondicional, sobretudo visando erradicar o analfabetismo e a ignorância, sendo inadmissível e intolerável qualquer discriminação no sentido de obstar o direito de pleno acesso à educação.

Dessa forma, o objetivo do ensino médio é preparar o aluno para acesso à universidade, com a finalidade de torná-lo apto à inserção no mercado de trabalho e garantir o sustento de uma vida digna.

Assim, a exigência imposta pela autoridade coatora afigura-se injustificável e totalmente descabida, revestindo-se de ilegalidade e abuso e, portanto, dando azo à concessão do writ, em especial, pela comprovação de violação a direito líquido e certo.

Ora, é desarrazoado atribuir à capacidade intelectual de uma pessoa o critério da idade ou duração mínima do ensino, por ser perfeitamente possível avaliar os seus conhecimentos por outros critérios, como é o caso dos autos, em que o impetrante obteve resultados consideráveis na avaliação do Exame Nacional do Ensino Médio, *demonstrando sua capacidade e aptidão para ingresso na faculdade*.

A jurisprudência uníssona desta Corte de Justiça não apresenta outra conclusão senão a de que o critério de idade/duração mínima do ensino, para fornecimento do certificado de conclusão do ensino médio é desproporcional, in verbis:

“MANDADO DE SEGURANÇA – EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO – CANDIDATA MENOR DE 18 ANOS APROVADA NO ENEM E EM VESTIBULAR – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM CONCEDIDA. Possui direito líquido e certo à concessão do certificado de antecipação de conclusão do 3º ano do ensino médio candidata aprovada no ENEM e no vestibular para universidade, ainda que não tenha 18 anos completos. (Mandado de Segurança - N. 2011.037147-7/0000-00 - Capital. Relator - Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. Julgamento: 16/02/2012)”.

“[...] Presentes os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, confirma-se a decisão que deferiu pedido liminar e determinou à autoridade impetrada, que emita certificado de conclusão do ensino médio ao impetrante, objetivando permitir-lhe a matrícula, ainda que em caráter provisório, no curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)” (Agravo Regimental em Mandado de Segurança - 2011.019143-9 15.8.2011 – TJMS – 3ª Seção Cível – Rel. Des. Josué de Oliveira – j.15/08/2011).

A pacificidade da questão impede uma maior incursão no processado, de maneira que, existindo malferimento ao direito líquido e certo do impetrante à educação e, tendo sido aprovado no Exame Nacional do Ensino Médio e na Faculdade, não se justifica a negativa do fornecimento do Certificado de Conclusão do Ensino Médio.”

Em face do exposto, com o parecer, concedo a segurança, para o fim de tornar definitivo o certificado de conclusão de ensino médio anteriormente concedido à impetrante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.
DECISÃO COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Sérgio Fernandes Martins e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 05 de novembro de 2012.

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento n. 0600875-91.2012.8.12.0000 - Camapuã
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AGRAVOS DE INSTRUMENTO – JULGAMENTO CONJUNTO – CONEXÃO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – CREDOR HIPOTECÁRIO – PEDIDO DE ADJUDICAÇÃO AINDA NÃO DECIDIDO – PRECLUSÃO LÓGICA – EXISTÊNCIA DE PEDIDO POSTERIOR INCOMPATÍVEL COM A ADJUDICAÇÃO – NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA – ALEGADA NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO A RESPEITO DA ALIENAÇÃO PROPOSTA POR TERCEIRO E DEFERIDA PELO JUIZ – IMPROCEDENTE – CREDOR INTIMADO EM OUTRAS OPORTUNIDADES E QUE INTEGRA O PROCESSO COMO TERCEIRO INTERESSADO – INAPLICABILIDADE DO ART. 698, DO CPC – ALIENAÇÃO POR PREÇO VIL – INOCORRÊNCIA – AVALIAÇÃO DO BEM, ATUALIZADA HÁ POUCO MAIS DE 01 (UM) ANO – LAPSO REDUZIDO – VALOR DA PROPOSTA DO TERCEIRO EQUIVALENTE A MAIS DE 60% DA AVALIAÇÃO – RECURSOS IMPROVIDOS.

Nos termos do que dispõe o art. 402, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, é possível o julgamento conjunto dos recursos, quando se tratar de processos conexos.

O pedido de adjudicação do bem penhorado, formulado pelo credor hipotecário, afigura-se acobertado pela preclusão lógica, diante da sua manifestação subsequente, referente ao pedido de reserva de valores na eventual alienação em hasta pública, diante da incompatibilidade deste último com a adjudicação.

Tratando-se de credor hipotecário que vem participando do processo desde que o imóvel hipotecado foi penhorado (na condição de terceiro interessado), não acarreta nulidade da decisão que não o intima do deferimento de alienação do bem por iniciativa de particular (art. 685-C, do CPC), porque o art. 698, do CPC, somente se aplica a quem não é, de qualquer forma, parte no processo.

Não caracteriza preço vil a alienação do bem por valor superior a mais de 60% (sessenta por cento) da avaliação, atualizada há pouco mais de 01 (um) ano. Precedentes do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª 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, 23 de outubro de 2012.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Trata-se de **Agravos de Instrumento**, ambos com pedido de efeito suspensivo, interposto por **Maurício de Barros Vaz** e por **Avelino Maschion e Maria Nadir Benatto Maschion**, irresignados com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara de Camapuã, que deferiu a alienação do bem imóvel, objeto dos autos do Cumprimento de Sentença nº. 0002263-36.2007.8.12.0006, ao proponente comprador, nos termos do § 2º, do art. 685-C, do CPC.

Nas suas razões recursais **Maurício de Barros Vaz** requer, em apertada síntese, que seja dado efeito suspensivo ao presente recurso, para o fim de suspender os efeitos da decisão agravada até o pronunciamento definitivo deste Sodalício, porquanto já havia requerido em outro processo (nº. 001.08.374468-2), que tramita perante a 2ª Vara Cível desta Capital, a adjudicação do mesmo imóvel rural.

Aduz, prefacialmente, que anterior à penhora dos 500 ha (quinhentos hectares) do imóvel de matrícula nº. 869, registrado no 1º Ofício de Registro Geral de Imóveis da Comarca de Camapuã-MS, em favor de **Francisco das Chagas de Siqueira Junior**, ora primeiro agravado, já constava o pedido de adjudicação de 388 ha (trezentos e oitenta e oito hectares) que foi dada em garantia ao recorrente por ser credor hipotecário de primeiro grau e sem concorrência de terceiros.

Ressalta por fim que, na qualidade de credor hipotecário, não teria sido intimado com relação a proposta de compra apresentada à f. 237, exigência do art. 619, do CPC, o que acarretaria a nulidade absoluta da alienação do referido bem.

O efeito suspensivo foi deferido (f. 388/389), mas não houve a necessidade de requisitar as informações ao juízo *a quo*.

Nas contrarrazões (f. 343/355), os agravados pugnam pelo improvimento do recurso.

Avelino Maschion e Maria Nadir Benatto Maschion, por outro lado, insurgem-se contra a decisão, em decorrência do valor da avaliação e dos eventuais prejuízos que teriam com a alienação do bem, requerendo a reforma da decisão.

VOTO

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

Trata-se de **Agravos de Instrumento**, ambos com pedido de efeito suspensivo, interposto por **Maurício de Barros Vaz** e por **Avelino Maschion e Maria Nadir Benatto Maschion**, irresignados com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara de Camapuã, que deferiu a alienação do bem imóvel, objeto dos autos do Cumprimento de Sentença nº. 0002263-36.2007.8.12.0006, ao proponente comprador, nos termos do § 2º, do art. 685-C, do CPC.

Nas suas razões recursais **Maurício de Barros Vaz** requer, em apertada síntese, que seja dado efeito suspensivo ao presente recurso, para o fim de suspender os efeitos da decisão agravada até o pronunciamento definitivo deste Sodalício, porquanto já havia requerido em outro processo (nº. 001.08.374468-2), que tramita perante a 2ª Vara Cível desta Capital, a adjudicação do mesmo imóvel rural.

Aduz, prefacialmente, que anterior à penhora dos 500 ha (quinhentos hectares) do imóvel de matrícula nº. 869, registrado no 1º Ofício de Registro Geral de Imóveis da Comarca de Camapuã-MS, em favor de **Francisco das Chagas de Siqueira Junior**, ora primeiro agravado, já constava o pedido de adjudicação de 388 ha (trezentos e oitenta e oito hectares) que foi dada em garantia ao recorrente por ser credor hipotecário de primeiro grau e sem concorrência de terceiros.

Ressalta por fim que, na qualidade de credor hipotecário, não teria sido intimado com relação a proposta de compra apresentada à f. 237, exigência do art. 619, do CPC, o que acarretaria a nulidade absoluta da alienação do referido bem.

O efeito suspensivo foi deferido (f. 388/389), mas não houve a necessidade de requisitar as informações ao juízo *a quo*.

Nas contrarrazões (f. 343/355), os agravados pugnam pelo improvimento do recurso.

Avelino Maschion e Maria Nadir Benatto Maschion, por outro lado, insurgem-se contra a decisão, em decorrência do valor da avaliação e dos eventuais prejuízos que teriam com a alienação do bem, requerendo a reforma da decisão.

Antes de adentrar no mérito do recurso, convém esclarecer que, uma vez observada a conexão entre o presente Agravo e o de nº 0600875.91.2012.8.12.0000, no qual são partes **Avelino Maschion e Maria Nadir Benatto Maschion (Agravantes)** e **Francisco das Chagas de Siqueira Júnior**, é possível o julgamento conjunto, para evitar provimentos jurisdicionais conflitantes, tendo em vista que ambos os recursos foram interpostos em face da mesma decisão interlocutória.

Essa hipótese encontra amparo na art. 402, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

“Art. 402. Os processos conexos deverão ser julgados em conjunto ou, se a hipótese comportar, simultaneamente; neste último caso, o original do acórdão será juntado a um dos processos e cópia autenticada será anexada aos demais, conforme determinar o relator.”

Como se vê acima, a pretensão recursal de **Avelino Maschion e Maria Nadir Benatto Maschion** refere-se ao valor da proposta feita pelo terceiro e à necessidade de nova avaliação, para evitar a alienação por preço vil.

No Agravo interposto por **Maurício de Barros Vaz**, o pedido refere-se à anulação/reforma da decisão que deferiu o pedido de alienação, possibilitando o exercício do seu direito de adjudicar o bem.

Assim, o recurso interposto por **Maurício de Barros Vaz** é mais abrangente, porque veicula pretensão que, se acolhida, resultaria na invalidação de atos de alienação do imóvel descrito nos autos.

Passa-se, desse modo, à análise das questões suscitadas pelas partes.

I – Da nulidade ante a ausência de intimação do credor hipotecário, arguida por Maurício Vaz

Segundo o recorrente, ele não foi intimado da proposta de alienação feita por terceiro, e que restou deferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara de Camapuã-MS.

De fato, a intimação não ocorreu, até porque os dispositivos do Código de Processo Civil mencionados pelo agravante tratam da cientificação do credor hipotecário, que não for parte na execução, em relação à alienação do imóvel hipotecado, e não de impedir o magistrado de deferir proposta de venda do bem, senão veja-se:

“Art. 619. A alienação de bem aforado ou gravado por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto será ineficaz em relação ao senhorio direto, ou ao credor pignoratício, hipotecário, anticrético, ou usufrutuário, que não houver sido intimado.”

“Art. 698. Não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo, e com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução.”

Os dois dispositivos legais acima transcritos deixam claro que o credor hipotecário deverá ser cientificado de que haverá a alienação, para que tome as medidas que entender necessárias, até porque, segundo a jurisprudência pacífica do STJ, a ausência de intimação do credor com garantia real, em relação à alienação, somente acarreta a ineficácia do ato em relação a ele.

Confira-se, a propósito, os seguintes julgados:

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IMÓVEL PENHORA. INDISPONIBILIDADE. ART. 53, § 1º, DA LEI 8.212/91. NOVA PENHORA EM OUTRO PROCESSO. POSSIBILIDADE. ARREMATACÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO CREDOR HIPÓTECÁRIO. EFICÁCIA DO ATO FRENTE AO EXECUTADO E AO ARREMATANTE. ALIENAÇÃO JUDICIAL DE BEM PENHORADO. LAPSO TEMPORAL RAZOÁVEL ENTRE A AVALIAÇÃO DO BEM E A HASTA PÚBLICA. REAVALIAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE. SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

1. A indisponibilidade de que trata o art. 53, § 1º, da Lei 8.212/91 refere-se à inviabilidade da alienação, pelo executado, do bem penhorado em execução movida pela Fazenda Pública, o que não impede recaia nova penhora sobre o mesmo bem, em outra execução. Precedentes.

2. Não há impedimento algum a que sobre o mesmo bem recaia nova penhora, desde que garantido o crédito da Fazenda Nacional. Precedentes.

3. A arrematação levada a efeito sem intimação do credor hipotecário é inoperante relativamente a este, não obstante eficaz entre executado e arrematante. Precedentes.

4. Decorrido considerável lapso temporal entre a avaliação e a hasta pública, a rigor deve-se proceder à reavaliação do bem penhorado.

Para tanto, porém, é imprescindível que a parte traga elementos capazes de demonstrar a efetiva necessidade dessa reavaliação. Exegese do art. 683, II, do CPC.

5. Recurso especial provido.” (REsp 1269474/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 13/12/2011)

Ademais, a interpretação dos artigos 619 e 698, ambos do CPC, leva à conclusão de que qualquer irregularidade somente poderá ser arguida na hipótese de a alienação do imóvel hipotecado haver sido realizada, e não do deferimento de medidas aptas à sua concretização.

De qualquer modo, verifica-se que, a despeito de toda a insurgência de Mauricio Vaz a respeito da validade da decisão que deferiu a alienação particular, verifica-se que a decisão agravada determinou a intimação dos eventuais credores hipotecários (f. 256 do processo nº 0600753-78.2012.8.12.0000), providência que cumpre fielmente o disposto no art. 698, do CPC.

Assim, desde que a intimação dos credores hipotecários ocorra em 10 (dez dias) antes da alienação (art. 698, CPC), não se pode falar em nulidade ou em ineficácia de eventual alienação do imóvel objeto da garantia.

Outrossim, a intimação do agravante seria necessária somente se ele não fosse parte na relação processual - mesmo que ele não seja o exequente -, o que não ocorre, porque o recorrente vem participando do processo há muito tempo, pois o exequente, Francisco das Chagas Siqueira Júnior, peticionou, requerendo a intimação do agravante (f. 118/119), sendo certo que a Carta Precatória remetida para Campo Grande foi cumprida, aos 18/08/2010 (f. 146/147)

O agravante se manifestou acerca da penhora, (f. 149/151), pedindo a declaração de nulidade do ato, o que foi indeferido (f. 170/172).

Mais adiante, o juízo determinou a intimação das partes acerca do 1º Leilão Eletrônico, onde consta expressamente o agravante como terceiro interessado (f. 216/217); novamente o agravante se manifestou nos autos, requerendo a reserva do produto da alienação, devido ao fato de ser credor hipotecário (f. 222/223).

O Ofício nº 1262/2011, de 22 de novembro de 2011 (f. 227/, informou ao Juízo da 2ª Vara Cível de Campo Grande sobre o resultado negativo da 1ª Hasta Pública e a designação da 2ª praça (28.11/2011), o qual também restou negativo (f. 230), sendo o agravante intimado, juntamente com as demais partes (f. 231/232).

Toda a movimentação processual acima exposta demonstra que o agravante tomou parte no processo em curso em Camapuã, na condição de terceiro interessado, acompanhando-o regularmente, e, mesmo ciente da designação de 02 (duas) oportunidades para a alienação do imóvel em hasta pública, **NÃO REQUEREU A ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL NO MOMENTO OPORTUNO**, apenas se manifestando a respeito de nulidade da penhora e da necessidade de resguardar parte do eventual crédito (f. 149/151 e 222/223).

Aliás, o pedido de reserva de valores sobre o produto da eventual alienação judicial do bem (f. 222/223), feita em outubro de 2011 (posterior ao pedido de adjudicação, referido no agravo e datado de 16/08/2011, f. 07 e 310/312), caracteriza preclusão lógica, porquanto a segunda manifestação é logicamente incompatível com a primeira.

Desse modo, verifica-se que, em primeiro lugar, a irresignação do recorrente no tocante ao seu direito em requerer a adjudicação – e a eventual incompatibilidade dessa situação com a venda por iniciativa de particular – encontra-se preclusa; em segundo, o fato de o agravante ser parte, no sentido processual, como terceiro interessado, no processo em curso na 2ª Vara de Camapuã, torna desnecessária a sua intimação específica a respeito da alienação deferida na decisão agravada.

Sobre esse tema, ensina a Araken de Assis:

“Tratando-se de bem gravado com direito real de garantia, porém, o art. 698 proibiu a realização da adjudicação ou alienação - “Não se efetuará...”-, sem que seja intimado, no mínimo com dez dias de antecedência, o credor, “que não seja de qualquer modo parte na execução”. [...]

Em outras palavras, a falta de intimação prévia gera a nulidade (relativa) da hasta pública.

Por outro lado, o art. 698 incide quando o credor hipotecário não for de “qualquer modo parte na execução”. **Assim, tendo se habilitado, voluntariamente ou por decorrência da intimação da penhora (art. 615, II), desnecessária se revela a segunda intimação, prevista no art. 698, e, a fortiori, descaber-lhe-á pleitear a dissolução do remate.**”¹

1 ASSIS, Araken. *Manual da execução* - 13. ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 886/887

Portanto, a nulidade alegada pelo agravante, sob qualquer ângulo, não está caracterizada.

II – Da insurgência quanto ao valor do bem – preço vil

No tocante à avaliação do bem, e a respectiva comparação com o valor ofertado pelo terceiro, para fins de alienação regulada pelos artigos 685-C, do CPC, a matéria é comum a ambos os agravos interpostos por Maurício Vaz e pelos devedores, Avelino Maschion e Maria Nadir Benatto Maschion.

De fato, a última avaliação do bem, utilizada na decisão recorrida (f. 254/256, proferida em 23/07/2012), atribui ao imóvel descrito nos autos o valor de R\$ 1.197.400,62 (um milhão, cento e noventa e sete mil, quatrocentos reais e sessenta e dois centavos), e o valor da proposta era equivalente a R\$ 754.000,00 (setecentos e cinquenta e quatro mil reais), numa proporção de mais de 60% (sessenta por cento).

E, conforme consta do edital de leilão de f. 211/214, o valor do bem avaliado nos autos, foi atualizado até 02/08/2011, ou seja, há pouco mais de 01 (um) ano; assim, não se configura lapso temporal suficiente para justificar razoável depreciação do bem, e a respectiva necessidade de nova avaliação, antes da alienação deferida pelo juiz *a quo*.

No mesmo sentido, é o entendimento pacificado do STJ, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À ARREMATACÃO. REPETIÇÃO DA AVALIAÇÃO APRETEXTO DE VALORIZAÇÃO DOS IMÓVEIS. IMPOSSIBILIDADE. TRANSCURSO DE MENOS DE DOIS ANOS ENTRE A DATA DA AVALIAÇÃO E A HASTA PÚBLICA. VALOR ATUALIZADO ANTES DO PRACEAMENTO. REDAÇÃO DO ART. 683, II, DO CPC ANTERIOR À REFORMA INTRODUZIDA PELA LEI N. 11.382/06.

I - Tendo em vista que o lance vencedor foi superior ao valor da avaliação dos imóveis, o qual foi atualizado na data do pracemento, não é de se admitir a desconstituição da arrematação, com a determinação de reavaliação dos bens, a pretexto da necessidade de adequação do preço à realidade de mercado, mormente em se considerando o período de estabilidade econômica que o país atravessa, bem como o fato de que, no momento oportuno, o laudo de avaliação foi devidamente impugnado pelos executados, que se conformaram com a decisão que não acolheu a impugnação.

II - Ademais, à época dos fatos, a redação do art. 683, II, do CPC só admitia a possibilidade de repetição da avaliação, na hipótese da verificação posterior de “diminuição” do valor dos bens, e não de sua “majoração”, o que só passou a ser permitido com a reforma introduzida pela Lei n. 11.382, de 6.12.06.

III - Recurso Especial provido.” (REsp 869.955/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 10/09/2010)

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À ARREMATACÃO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ERRO NA AVALIAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL. NECESSIDADE DO REEXAME DO QUADRO FÁTICO PROBATÓRIO. PREÇO VIL. AFASTAMENTO. VALOR DA ARREMATACÃO ACIMA DE 50%. REVISÃO.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Cuida-se de embargos à arrematação opostos pela executada, visando a decretação de nulidade da alienação do imóvel ante a tese de valor vil.

2. Quanto aos arts. 458 e 535 do CPC, a irresignação não merece amparo, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida. O Tribunal local apreciou os temas pertinentes ao deslinde da controvérsia de forma clara, expressa e motivada.

3. A avaliação da necessidade de produção de prova pericial implica, necessariamente, o reexame do acervo fático-probatório dos autos, vedada na via eleita, ante o óbice da Súmula 7/STJ. Dentre os precedentes: AgRg no Ag 1168231/PE, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2010.

4. No mais, o Tribunal de origem, ao analisar a demanda, assim registrou (fl. 504): “a executada restou intimada acerca da reavaliação do imóvel em tela (fls. 82v-83 da execução fiscal em apenso) quedando-se, contudo, inerte quanto ao valor aferido, qual seja, R\$ 375.000,00 (fl. 83), restando, assim, o imóvel arrematado por R\$ 310.000,00 (fl. 140), valor que não pode ser considerado vil”.

5. “Não compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, revisar as premissas fáticas que nortearam o convencimento das instâncias ordinárias quanto à inexistência de valorização de bem penhorado, para efeito da caracterização de preço vil” (REsp 921.603/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 26/10/2009) 5. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1147635/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 08/04/2011)

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ARREMATACÃO. DESATUALIZAÇÃO DO VALOR DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO LAUDO DE AVALIAÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL DE LEILÃO, NOS TERMOS DO ART. 13, § 1º, DA LEI N. 6.830/80. PEDIDO DE REMIÇÃO. EXTEMPORANEIDADE. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. ARREMATACÃO DO BEM EM VALOR SUPERIOR A 50% DE SUA AVALIAÇÃO. PREÇO VIL. INEXISTÊNCIA.

1. O acórdão recorrido interpretou os dispositivos tidos por afrontados a partir de argumentos de natureza eminentemente fática.

Logo, não há como aferir eventual violação sem que se reexamine o conjunto probatório dos presentes autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ, cuja incidência é indubitosa no caso sob exame.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que se caracteriza preço vil quando a arrematação não alcançar, ao menos, a metade do valor da avaliação.

3. In casu, como informam os próprios agravantes, o bem imóvel foi arrematado em valor equivalente a 60% do valor da última avaliação, afastando-se, assim, a configuração da arrematação por preço vil.

Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1308619/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 21/05/2012)

Portanto, não há elementos que corroborem a tese dos agravantes, relativamente à caracterização do preço vil em relação à proposta feita para a alienação, devendo ser mantida integralmente a decisão agravada.

Diante do exposto, nego provimento aos Agravos de Instrumento nº **0600753-78.2012.8.12.0000** (interposto por Maurício de Barros Vaz) e **0600875-91.2012.8.12.0000** (interposto por Avelino Maschion e Maria Nadir Benatto Maschion), mantendo integralmente a decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível de Camapuã, nos autos nº 006.07.002263-7 (Cumprimento de Sentença).

Traslade-se cópia do acórdão aos autos do Agravo nº 0600875-91.2012.8.12.0000 (processo digital).

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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Josué de Oliveira e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 23 de outubro de 2012.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0024311-82.1999.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – DECRETAÇÃO DE OFÍCIO – POSSIBILIDADE – INÉRCIA POR MAIS DE SEIS ANOS – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E SEGURANÇA JURÍDICA – INTIMAÇÃO PESSOAL DO ARQUIVAMENTO DOS AUTOS – DESPICIENDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A suspensão do feito executivo não pode ocorrer por prazo indeterminado, ao contrário, o entendimento jurisprudencial e doutrinário vem se consolidando na perspectiva de que a suspensão da execução por prazo superior ao da exigibilidade do direito importa prescrição intercorrente, sendo, inclusive possível a decretação de ofício. Inteligência do artigo 40, § 4º, da Lei n. 6.080/1980 e precedentes STJ.

Prescindível, ademais, a intimação pessoal do representante da Fazenda Pública sobre o deferimento do arquivamento dos autos quando o pedido é formulado pela própria Fazenda.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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 dezembro de 2012.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Município de Campo Grande apelou da sentença que, com espeque no artigo 269, inciso VI, do Código de Processo Civil e no artigo 40 da Lei de Execução Fiscal, extinguiu, com resolução de mérito, a **Ação de Execução Fiscal** proposta em desfavor de **Carlos Antonio Riedi**, face à prescrição.

Asseverou, inicialmente, que o processo ficou sem movimentação durante mais de três anos exclusivamente em razão do acúmulo de serviço judiciário, o que, a teor da Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça, impede seja reconhecida a prescrição em prejuízo do exequente.

Sustentou, em seguida, que a sentença contraria os artigos 234 do Código de Processo Civil e 25 da Lei nº 6.830/80, porque proferida sem a prévia intimação do exequente, gerando nulidade dos atos processuais.

Relatou, ainda, que “[...] a intimação é meio de comunicação de atos processuais, meio pelo qual se informa às partes de prática de algum ato processual para a devida participação, igualitária e efetiva, destas no processo, com fulcro nas restritas balizas dos Princípios Constitucionais da Isonomia, do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa [...]” (f. 81).

Terminou pedindo o provimento do recurso, nos termos de sua irresignação.

Por sua vez, o apelado, em contrarrazões (fs. 85-91), rebateu as razões do apelo e defendeu a manutenção da sentença.

VOTO

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

O Município de Campo Grande propôs este ação de execução fiscal em face de Carlos Antonio Riedi em 22 de outubro de 1999, objetivando o recebimento do crédito referente ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN dos exercícios de 1994, 1995, 1996, 1997 e 1998.

Expedido mandado de citação, o Oficial de Justiça certificou a impossibilidade de cumprimento, em razão da mudança do executado para Curitiba/PR (certidão de f. 11), o que deu causa à citação por edital (f. 17).

Ato contínuo, o exequente solicitou a suspensão do processo até localização de bens passíveis de constrição (f. 19), o que foi deferido pelo magistrado singular pelo prazo de um ano, a partir do qual, inerte o exequente, aquele deveria ser arquivado (f. 20). O exequente foi intimado da ordem à f. 20/verso.

Em 05 de março de 2007, foi certificado o decurso do prazo de um ano e o feito foi remetido ao arquivo (f. 21).

Desde então, o processo ficou paralisado até 03 de junho de 2011, oportunidade em que o exequente requereu a penhora do seu crédito pelo Sistema BACEN-Jud (f. 24).

Desse contexto, exsurge evidente que o exequente, ora apelante, não diligenciou para o prosseguimento da ação, uma vez que deixou transcorrer todo o período mencionado sem nenhuma providência, sem qualquer medida no sentido de localizar eventuais bens do devedor aptos a garantir a execução.

O **princípio da duração razoável do processo**, expressamente inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao acrescentar o inciso LXXVIII ao artigo 5º, impõe a observância do preceito para ambas as partes, de modo que não se deve sujeitar o executado a uma execução indefinida, com uma litispendência sem fim.

A suspensão, dessa forma, não pode ocorrer por prazo indeterminado, ao contrário, o entendimento jurisprudencial e doutrinário vem se consolidando na perspectiva de que a suspensão da execução por prazo superior ao da exigibilidade do direito importa prescrição intercorrente.

Como bem advertem Fredie Didier Junior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafale Oliveira,

“A celeridade da execução constitui medida imposta em vários sistemas processuais, a exemplo do que sucede em Nova York, onde os atos executórios devem ser concluídos em 60 (sessenta) dias, e em Portugal, onde a paralisação da execução por mais de 6 (seis) meses acarreta, até mesmo, a desconstituição da penhora. Daí parecer um pouco desarrazoado aceitar que a execução se mantenha suspensa por tempo indefinido, até, algum dia, aparecer ou localizar-se qualquer bem penhorável do executado. [...] Na

verdade, a paralisação da execução pela falta ou insuficiência de bens penhoráveis constitui uma falsa suspensão, pois, durante esse período, não é vedado ao juiz nem ao exequente praticar atos no processo. Muito pelo contrário: deve o exequente prosseguir na busca de bens penhoráveis, requerendo, até mesmo, que o juiz requisite informações à Receita Federal, ao sistema bancário, à Junta Comercial, à Secretaria da Fazenda etc” (in Curso de Direito Processual Civil. Execução. Volume 5. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 333).

Perfilham o raciocínio esposado a Corte Superior de Justiça e este Tribunal, a exemplo dos seguintes julgados:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – LEI 11.280/06 – DECRETAÇÃO DE OFÍCIO – POSSIBILIDADE. 1. Com o advento da Lei 11.280/06, tornou-se possível ao juiz decretar de ofício a prescrição. 2. Hipótese em que a Fazenda Municipal deixou transcorrer, in albis, mais de cinco anos, sem promover qualquer andamento no processo. 2. Agravo regimental não provido” (STJ. AgRg no Ag 1033755/MG, Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 22/09/2008) (grifo nosso)

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – VERIFICADA – IMPROVIDO. O instituto da prescrição visa proporcionar segurança jurídica às relações sociais, determinando a produção de efeitos jurídicos em decorrência do transcurso do tempo. O Código Civil fulmina direitos e pretensões, caso não exercidos ou postulados em determinado espaço de tempo. É a própria lei, em caráter excepcional, quem coloca a salvo alguns direitos, conferindo-lhes imunidade contra a prescrição, a exemplo dos direitos da personalidade. Regra geral, portanto, é a prescritibilidade das pretensões. Transcorrido o prazo de suspensão do processo, tem início a contagem da prescrição intercorrente, impondo-se a extinção do processo, depois de verificada a prescrição, considerando a inércia do credor” (TJ/MS. Apelação Cível n. 2010.003808-6. Relator Des. Sideni Soncini Pimentel. Quinta Turma Cível. Julgamento: 22.4.2010).

Destarte, considerando que se aplica à prescrição intercorrente o mesmo prazo prescricional disciplinado para a acionabilidade da pretensão em juízo e, conforme o artigo 174 do Código Tributário Nacional, este prazo é de cinco anos, evidente a fulminação pelo instituto da presente execução, inclusive, quando observada a prévia oitiva da Fazenda Pública, como determinado pelo artigo 40, § 4º, da Lei nº 6.830/1980.

Nessa senda, mais uma vez invocando a jurisprudência da Corte Superior de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 40, § 4º, DA LEI N. 6.830/80. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DA FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE SUPRIDA. PRINCÍPIOS DA CELERIDADE PROCESSUAL, INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E PAS DES NULLITÉS SANS GRIEF. INTIMAÇÃO DA DECISÃO QUE ARQUIVA O FEITO. DESNECESSIDADE. SÚMULA N. 314/STJ. RESPONSABILIDADE PELA DEMORA DA PRÁTICA DE ATOS PROCESSUAIS NA FORMA DA SÚMULA N. 106/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. PRECEDENTES. 1. É firme o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de configurar-se a prescrição intercorrente quando, proposta a execução fiscal e decorrido o prazo de suspensão, o feito permanecer paralisado por mais de cinco anos por culpa da exequente, podendo, ainda, ser decretada ex officio pelo magistrado, desde que previamente ouvida a Fazenda Pública, conforme previsão do art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80, acrescentado pela Lei n. 11.051/2004. 2. Conforme asseverado pelo Tribunal de origem, muito embora o juízo de primeiro grau não tenha intimado previamente a exequente, não houve qualquer prejuízo para a Fazenda Pública na hipótese. Dessa forma, em não havendo prejuízo demonstrado pela Fazenda Pública, não há que se falar em nulidade da sentença, e nem, ainda, em cerceamento de defesa,

o que se faz em homenagem aos princípios da celeridade processual, instrumentalidade das formas e *pas des nullités sans grief*. Precedentes. 3. É desnecessária a intimação da Fazenda Pública da suspensão da execução, bem como do ato de arquivamento, o qual decorre do transcurso do prazo de um ano de suspensão e é automático, conforme dispõe a Súmula 314 desta Corte. Nesse sentido: EDcl no Ag 1.168.228/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 20/04/2010. 4. A Primeira Seção desta Corte, em 09.12.09, quando do julgamento do REsp n. 1.102.431/RJ, de relatoria do Ministro Luiz Fux, pela sistemática do art. 543-C, do CPC, introduzido pela Lei dos Recursos Repetitivos, consolidou o entendimento já adotado por esta Corte no sentido de que a verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ. 5. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp 1156626 / GO, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 28/09/2010) (grifo nosso).

Finalmente, no que pertine à intimação do exequente, consoante entendimento também pacificado pelo Tribunal da Cidadania, ela é dispensável quando a suspensão do processo foi requerida pelo próprio exequente. A propósito, vejamos:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA DA DECISÃO QUE SUSPENDE E ARQUIVA O FEITO. PARALISAÇÃO POR MAIS DE CINCO ANOS. SÚMULA 314/STJ. 1. Caso em que o Tribunal de origem julgou extinto a execução fiscal, em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente, ante o transcurso do prazo de 7 anos entre o pedido de arquivamento dos autos e a manifestação da Fazenda Pública. 2. É despicienda a intimação da Fazenda Pública da suspensão por ela mesma requerida, bem como do arquivamento, pois este último decorre automaticamente do transcurso do prazo de um ano, conforme dispõe a Súmula 314/STJ, in verbis: ‘Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente’. [...] 4. Agravo regimental não provido” (AgRg no AREsp 232.083/PR. Primeira Turma. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento 9.10.2012. Publicação DJe 16.10.2012) (grifo nosso).

Portanto, não há como prosperar o recurso de apelação.

Posto isto, 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. Joenildo de Sousa Chaves

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

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

Campo Grande, 05 de dezembro de 2012.

1ª Câmara Cível**Agravo Regimental n. 0042835-10.2011.8.12.0001/50000 - Campo Grande****Relator Des. Divoncir Schreiner Maran**

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE SEGURO DE VIDA – CLÁUSULA LIMITATIVA DO DIREITO DO CONSUMIDOR OSTENSIVA E DESTACADA – COBERTURA EXCLUSIVAMENTE DA MORTE ACIDENTAL – EXCLUSÃO DA MORTE NATURAL – INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – PRECEDENTES DESTES SODALÍCIO E DO STJ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não havendo qualquer falha na informação prestada pela seguradora agravada, nem mesmo cláusulas contratuais ambíguas e obscuras suscetíveis de confundir o consumidor, não tem o agravante direito à indenização securitária, porque falecendo sua mãe em razão de um acidente vascular cerebral isquêmico (morte natural), impossível lhe estender a cobertura do seguro de vida relativo exclusivamente à morte acidental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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 novembro de 2012.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Adilson Alves Carneiro agravou regimentalmente da decisão monocrática deste Relator que negou seguimento ao recurso de apelação por ele interposto nos autos da **Ação de Cobrança** ajuizada em desfavor de **Bradesco Vida e Previdência S/A**.

Repetindo o que defendeu no recurso de apelação, alegou que a conclusão da decisão agravada viola o disposto no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor e contraria a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais, a cláusula limitativa do direito do consumidor deve ser clara e destacada, sob pena de não ser admitida.

Esclareceu, na sequência, que a proposta padrão do contrato de seguro de vida não foi elaborada de forma ostensiva, nem mesmo redigida pela genitora do agravante, o que evidencia que o objetivo desta era contratar a cobertura de todas as espécies de morte e não só a acidental.

Disse, ainda, que “[...] não há que se falar em não cobertura em caso de morte natural da segurada, pois lhe foi tolhido o direito à informação clara e adequada a respeito da contratação, pois conforme já dito

esta sempre achou que estava contratando um seguro de vida, e que no caso de falecimento independentemente da causa o seu filho receberia uma premiação de seguro” (f. 196).

Ao final, transcreveu integralmente decisão do Tribunal da Cidadania e rogou pelo provimento deste agravo regimental, para que o pedido formulado na exordial seja acolhido.

VOTO

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

A irresignação do agravante não merece acolhida, porque contraria o constructo jurisprudencial deste Sodalício e do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, sendo ostensiva e destacada a cláusula limitativa do direito do consumidor, não há qualquer abusividade na exclusão da morte natural da cobertura do seguro de vida.

Desta feita, subsistem os fundamentos da decisão singular no que tange à negativa de seguimento ao apelo, motivo porque os reitero:

“Adilson Alves Carneiro ajuizou Ação de Cobrança em face de Bradesco Vida e Previdência S/A, alegando, em resumo, que sua genitora, Maria Castro Carneiro, firmou com o requerido um contrato de seguro de vida, acreditando que todas as causas de morte seriam contempladas pela cobertura. Contudo, falecendo aquela em razão de um acidente vascular cerebral isquêmico, o requerente não conseguiu receber a indenização respectiva, porque somente os casos de óbito natural estavam previstos na avença.

Apontando a idade avançada e ingenuidade de sua mãe, bem assim a equivocada prestação de informações a ela, o requerente ajuizou a presente demanda, buscando a condenação da seguradora requerida, com espeque na legislação consumerista.

O julgador singular rejeitou o pedido inicial, contra o que se volta o recurso de apelação, que, entretanto, não comporta sucesso. Explico.

Compulsando detidamente os autos, colhe-se que não há qualquer falha na informação prestada pela seguradora requerida, nem mesmo cláusulas contratuais ambíguas e obscuras suscetíveis de confundir o consumidor. Em verdade, há um formulário no qual, das várias garantias abrangidas pelo contrato de seguro de vida (morte por qualquer causa; transplante de órgãos; morte acidental; invalidez permanente total ou parcial por acidente e assistência pessoal e assistência funeral), foram destacadas somente aquelas contratadas pela genitora do apelante, a saber, morte acidental e invalidez permanente total ou parcial por acidente.

Do documento colacionado à f. 16, a proposta de seguro de vida/acidentes pessoais, verifica-se que a discriminação do alcance do produto adquirido pela consumidora é ostensiva e destacada, improvável causar equívocos quanto à sua interpretação.

Destarte, não há como concluir que o apelante tenha direito à indenização securitária, porque, como já relatado, falecendo sua mãe em razão de um acidente vascular cerebral isquêmico, não há como se lhe estender a cobertura do seguro de vida relativo exclusivamente à morte acidental e, por isso mesmo, impossível afastar a conclusão da sentença.

É sabido que a decisão que se reporta a outra, que havia solucionado as mesmas questões apresentadas posteriormente, não gera nulidade, consoante ensinam Fredie Didier

Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

‘Tem-se admitido como válida a decisão em que o magistrado se reporta, em seus fundamentos, a um outro ato do processo (uma outra decisão ou um parecer, por exemplo). É a chamada motivação per relationem. [...] A motivação per relationem, contudo, deve ser vista como uma exceção, da qual o julgador em homenagem ao princípio da economia processual e desde que: a) não tenha havido suscitação de fato ou argumento novo, b) a peça processual à qual se reporta a decisão esteja substancialmente fundamentada, aplicando-se, ainda, tudo o que se disse até aqui sobre os fundamentos da própria decisão, c) a peça que contém a fundamentação referida esteja nos autos e que a ela possam ter acesso as partes’ (apud Curso de Direito Processual Civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Volume 2. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 298-299).

Nesta mesma senda é a decisão do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

‘PROCESSUAL CIVIL E DIREITO ECONÔMICO. RECURSO ESPECIAL. [...] ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE REPORTA A OUTROS JULGADOS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. PRECEDENTES. [...] II) É válido o acórdão fundamentado em outros julgados devidamente identificados. Seria nulo apenas se ausente a motivação (art. 458, II do CPC). Múltiplos precedentes desta Corte. III) Recurso especial conhecido, mas improvido. Decisão unânime’ (REsp 162.697/MG. Primeira Turma. Relator Ministro Demócrito Reinaldo. Julgamento 6.8.1998. Publicação DJ 26.10.1998 p. 34).

Assim, em razão da propriedade da fundamentação da sentença e da fragilidade dos argumentos apresentados no recurso de apelação, reporto-me àquela como razão de decidir, até mesmo para evitar a repetição desnecessária da mesma conclusão:

‘Trata-se de ação de cobrança em que o autor pleiteia o recebimento do prêmio do seguro contratado por sua genitora, a qual veio a óbito. Argumenta que, administrativamente, o réu se negou ao pagamento, haja vista a não contratação para mortes naturais, mas somente para morte acidental, o que não ocorreu no caso. Aduz, ainda, o autor que o funcionário do réu agiu com má-fé, fazendo com que sua genitora acreditasse que a cobertura era total.

As questões controvertidas nos autos resultam em saber a extensão da cobertura do seguro e as circunstâncias da contratação.

Com relação ao contrato, extrai-se dos documentos de f. 16/18 que a apólice, de fato, não cobre casos de morte natural, tal qual a decorrente de acidente vascular cerebral, como ocorreu na hipótese dos autos, uma vez que se cuida de morte natural e não morte acidental.

A certidão de óbito de f. 10 é clara ao referir que a causa da morte da segurada foi natural. Com efeito, o acidente vascular cerebral – AVC – consiste em um mal súbito, portanto, não produzido por causas externas, e, conseqüentemente, não coberto pelo seguro em questão, conforme se depreende da análise da apólice juntada aos autos.

Em análise à referida apólice (f. 16), vê-se somente a cobertura por morte acidental e invalidez permanente total ou parcial por acidente. Assim, inexistindo no contrato de seguro previsão de indenização para morte natural, limitando-se a apólice à cobertura de morte e acidentes pessoais, não pode a Seguradora, ora ré, ser compelida ao cumprimento de obrigação não contratada, sob pena de extrapolar os limites da apólice.

Nesse sentido, eis os julgados abaixo colacionados:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA. COBERTURA POR MORTE OU INVALIDEZ APENAS NA FORMA ACIDENTAL. ÓBITO DO SEGURADO DECORRENTE DE ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL HEMORRÁGICO. COBERTURA NEGADA, POR NÃO ABRANGÊNCIA DO SEGURO PARA MORTE NATURAL. Tendo restado comprovado que o plano de seguro contratado prevê a cobertura apenas para morte acidental e invalidez por acidente, não pode a apelada ser compelida ao pagamento de indenização às beneficiárias em decorrência da morte natural do segurado, tendo em vista tratar-se de risco não assumido. DANO MORAL. Quanto ao pedido de dano moral, a sentença igualmente vai mantida, pois não há demonstração de qualquer ato abusivo ou excessivo por parte da requerida a ensejar o direito a indenização postulado pelas requerentes. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70010780526, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 11/05/2006).

APELAÇÃO CÍVEL – APÓLICE DE SEGURO DE VIDA POR MORTE ACIDENTAL – AÇÃO DE COBRANÇA C/C DANOS MORAIS – MORTE NATURAL – AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS – COBERTURA SOMENTE PARA MORTE ACIDENTAL – INOCORRÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Contratado apenas o seguro por morte acidental, não há falar em obrigação da seguradora em indenizar o segurado quando a morte é decorrente de causa natural, por causa indeterminada. (TJMS - Segunda Turma Cível – Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.027436-2/0000-00 - Campo Grande - Relatora - Exma. Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges). Grifou-se.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – MORTE NATURAL – MORTE ACIDENTAL – COBERTURA – INDENIZAÇÃO LIMITADA AOS RISCOS PREDETERMINADOS – INTELIGÊNCIA DO ART. 757 CC – RECURSO PROVIDO. Descabe ao segurador a obrigação de indenizar o segurado sobre os riscos não predeterminados na apólice, consoante o disposto no artigo 757 do CC. A morte acidental é aquela que decorre de evento súbito, com data caracterizada, exclusiva e diretamente externo, involuntário e violento. A morte natural é caracterizada pelo falecimento da pessoa por qualquer outra causa que não a acidental. Incluindo-se nessa cobertura os acidentes clínicos inerentes à área médica, entre elas o AVC – acidente vascular cerebral. Contratada apenas a garantia por morte acidental, não há falar em obrigação da seguradora em indenizar o segurado quando a morte é decorrente de causa natural. (TJMS - Terceira Turma Cível - Apelação Cível - Sumário - N. 2005.005736-5/0000-00 - Campo Grande - Relator - Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli). Grifou-se.

Ademais, constata-se que o contrato de seguro firmado foi lícito e o objeto pactuado claro, inexistindo possibilidade de interpretação ampliativa, sendo o seguro devido somente em caso de morte acidental, não podendo ser dado mais do que o objeto determinado.

Ainda que se cuide, no caso, de relação de consumo, aplicando-se as normas oriundas do Código de Defesa do Consumidor, trata-se de contrato de seguro, segundo o qual o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados (Código Civil, artigo 757).

Do mesmo modo que se exige do segurado firmar declarações verdadeiras e completas, sob pena de perder o direito à garantia, diante de inexatidões ou omissões circunstanciais, (CC, art. 766), obriga-se ao contratante a inserção de cláusulas em conformidade com os exatos limites da avença.

Prevalece, portanto, a regra da interpretação restrita do contrato de seguro, o que reforça o dever da seguradora de especificar seu objeto e os limites da proposta e da

apólice, definindo os eventos passíveis de cobertura, sempre com vistas na exclusão de obscuridades e ambiguidades, o que foi respeitado no presente caso.

Não obstante a alegação do autor no sentido de que houve má-fé na celebração do contrato, verifica-se que as cláusulas são claras, inteligíveis e estão redigidas com o destaque necessário, sendo perfeitamente compreensível para a pessoa que o celebrou.

Quanto à interpretação restritiva, nos termos dos artigos 1432 e 1460 do Código Civil, J. M. Carvalho Santos, em sua obra, Código Civil brasileiro interpretado, 9. ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1977, vol. 19, p. 370, leciona: 'Extensão dos riscos do seguro. A responsabilidade do segurador fica restrita ao risco assumido, isto é, ao risco previsto no contrato.'

Nem outra coisa poder-se-á deduzir do artigo 1.432, ao conceituar seguro, quando se refere à obrigação de 'indenizar-lhe o prejuízo resultante de riscos futuros previstos no contrato'.

Destarte, somente os riscos efetivamente assumidos pela ré é que a obrigam a indenizar, não se podendo dilargar o campo limitado das cláusulas do seguro contratado entre as partes, para beneficiar o autor. No caso, repise-se que obrigou-se a ré somente pelos riscos morte e invalidez total permanente, e em nenhum desses dois eventos se enquadra o autor.

Outrossim, não se vê no CDC nenhuma vedação à inserção de cláusula limitativa nos contratos, exigindo apenas que da limitação esteja bem ciente o consumidor, tal como se verifica no caso dos autos.

Nesse passo, a insurgência do autor não deve prosperar, uma vez que não demonstrada a má-fé por parte do preposto da seguradora, além da ausência de cobertura do seguro nos termos pretendidos na inicial. No mesmo sentido, vide o julgado a seguir transcrito:

CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.460 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. COBERTURA DE DANO NÃO CONTRATADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. APOSENTADORIA CONCEDIDA PELO INSS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. A interpretação do contrato de seguro deve ser restritiva, principalmente quanto aos riscos cobertos e o prêmio, porque esses guardam estreita relação entre si. Se a prova pericial conclui que o segurado não é portador de doença que se inclui no rol daquelas previstas no contrato de seguro de vida em grupo, a cobrança torna-se indevida. A aposentadoria concedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social não guarda qualquer vínculo com o contrato de seguro privado. (TJMG Número do processo: 2.0000.00.470686-9/000)' (fs. 145-150) (grifos do autor).

Finalmente, apenas para reforçar o que esposado anteriormente, cito julgados do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, senão vejamos:

'CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE COBRANÇA. DANOS MORAIS. SEGURO DE VIDA. CONTRATO. MORTE ACIDENTAL OU INVALIDEZ POR ACIDENTE. ÓBITO. MORTE NATURAL. NÃO INCLUSÃO NO CONTRATO. INDENIZAÇÃO INCABÍVEL. ALEGAÇÃO DE CLÁUSULA AMBÍGUA. INOCORRÊNCIA. REEXAME. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO' (STJ. AgRg no Ag 1058232/SC. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgamento 20/11/2008. Publicação DJe 15.12.2008) (grifo nosso).

‘APELAÇÃO CÍVEL – APÓLICE DE SEGURO DE VIDA – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURADO CUJA MORTE DECORRE DE ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL – MORTE NATURAL – COBERTURA INEXISTENTE – RECURSO IMPROVIDO. A morte natural é caracterizada pelo falecimento da pessoa por qualquer outra causa que não a acidental, conceituada esta como aquela que decorre de evento súbito, com data caracterizada, exclusiva e diretamente externo, involuntário e violento. Contratada apenas a garantia por morte acidental, não se há falar em obrigação da seguradora em indenizar o segurado quando a morte é decorrente de causa natural, no caso o acidente vascular cerebral’ (TJ/MS. Apelação Cível nº 2012.001152-9/0000-00 - Campo Grande. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Julgamento 16.2.2012) (grifo nosso)” (fs. 145-150).

Posto isso, nego provimento ao regimental.

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. Divoncir Schreiner Maran.

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

Campo Grande, 14 de novembro de 2012.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0051574-69.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE LOCAÇÃO – ALUGUERES – FIANÇA – FALTA DE ANUÊNCIA DO GARANTE – PRORROGAÇÃO DO CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO – CLÁUSULA DE RESPONSABILIDADE DO FIADOR ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES – IMPOSSIBILIDADE DE EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA DO FIADOR – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 214 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PRECEDENTES – RECURSO NÃO PROVIDO.

Constando cláusula expressa no contrato de locação prevendo que a responsabilidade do fiador perdurará até a efetiva entrega das chaves do imóvel locado, não há falar em desobrigação automática deste pelo período em que houve a prorrogação tácita do contrato por prazo indeterminado, nos termos do entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Inaplicabilidade da Súmula 214 do Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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 outubro de 2012.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Gilberto Muniz apela da sentença que julgou improcedente os **Embargos à Execução** opostos em desfavor de **Alexandre Antonio Fialho Canale**.

Argumenta, em síntese, que na qualidade de fiador do contrato de locação, prestou fiança apenas pelo prazo certo e determinado de um ano, período compreendido entre 01 de agosto de 2000 a 30 de julho de 2001, sendo que a prorrogação do contrato se deu sem o seu consentimento, motivo pelo qual, nos termos da Súmula nº 214 do Superior Tribunal de Justiça, não pode responder por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.

Salienta que a previsão contratual de que a obrigação do fiador perduraria até a efetiva entrega das chaves deve ser interpretada restritivamente, de acordo com a boa-fé objetiva, ainda mais se no contrato não existir cláusula prevendo a prorrogação da avença.

Defende que “a expressão “até a entrega das chaves” deve ser interpretada no sentido de que o fiador responda solidariamente pelas obrigações assumidas pelo locatário até a entrega das chaves pelo prazo previsto no contrato de locação [...]”. (sic. f. 76)

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, para que seja desonerado do pagamento de alugueis posteriores ao contrato de locação.

Às f. 85-90, o apelado apresentou resposta, enfrentando os fundamentos do recurso, defendendo ao final o seu improvimento.

VOTO

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

Cuidam os autos acerca de Embargos de Terceiro opostos por Gilberto Muniz em face de Alexandre Antônio Fialho Canale, pretendendo obter a declaração de inexigibilidade do título objeto da Ação de Execução de Título Extrajudicial nº 0102727-25.2003.8.12.0001, ao argumento de que a prorrogação da fiança prestada por prazo certo no contrato de locação, se deu sem o seu consentimento, o que seria vedado pela Súmula nº 214 do Superior Tribunal de Justiça.

Sem razão o apelante.

Consoante se extrai dos autos, mais precisamente no Contrato de Locação de fls. 23-26, verifica-se que o apelante, dentre outros encargos assumidos como fiador, responsabilizou-se pelo adimplemento dos alugueis até a efetiva entrega das chaves do imóvel locado.

Referida obrigação, consta na Clausula 14ª do Contrato de Locação, a saber:

“Cláusula Décima Quarta – Assinam também este contrato como FIADORES e principais pagadores, solidariamente como LOCATÁRIO, por todas as obrigações assumidas no presente contrato: GILBERTO MUNIZ [...], os quais como co-obrigados principais, renunciam ao benefício a que se refere o art. 1.491 do Código Civil, bem como os previstos nos artigos 1.500 e 1.503, I e III, do mesmo Código e aos artigos 595 do Código de Processo Civil, reconhecendo como fiadores que suas responsabilidades perduração até a entrega real e efetiva das chaves do imóvel, e, bem assim, que se sujeitam a serem cobrados por via de Ação de Execução por Título de Dívida Líquida e Certa Extra-Judicial, representada pelos recibos de aluguel e das despesas correlatas [...]”. (g.n.)

Logo, não há falar em aplicabilidade da Súmula nº 214 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto ao prestar fiança, mediante cláusula expressa, até a entrega das chaves, sem desonerar-se mediante notificação resilitória ao locador, nos termos do artigo 835 do Código Civil de 2002 e artigo 40, IV, da Lei do Inquilinato nº 8.245/91, responde solidariamente pelo pagamento dos alugueis e acessórios inadimplidos, até a efetiva entrega do imóvel.

O tema há muito está pacificado na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - LOCAÇÃO - EXECUÇÃO - TÍTULO EXTRAJUDICIAL - EMBARGOS - FIANÇA - PRORROGAÇÃO DO CONTRATO - SÚMULA 214/STJ - INAPLICABILIDADE - DECISÃO AGRAVADA

MANTIDA – IMPROVIMENTO. 1 - O entendimento adotado pelo Tribunal de origem encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, havendo no contrato de locação cláusula expressa prevendo a responsabilidade do fiador até a entrega definitiva das chaves ao locador, esse responde pelas obrigações contratuais decorrentes da prorrogação do contrato até a efetiva entrega das chaves do imóvel. Precedentes. 2 - Os Agravantes não trouxeram nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 12.396/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 09/09/2011) (g.n.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO FIADOR. CLÁUSULA EXPRESSA DE RESPONSABILIDADE ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES. RESPONSABILIDADE DO GARANTE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A egrégia Terceira Seção, nos EREsp 566.633/CE, decidiu que, havendo no contrato locatício cláusula expressa de responsabilidade do garante até a entrega das chaves, responde o fiador pelos débitos locatícios subsequentes à prorrogação do contrato, a menos que se tenha exonerado na forma do art. 1.500 do CC/16 ou do art. 835 do CC/2002, a depender da época da avença. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 36.618/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012) (g.n.)

APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE LOCAÇÃO – FIANÇA – FALTA DE ANUÊNCIA DO GARANTE – PRORROGAÇÃO DO CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO – CLÁUSULA DE RESPONSABILIDADE DO FIADOR ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES – IMPOSSIBILIDADE DE EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA DO FIADOR – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Constando cláusula expressa no contrato de locação prevendo que a responsabilidade do fiador perdurará até a efetiva entrega das chaves do imóvel locado, não há falar em desobrigação automática deste pelo período em que houve a prorrogação tácita do contrato por prazo indeterminado, nos termos do entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça. (TJ/MS. Quinta Câmara Cível. N. 2012.007445-9/0000-00. Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva. DJ. 21.06.2012) (g.n.)

APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE LOCAÇÃO – FIANÇA – FALTA DE ANUÊNCIA DO GARANTE – PRORROGAÇÃO DO CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO – CLÁUSULA DE RESPONSABILIDADE DO FIADOR ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES – IMPOSSIBILIDADE DE EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA DO FIADOR – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Constando cláusula expressa no contrato de locação prevendo que a responsabilidade do fiador perdurará até a efetiva entrega das chaves do imóvel locado, não há falar em desobrigação automática deste pelo período em que houve a prorrogação tácita do contrato por prazo indeterminado, nos termos do entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça. (TJ/MS. Primeira Turma Cível. N. 2011.029426-1/0000-00. Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves. DJ. 07.12.11) (g.n.)

Por essas razões, não há falar em desoneração da fiança. A sentença, portanto, é escoreita e não comporta modificações, devendo ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Isso 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. Divoncir Schreiner Maranhão.

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

Campo Grande, 10 de outubro de 2012.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0037986-29.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – PRELIMINAR REJEITADA.

Não há cerceamento de defesa pelo julgamento no estado em que se encontra o processo se a produção de prova testemunhal e outras eram desnecessárias à vista do extrato probatório já constante dos autos, advindos com a inicial e com a defesa. Preliminar rejeitada.

DIREITO CIVIL – DIREITO DAS FAMÍLIAS – DANO MORAL – ABANDONO AFETIVO DO FILHO – PAIS SEPARADOS – DIREITO DO FILHO AO CONVÍVIO FAMILIAR, NELE INCLUÍDO O DIREITO DE VISITAÇÃO POR PARTE DO PAI NÃO DETENTOR DA GUARDA – DEVER DO PAI DE VISITAR O FILHO – FALTA INESCUSÁVEL – OMISSÃO QUE SE APROXIMA DO DOLO – ABALO PSICOLÓGICO QUE INFLUI NEGATIVAMENTE NA FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE DO FILHO, DECORRENTE DA AUSÊNCIA DO PAI – INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO QUE EVIDENCIA A EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL – DEVER DE INDENIZAR O DANO MORAL OCACIONADO AO FILHO – SENTENÇA REFORMADA – PEDIDO JULGADO PROCEDENTE – RECURSO PROVIDO.

O nascimento de uma criança impõe grande responsabilidade aos pais, os quais assumem, com o seu nascimento, e independentemente de conviverem sob o mesmo teto, não só o dever de guarda, e os descritos nos artigos 229 da Constituição Federal, 21 e 22 do ECA, 1.632, 1634 e 1636, do Código Civil, como, também, os de amparo, manutenção em sua companhia, sustento e educação, que estão implícitos na noção de paternidade e maternidade.

Para além desses valores, contudo, está o direito da criança e do adolescente à convivência familiar, assim compreendido o plexo de relações que unem pais e filhos em razão do amor, do afeto, do companheirismo, da educação, independentemente de estar a família vivendo sob um mesmo teto ou serem os pais separados, detendo um deles a guarda e o outro o direito de visita ou, ainda, a guarda compartilhada.

É em razão da convivência familiar que os pais, em conjunto ou separadamente, não importa, transmitem aos seus filhos conceitos, valores morais, religiosos, culturais, familiares, regras de trato social e conhecimentos práticos da vida, decorrentes da experiência de uma geração sobre a outra, os quais são essenciais na formação da personalidade da criança.

A infinitude permanente da vida entre pai e filho, que personifica uma das diversas nuances da convivência familiar, torna-se capital na formação da personalidade e do caráter do infante, da criança ou do adolescente. A convivência familiar ininterrupta e saudável, aí considerada a presença do pai na vida do filho, com todos os elementos que essa presença carrega em si mesma, é direito fundamental da criança ou do adolescente, constituindo-se em abuso moral o descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental.

Muito mais do que a omissão culposa, é ato doloso, posto que intencional, portanto abjeto, vil e ignóbil, repudiado pelo direito e pelo sistema - que objetiva ampla proteção à criança e ao adolescente, a partir da Constituição Federal (arts. 227 e 229) - o ato do pai não detentor da guarda de se recusar a visitar e conviver com o filho, negando-lhe o amparo afetivo e o direito de visitação de que este é detentor.

O pai que não tem a guarda não tem apenas o direito de visitar o filho formalmente, mas principalmente o dever de assim agir. O direito de visitação é um direito inalienável e impostergável cuja titularidade pertence ao filho e deve ser assegurado em seu favor e em seu benefício.

Se o pai, sem qualquer causa ou justificativa, assim não procede, deixando de visitar o filho e de tê-lo em sua companhia quer nos períodos regulares, quer a qualquer tempo, mantendo-o distante por longos anos, ocasionando-lhe danos psicológicos graves que comprometem sua personalidade e sua formação moral, comete ato ilícito, de violação do direito fundamental da personalidade do filho.

A consequência jurídica é a imposição do dever de reparar o dano moral que sua omissão, que tangencia o dolo, ocasiona ao menor.

Negar o afeto é negar um direito fundamental, é ofender a integridade e a dignidade do filho, ser humano em processo de formação da personalidade, na medida em que a presença regular e concreta do pai em sua vida é essencial e indispensável ao seu pleno desenvolvimento rumo à maturidade, formação pessoal, social e moral.

Sentença reformada para julgar procedente o pedido de indenização por dano moral.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de outubro de 2012.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

H. E. F. D. S., menor impúbere devidamente representado por sua genitora, S. R. D. S. F. e K. R. F. D. S., interpõem apelação cível às fls. 254/272, insurgindo-se contra a sentença de fls. 233/235 do douto juízo da 3ª Vara de Família da comarca de Campo Grande/MS, que julgou improcedente o pedido formulado pelos apelantes na ação de indenização por danos morais n. 0037986-29.2010.8.12.0001, proposta em desfavor de A. F. D. S.

Relatam que a pretensão de indenização está fundada no **abandono afetivo** por parte do apelado, pai dos apelantes, em decorrência da dissolução da união estável em agosto de 2005.

Suscitam, preliminarmente, a nulidade da sentença em razão do cerceamento de defesa, uma vez que requereram a produção de prova testemunhal, pericial e a juntada de novos documentos para provar “*o nexo causal entre as atitudes praticadas pelo apelado e o real abalo físico e moral aos apelantes*”(fl. 259).

Aduzem que o abandono afetivo e a alienação parental se iniciou ainda no convívio comum da família, agravando-se quando, 45 dias após o nascimento de seu segundo filho, o apelado deixou o lar para se mudar para a cidade de Cuiabá/MT, assumindo relação extraconjugal, e a partir daí nunca mais visitou seus filhos.

Sustentam que, por vezes, o autor K. ligava no celular do pai/apelado e este não o atendia ou informava que estava ocupado e não poderia falar.

Afirmam que, ao contrário do que argumentou o apelado, a genitora deles jamais proibiu qualquer contato com o pai, tanto que, por duas vezes, K. foi até a cidade de Cuiabá para visitá-lo.

Salientam que, “*conforme demonstrado nos autos, na primeira vez no ano de 2007 ao chegar à mencionada cidade, o apelante K. ligava para seu pai, o qual não podia permanecer em sua companhia e ainda, o alojava em hotel e entregava valores ínfimos para que o mesmo fizesse suas refeições sozinho em uma shopping da cidade*” (f. 268).

Outrossim, quanto ao segundo apelante, H., sustentam que o pai/apelado saiu de casa quando o mesmo tinha 45 dias de vida e nunca mais procurou vê-lo, sendo que somente após 5 anos encontraram-se por acaso em um Shopping situado no Paraguai, ocasião em que foram apresentados por sua genitora, permanecendo juntos por menos de 10 minutos.

Salientam que o apelado omitiu-se quanto a qualquer obrigação emocional, utilizando como argumento o fato de que já pagava pensão alimentícia fixada em juízo, mas é certo que a obrigação de pai vai muito além da mera obrigação financeira.

Ainda, afirmam que “*o apelante K, diversas vezes descobriu a presença do pai na cidade e ligou para saber se o encontraria, sendo que obtinha como resposta ‘estou ocupado’ ou ainda ‘estou cuidando da minha vida’.*” (fl. 269)

Observam que os documentos juntados aos autos comprovam que os apelantes sofrem com abalos morais pela conduta do pai, inclusive com internações em clínicas psiquiátricas, diagnósticos de depressão e déficit de atenção.

Requerem a declaração de nulidade da sentença e, sucessivamente, a reforma do *decisum* para condenar o apelado ao pagamento da indenização pleiteada.

Regularmente intimado, o apelado apresentou contrarrazões às fls. 278/282.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer às fls. 286/289, opinando pelo conhecimento e provimento parcial da presente apelação cível, reconhecendo-se a nulidade da sentença objurgada e determinando-se o retorno dos autos ao juízo de origem, para que proceda à instrução processual. H. E. F. D. S., menor impúbere devidamente representado por sua genitora, S. R. D. S. F. e K. R. F. D. S., interpõem apelação cível às fls. 254/272, insurgindo-se contra a sentença de fls. 233/235 do douto juízo da 3ª Vara de Família da comarca de Campo Grande/MS, que julgou improcedente o pedido formulado pelos apelantes na ação de indenização por danos morais n. 0037986-29.2010.8.12.0001, proposta em desfavor de A. F. D. S.

Relatam que a pretensão de indenização está fundada no **abandono afetivo** por parte do apelado, pai dos apelantes, em decorrência da dissolução da união estável em agosto de 2005.

Suscitam, preliminarmente, a nulidade da sentença em razão do cerceamento de defesa, uma vez que requereram a produção de prova testemunhal, pericial e a juntada de novos documentos para provar “*o nexo causal entre as atitudes praticadas pelo apelado e o real abalo físico e moral aos apelantes*”(fl. 259).

Aduzem que o abandono afetivo e a alienação parental se iniciou ainda no convívio comum da família, agravando-se quando, 45 dias após o nascimento de seu segundo filho, o apelado deixou o lar para se mudar para a cidade de Cuiabá/MT, assumindo relação extraconjugal, e a partir daí nunca mais visitou seus filhos.

Sustentam que, por vezes, o autor K. ligava no celular do pai/apelado e este não o atendia ou informava que estava ocupado e não poderia falar.

Afirmam que, ao contrário do que argumentou o apelado, a genitora deles jamais proibiu qualquer contato com o pai, tanto que, por duas vezes, K. foi até a cidade de Cuiabá para visitá-lo.

Salientam que, “*conforme demonstrado nos autos, na primeira vez no ano de 2007 ao chegar à mencionada cidade, o apelante K. ligava para seu pai, o qual não podia permanecer em sua companhia e ainda, o alojava em hotel e entregava valores ínfimos para que o mesmo fizesse suas refeições sozinho em uma shopping da cidade*” (f. 268).

Outrossim, quanto ao segundo apelante, H., sustentam que o pai/apelado saiu de casa quando o mesmo tinha 45 dias de vida e nunca mais procurou vê-lo, sendo que somente após 5 anos encontraram-se por acaso em um Shopping situado no Paraguai, ocasião em que foram apresentados por sua genitora, permanecendo juntos por menos de 10 minutos.

Salientam que o apelado omitiu-se quanto a qualquer obrigação emocional, utilizando como argumento o fato de que já pagava pensão alimentícia fixada em juízo, mas é certo que a obrigação de pai vai muito além da mera obrigação financeira.

Ainda, afirmam que “*o apelante K., diversas vezes descobriu a presença do pai na cidade e ligou para saber se o encontraria, sendo que obtinha como resposta ‘estou ocupado’ ou ainda ‘estou cuidando da minha vida’.*” (fl. 269)

Observam que os documentos juntados aos autos comprovam que os apelantes sofrem com abalos morais pela conduta do pai, inclusive com internações em clínicas psiquiátricas, diagnósticos de depressão e déficit de atenção.

Requerem a declaração de nulidade da sentença e, sucessivamente, a reforma do *decisum* para condenar o apelado ao pagamento da indenização pleiteada.

Regularmente intimado, o apelado apresentou contrarrazões às fls. 278/282.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer às fls. 286/289, opinando pelo conhecimento e provimento parcial da presente apelação cível, reconhecendo-se a nulidade da sentença objurgada e determinando-se o retorno dos autos ao juízo de origem, para que proceda à instrução processual.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por H. E. F. D. S., menor impúbere, devidamente representado por sua genitora, S. R. D. S. F. e K. R. F. D. S. às fls. 254/272, insurgindo-se contra a sentença de fls. 233/235 do douto juízo da 3ª Vara de Família da comarca de Campo Grande/MS, que julgou improcedente o pedido formulado pelos apelantes na ação de indenização por danos morais n. 0037986-29.2010.8.12.0001 proposta em desfavor de A. F. D. S.

I.

Extraí-se dos autos que a demanda foi ajuizada pelos autores H. e K. com o propósito de obter indenização por danos morais advindos do abandono afetivo perpetrado pelo pai/apelado no exercício de seu poder familiar decorrente da paternidade.

Na exordial foi relatado que quando o menor H. E. contava com 45 dias de vida, o pai/apelado saiu da casa em que residia com os autores e a genitora dos mesmos, e se mudou para a cidade de Cuiabá/MT, sob a promessa feita ao filho K. R. (à época com 13 anos de idade), de que retornaria em duas semanas para visitá-lo. Tal fato jamais ocorreu, uma vez que lá permaneceu e constituiu nova família, não mais retornando à presença dos filhos, nem mesmo para exercer seu direito de visita garantido por sentença proferida em ação de alimentos.

Consta, ainda, que o pai/apelado evitava o contato com os filhos, não só pelo fato de não procurá-los, mas por não demonstrar interesse em conhecer o filho mais novo, negar-se em atender telefonemas, não dar atenção ao filho maior quando este foi visitá-lo em Cuiabá - por duas vezes - ou mesmo quando o pai/apelado, em visita a esta capital, não os procurava.

Dessa ausência e indiferença surgiram os distúrbios psicológicos e psiquiátricos demonstrados pela documentação anexada à inicial.

Após dificultosa citação, o pai/apelado apresentou contestação às fls. 191/208, dizendo que jamais abandonou os filhos “*muito menos por vontade própria.*” (fl. 193), afirmando que a separação com a mãe dos autores fora traumática e longa, e que mudou-se para Cuiabá em razão da vida profissional, onde refez sua vida pessoal.

Sustenta que a distância física não impediu de buscar a convivência e presença na vida dos filhos, sendo impedido pela mãe das crianças.

Segue afirmando que jamais deixou de prestar auxílio material, que paga pensão alimentícia fixada em **R\$ 8.200,00 (oito mil e duzentos reais)** na ação revisional de alimentos perante a 1ª Vara de Família da comarca de Campo Grande nº 001.09.065959-8.

Defende que não há ato ilícito em sua conduta, sendo que o Direito de Família previu o dever dos pais de dirigir a educação dos filhos, impondo por meio da obrigação alimentar o dever de sustento e assistência material dos mesmos, reforçado pela lei de alimentos.

Afirma que as normas insculpidas no art. 1.634, incisos I e II do Código Civil, estabelecem obrigações dos pais em educar e ter os filhos sob sua guarda e companhia, e que no âmbito civil, como sanção pelo descumprimento desse dever, há a perda do poder familiar, enquanto que no âmbito penal há o crime de abandono material e moral de incapaz.

Assim, concluiu que “*eventual condenação pecuniária por ilícito civil configuraria uma verdadeira ofensa ao princípio do ‘ne bis in idem’*” (fl. 197).

Por isso, sustenta que a mãe dos autores jamais requereu a suspensão ou destituição do pátrio poder como punição ao requerido pelo descumprimento de suas obrigações legais, e que, portanto, seu interesse é financeiro.

Continua argumentando que estão ausentes elementos constitutivos da responsabilidade civil e do dever de indenizar, estando ausentes o nexo de causalidade entre o dano e a responsabilidade civil, porquanto esta última estaria amparada por uma excludente: a alienação parental.

Afirma que a mãe dos requerentes constrói imagem negativa do pai/apelado para os filhos, impedindo o convívio entre os mesmos.

Por fim, afirma que o *quantum* pleiteado é alto e que possui o caráter de enriquecimento ilícito, devendo, em caso de procedência, ser fixado em valor menor.

Requer a intimação do Ministério Público Estadual, medida provisória de suspensão da autoridade parental da mãe dos autores, inversão da guarda do filho menor, ou alienação da guarda compartilhada, a improcedência dos pedidos iniciais, a declaração da ocorrência de alienação parental, com advertência e multa à mãe dos filhos, e declaração definitiva da suspensão da autoridade parental, ou deferimento da guarda compartilhada.

Impugnação à contestação às fls. 214/218.

Após manifestação do *Parquet*, fls. 221/231, sobreveio a sentença (fls. 233/235) com os seguintes motivos e fundamentos:

“ O processo comporta julgamento antecipado, pois trata-se de questão unicamente de direito, que não reclama dilação probatória.

Um dos requisitos essenciais geradores do dever de indenizar é a ocorrência de ato ilícito.

No caso, os autores apontam como ato ilícito o abandono moral e afetivo por parte de seu pai, ora requerido.

A descrição imputada ao requerido não pode ser caracterizada como ato ilícito.

Embora o arcabouço legal dê especial atenção às relações familiares, ressaltando proteção à família e conseqüentemente aos filhos como pontuaram os autores na inicial, não há qualquer dispositivo legal que obrigue o pai a amar o filho, ou vice-versa.

Aliás, não só nas relações parentais, mas em qualquer tipo de relação, não há como obrigar uma pessoa a amar a outra.

O natural, até em decorrência dos vínculos biológicos afetivos, é que o amor seja uma relação natural entre pai e filho, mas diferente pode ocorrer.

E caso haja distanciamento afetivo entre pai e filho, a lei não considera isso ilícito civil, e muito menos impõe qualquer ressarcimento ou compensação, de modo que não há como acolher o pedido de indenização.

Por outro lado, os pedidos formulados pelo requerido, de inversão de guarda e de guarda compartilhada, reclamam postulação em ação própria, não podendo ser apreciados

nesta ação. O mesmo se diz em relação ao pedido de reconhecimento em alienação parental por parte da mãe dos autores, posto que esta nem é parte no processo, não tendo como exercer contraditório em relação a essa acusação.

Posto isso, julgo improcedente o pedido dos autores decretando a extinção do processo, com resolução de mérito, na forma do art. 269, I, do CPC.”

Irresignados, os autores apelaram desse *decisum*.

Feita essa breve retrospectiva, passo a análise da preliminar suscitada.

II.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA.

Os filhos/apelantes suscitam, preliminarmente, a nulidade da sentença em razão do cerceamento de defesa, uma vez que requereram a produção de prova testemunhal, pericial e a juntada de novos documentos para provar “*o nexa causal entre as atitudes praticadas pelo apelado e o real abalo físico e moral aos apelantes*”(fl. 259).

A douta Procuradoria Geral de Justiça assim também entendeu.

Respeitar o princípio da ampla defesa significa oportunizar todas as possibilidades de produção de provas úteis à parte ou a qualquer pessoa que responda a processo administrativo ou judicial. Ou seja, o direito à prova deve ser resguardado sempre que sua produção se mostrar pertinente e relevante para a solução da controvérsia; caso contrário, seu indeferimento não configurará cerceamento de defesa.

O julgamento antecipado da lide não configura cerceamento de defesa quando o magistrado assim procede por reputar estarem presentes nos autos elementos suficientes para a formação de seu convencimento, sendo desnecessária a vinda de outras provas, pericial ou testemunhal, em dilação probatória que, então, dispensa.

Assim, o julgador, verificando que os elementos trazidos ao processo são suficientes para que se proceda à apreciação do seu objeto, deverá de plano, proferir sentença com apreciação de mérito, resolvendo, assim, de forma definitiva, o litígio, com sentença apta a produzir coisa julgada material.

O “julgamento antecipado da lide” é modalidade de “julgamento conforme o estado do processo”, e leva à resolução do mérito, *ex vi* do artigo 269, I, do CPC, com a vantagem de eliminar atos inúteis, o que viabiliza maior celeridade processual, sem prejuízo, entretanto, das garantias processuais constitucionais.

Imperioso destacar que o Código de Processo Civil autoriza o julgador a analisar de imediato o mérito da questão que lhe foi posta a desate no processo judicial; evidentemente após a formação de seu convencimento.

Assim, o julgador, verificando que os elementos trazidos ao processo são suficientes para que se proceda à apreciação do seu objeto, deverá de plano, proferir sentença com apreciação de mérito, resolvendo, assim, de forma definitiva, o litígio, com sentença apta a produzir coisa julgada material.

Trilhando esta senda, o Código de Processo Civil, prevê situações em que o julgamento imediato do mérito é admitido, em seu artigo 330, transcrito abaixo:

“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 provas em audiência;

II – quando ocorrer a revelia (art. 319).”

Com efeito, compulsando o caderno processual, verifica-se que a matéria discutida nos autos é de direito e de fato; no entanto, dispensa-se a realização dos atos posteriores às providências preliminares (arts. 323 a 328, do Código de Processo Civil) – porquanto as provas produzidas já foram suficientes para aproximar o julgador da realidade dos fatos.

Constata-se com os documentos juntados com a inicial, fls. **31/159**, bem como com a contestação, fl. 210, que não há necessidade de dilação probatória para oitiva de testemunhas ou realização de prova pericial ou qualquer outra, restando suficientes para o livre convencimento do magistrado o acervo probatório já constante dos autos.

Ademais, considerando a dificuldade para realizar a citação e intimação do pai/apelado, que - tanto para a presente ação, como para a ação revisional de alimentos (fl. 210) - frequentemente obstava o atendimento à solicitação da justiça, sob a justificativa de que estava viajando, tais atos somente importariam mais delongas desnecessárias à conclusão deste processo, já que amplamente demonstradas as alegações com os documentos juntados.

Sendo assim, chega a ser injustificada a realização de outros atos processuais que não o julgamento de imediato do mérito, porquanto apenas retardaria de forma injustificável o deslinde final do processo, razão porque o julgador deve proceder ao julgamento imediato como forma de efetivar o direito, atendendo, inclusive, ao postulado constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII).

Observa-se ainda, em detida análise dos autos, que apesar de o MM. Juiz ter julgado antecipadamente a lide, foi concedido às partes, oportunidades para se manifestarem sobre a pretensão de produção de provas.

Nesse sentido:

APELAÇÃO. DANOS MORAIS. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONJUGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. O julgamento antecipado da lide é faculdade do Magistrado, segundo o princípio do livre convencimento e da motivada apreciação da prova. Cerceamento de defesa não caracterizado. A prova testemunhal requerida prescindível para a solução da lide. Ausência de prejuízo a justificar a anulação da sentença.

2. A dissolução da sociedade conjugal, por si só, não permite a condenação do cônjuge que lhe deu causa ao pagamento de indenização por danos morais. Há de se verificar, caso a caso, a sua configuração.

3. Não restou comprovada a situação de abandono material ou moral alegada. Dos elementos presentes nos autos, não é possível concluir pela existência de nexo causal entre o desenvolvimento do problema de saúde da autora e o comportamento do réu.

4. O dano moral passível de ressarcimento é aquele que acarreta sofrimento além do normal e não o mero aborrecimento causado por atritos que normalmente ocorrem nas relações humanas.

5. É certo que a autora enfrentou uma situação de aborrecimento e de frustração em decorrência da dissolução da sociedade conjugal. Entretanto, não se reconhece na situação dos autos ofensa importante à sua dignidade capaz de gerar a obrigação de indenizar.

6. Abuso de direito não caracterizado. Sentença mantida. Recurso não provido. (Tribunal de Justiça de São Paulo - Relator(a): Carlos Alberto Garbi Comarca: Campinas Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 13/03/2012 Data de registro: 14/03/2012 Outros números: 253734120078260114)(g.n.)

Portanto, presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, como se afigura no caso em mesa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder, não havendo que se falar em ofensa ao procedimento fundamental do contraditório.

Tecidas estas considerações, contra o Parecer Ministerial, rejeito a preliminar.

III.

Quanto ao mérito, os filhos/apelantes sustentam que o abandono afetivo e a **alienação parental** se iniciou ainda no convívio comum da família, agravando-se quando, 45 dias após o nascimento de seu segundo filho, o apelado deixou o lar, mudando-se para a cidade de Cuiabá/MT, assumindo relação extraconjugal, a partir de quando, então, não mais voltou a visitá-los.

Sustentam que, por vezes, o autor K. ligava no celular do pai/apelado e este não o atendia ou informava que estava ocupado e não poderia falar.

Afirmam que, ao contrário do que argumentou o apelado, a genitora jamais proibiu qualquer contato com o pai, tanto que, por duas vezes, K. foi até a cidade de Cuiabá para visitá-lo.

Salientam que, “*conforme demonstrado nos autos, na primeira vez no ano de 2007 ao chegar à mencionada cidade, o apelante K. ligava para seu pai, o qual não podia permanecer em sua companhia e ainda, o alojava em hotel e entregava valores ínfimos para que o mesmo fizesse suas refeições sozinho em uma shopping da cidade*” (f. 268).

Outrossim, quanto ao segundo apelante, H., sustentam que o pai/apelado saiu de casa quando o mesmo tinha 45 dias de vida e nunca mais procurou vê-lo, sendo que somente **após 5 anos** encontraram-se por acaso em um Shopping situado no Paraguai, ocasião em que foram apresentados por sua genitora, permanecendo juntos por menos de 10 minutos.

Salientam que o apelado omitiu-se quanto a qualquer obrigação emocional, utilizando como argumento o fato de pagar pensão alimentícia fixada em juízo, sendo certo que a obrigação de pai vai muito além da obrigação financeira.

Ainda, afirmam que “*o apelante K., diversas vezes descobriu a presença do pai na cidade e ligou para saber se o encontraria, sendo que obtinha como resposta ‘estou ocupado’ ou ainda ‘estou cuidando da minha vida’.*” (fl. 269)

Observam que os documentos juntados aos autos comprovam que os apelantes **sofrem com abalos morais** pela conduta do pai, inclusive com **internações em clínicas psiquiátricas, diagnósticos de depressão e déficit de atenção**.

Pois bem.

Tenho que assiste razão aos apelantes e a r. Sentença deve ser reformada.

Inicialmente cumpre esclarecer que tenho por presentes os requisitos para **indenização por abandono afetivo e, conseqüentemente, os elementos para caracterização da indenização por dano moral**, pelas razões que adiante exponho.

1.

Estão presentes os requisitos da indenização por dano moral, traçados nos artigos 186 e 927 do Código Civil.

O primeiro dispositivo estabelece que “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.

O artigo 927 do mesmo *Codex*, por seu turno, preceitua que “*aquele por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

O ato omissivo do pai em conceder afeto aos filhos, ao contrário do externado pelo douto magistrado de primeiro grau, caracteriza ato ilícito, por descumprir o pai, apelado, os deveres fundamentais relativos à autoridade parental, que é o de conviver com os seus filhos, ainda que separado da esposa, e de lhes dar atenção, dedicação, orientação, e lhes dedicar, ainda, *amor* aos filhos, reconhecidos como sendo *direito subjetivo* destes.

A partir do instante em que o réu, quer por omissão voluntária, quer por ato de negligência, **violou** o direito subjetivo de que os filhos são detentores de *receber a visitação regular* do pai, e de tê-lo em seu convívio, **causou-lhes danos morais**, cometendo ato ilícito que o compele ao dever de **indenizar** os danos sofridos, como passo agora a demonstrar, segundo os elementos extraídos do caderno processual.

2.

Conforme se verifica nos vários laudos de psicólogos, pediatras, psiquiatras, entre outros, juntados aos autos, a causa de todos os abalos psicológicos e psiquiátricos sofridos pelos autores, filhos do réu, é **ausência do pai na vida em suas vidas e os reflexos negativos que tal ausência**, decorrente de omissão voluntária, ocasiona aos menores autores.

Aliás, nem seria necessário laudo psicológico ou psiquiátrico na espécie, porque o dano decorrente da falta da visitação do pai ou a recusa de convivência familiar, repudiando a existência do próprio filho, é presumido.

Mesmo assim, havendo a prova sido juntada aos autos, é de se ver que, quanto ao apelante **K. R.**, verifica-se que os laudos são uníssomos em afirmar que há danos psiquiátricos e psicológicos decorrentes da ausência repentina do pai, inclusive, os danos psiquiátricos e psicológicos foram tão intensos que culminou na **sua internação em clínica psiquiátrica** (Clínica Carandá – contrato fls. 42/46).

Veja-se:

“[...] relato de **Déficit de Atenção e Concentração, com prejuízo na aprendizagem escolar** CID F90.0, assim como **Cefaléia Secundária** CID G44.8, ocasião na qual foi orientado tratamento com Metilfenidato 10mg/dia (Ritalina), e acompanhamento Psicopedagógico. Manteve-se em acompanhamento clínico durante todo este período, **com manutenção do quadro acima descrito, coadjuvante à separação dos pais, o que certamente deva ter colaborado para perpetuação dos sintomas apresentados**, até que no início do presente ano (março/2008), **evoluiu com importante quadro Depressivo e Ansioso**, CID F33.1, **bem como acentuação da Cefaléia**. Por conta dessa evolução foi medicado com Divalproato de Sódio (Depakote) 250mg/cedo (Arcalion), os quais deverão

ser mantidos por com período mínimo de 10 (dez) meses, bem como deverá manter acompanhamento psicoterápico por igual período ou mais, na dependência do quadro evolutivo.” (f. 31)(g.n.)

“[...] **paciente foi internado** em 18/11/08 **com quadro de (?) apatia, domínio, negativismo intenso, idéias de ruína, isolamento social, tristeza, (?) e angústia. Ideação suicida.** Já está em tratamento com outro colega psiquiatra há cerca de 01 ano...” (f. 37)(g.n.)

“[...] se encontra em **tratamento médico psiquiátrico, fazendo uso de antidepressivos,** apresenta um quadro de CID10: f33.2 apresentado **sintomas graves de retraimento social, perda de interesse por suas atividades, anedonia, negativismo, pensamentos lentificados, alteração dos processos de atenção, tristeza, labilidade emocional.** Tal quadro é responsável por seu aproveitamento inadequado de aprendizado, pois tem **graves interferências negativas, em sua cognição.**” (f. 48)(g.n.)

“[...] Ainda não foi possível concluir um psicodiagnóstico, mas **o jovem relata profunda decepção com o pai agravada com a separação** e conflito com a ex-esposa, mãe do referido avaliando, **provocando reação com características depressivas.**” (f. 49)(g.n.)

“[...] vem manifestando **sintomas depressivos graves, com autodepreciação, sentimentos de menos valia, idéias de ruína e de morte e alteração do sono. Já esteve internado na Clínica Carandá durante uma semana no corrente ano, para tratamento especializado em Psiquiatria.** Há indicação de que o paciente seja submetido, de início e com determinada brevidade, à psicoterapia breve de orientação analítica, objetivando a elaboração de conflitos intrapsíquicos, na tentativa de, assim, evitar-se um agravamento de seu quadro psicopatológico. O tratamento tem um tempo previsto de 03 (três) meses, com 08 (oito) sessões mensais ou 02 (duas) sessões semanais, num total de 24 (vinte e quatro) sessões, a um custo de R\$ 200,00 (duzentos reais) por sessão.” (f. 51)(g.n.)

“[...] apresentou-se ao consultório com dores e hiper-tonicidade dos músculos masseter e temporal, bilateralmente, e do ligamento estilo-hióideo, também bilateralmente. A oclusão dentária apresenta-se estável, com movimentos excursivos adequados, **necessitando o paciente, portanto, do uso de uma placa mio-relaxante em acrílico termo-polimerizável. O referido aparelho tem como função ‘relaxar’ a musculatura facial do paciente que se apresenta tensa por motivos de stress ou outros fatores emocionais, que levam ao apertamento dos dentes e posterior desgaste dos mesmos e, conseqüentemente, às dores de cabeça relatadas pelo paciente nas regiões acima mencionadas**” (f. 54)(g.n.)

Não há outra conclusão, senão a de que indubitavelmente a interrupção da convivência repentina e voluntária com o pai/apelado gerou imensos danos na vida de K., causando-lhe transtornos psicológicos de intensa monta, decorrentes da falta de afetividade por parte do pai/apelado, que dele se manteve distante desde quando saiu do lar conjugal para não mais retornar, abandonando-o moralmente, e esse abandono é passível de gerar dano moral indenizável, como adiante demonstro.

Corroborar esse entendimento a análise dos boletins de avaliação escolar (fls. 60/64, 80/88, 94/95) e cartas de autoria apontada como sua (fls. 47 e 91/93), na qual relata seu desencanto pela pessoa do pai, quando abandonado afetivamente.

Da mesma maneira, **o apelante H.**, impúbere representado por sua mãe, que nem ao menos teve a oportunidade de conhecer o pai/apelado, senão pelo eventual encontro com o mesmo quando estava passeando em um *shopping* no Paraguai.

A partir dos documentos juntados, verifica-se que a criança está seguindo a sorte de seu irmão mais velho, a partir da influência negativa gerada pelo descaso afetivo paterno:

“[...] tem apresentado algumas **dificuldades de ordem emocional e alterações de comportamento: inquietação, agitação, não obedece limites oferecidos pela professora, não se concentra nas atividades escolares e suas brincadeiras com os amiguinhos são agressivas.**” (f. 98)(g.n.)

“[...]Paciente **com 5 anos e 3 meses de idade**, apresentando **sinais de hiperatividade e impulsividade** pelo DSM IV, **com alteração do humor mostrando-se irritado, auto-estima baixa e labilidade emocional**. A avaliação neuropsicológica mostrou cognição preservada com QI muito superior>(maior)125, entretanto, **humor alterado, com traços de depressão**. [...] Iniciamos tratamento medicamentoso com Imipramina, objetivando melhora do comportamento e humor, entretanto o paciente necessita de acompanhamento psicológico, **sendo de fundamental importância a melhora da estrutura familiar, com a criança estabelecendo convívio com o pai, uma vez que em todas as avaliações ficou evidente o quanto a ausência paterna interfere no comportamento do paciente.**” (f. 99)(g.n.)

“[...] nota-se a **presença de hipercinesia que envolve praticamente todas as ações da criança, levando-o ao comprometimento da atenção, desinteresse, impaciência e irritabilidade em grande parte das atividades sugeridas nessa avaliação**. H. possui facilidade em estabelecer vínculo, **é afetuoso, comunicativo, olha nos olhos, no entanto possui dificuldade para compartilhar atenção**. [...] a **avaliação do humor sugere traços relacionados à depressão**. A mãe relata que a criança não conhece o pai e que **eventualmente quando vai dormir, chora dizendo que foi abandonado pelo mesmo; isso Henry relatou também para mim durante uma sessão**. Levando em consideração este contexto, **pode-se levantar uma reflexão quanto a possibilidade de transtorno específico de estresse adaptativo ao contexto familiar de origem ansiogênica associado ao déficit atencional que poderia eventualmente justificar a alteração comportamental também ao contexto escolar.**” (f. 114)(g.n.)

A descrição desse estado emocional e psíquico nos menores é elemento capaz de gerar a convicção de que o abandono afetivo que o pai **impôs** aos filhos, ao par de lhes causar danos psicológicos quiçá irreversíveis – ou talvez de difícil reparação, senão com intensa terapia – deve sujeitar o genitor a suportar os atos praticados – para mim havidos como ilícitos – consistente na obrigação de lhes pagar indenização por dano moral.

Por outras palavras, o que estou afirmando é que o abandono moral, tal como aqui ocorrido, é apto o suficiente para impor ao pai, que abandonou, a obrigação de pagamento de danos morais, como passo agora a demonstrar, tanto do ponto de vista da legislação, que autoriza a condenação, quanto da doutrina e jurisprudência, que referendam esse entendimento, em que pese ser, ainda, uma questão embrionária que está nascendo e se formando no pensamento jurídico e na cultura brasileira.

4.

Por primeiro, conforme leciona a eminente professora **Maria Berenice Dias**:

“A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável.

A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam ordem, disciplina, autoridade e limites.

A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinariedade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo.

Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem muito valioso!

[...]

A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral.(g.n.)

5.

O ato ilícito está presente, ainda que não haja imposição legal de amor ao filho constante do Código Civil. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico, entretanto, ao contrário do externado pelo digno magistrado de primeiro grau, leva-nos à constatação do cometimento de ato ilícito por parte do pai que abandonou moralmente, afetivamente, seus filhos, agora apelantes.

Com efeito, há previsão expressa na Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente dos deveres dos pais para com os filhos.

Na Constituição Federal, por exemplo, se lê nos artigos 227 e 229:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Código Civil:

“Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

E na Lei 12.318, de 26 de Agosto de 2010, que pune a alienação parental, verificam-se também regras de proteção à criança ou adolescente contra o ato de abandono dos deveres decorrentes do poder parental:

Art. 3 ° A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 4 ° Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

6.

De fato, a lei não impõe expressamente o dever de os pais dar amor aos seus filhos, como afirmado na sentença. Mas, viu-se acima, a criança ou o adolescente tem assegurado o direito da visitação mínima por parte do genitor que não é o detentor de sua guarda, em caso de separação dos pais.

Assim, embora não havendo preceito que imponha a obrigação de amar, porque esse é um sentimento pessoal que nenhuma lei pode regular, não menos certo é que, do ponto de vista objetivo, a lei assegura que os pais não podem abandonar moralmente seus filhos, privando-os do convívio familiar, dentro do qual é possível nascer e florescer o amor paterno ou materno.

O que não pode ocorrer – e esse é o fato aqui presente – é a manifestação de despreço, de desamor, de repúdio, de demonstração de ignorância quanto à existência do filho, como se seu não fosse.

LUIZ EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK prelecionam, ao comentar o artigo 1.589 do Código Civil:

“Bem se vê o contrabalançar entre *direitos e deveres* dos pais cuja separação ou divórcio não **não deve implicar a ruptura com os filhos**. Respondem os cônjuges que rompem a vida em comum ao **desafio de não se separarem nem se divorciarem de seus próprios filhos**, muito menos de não transformá-los no objeto litigioso do amor findo. A finitude do relacionamento do casal não deve seccionar a infinitude permanente da vida entre pais e filhos.

“Infinitude permanente da vida entre pais e filhos.”

Essa a chave para desvendar as questões que são submetidas à esta E. Corte, por força do recurso interposto pelos filhos, aqui apelantes.

Em significativo estudo sobre a matéria, o professor **RODRIGO SANTOS NEVES**, mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes, denominado “*responsabilidade civil por abandono afetivo*”, nos aponta que o nascimento de uma criança impõe grande responsabilidade aos pais, os quais assumem, com o seu nascimento, e independentemente de conviverem juntos sob o mesmo teto, ou não, não só o dever de guarda, e os descritos nas disposições legais acima transcritas, como, também, e principalmente, o dever de educação e de transmissão de valores morais e familiares, decorrentes do amor familiar, que são diferentes dos deveres sociais. Aquele dever repercute na formação da personalidade da criança e, assim, o *convívio familiar* é fundamental para a criança ainda em processo de formação de sua personalidade.

Cita ele, por exemplo, o pensamento de **ALICE DE SOUZA BIRCHAL**, na questão relativa à contribuição dos *familiares* em geral, pais incluídos (estes principalmente), bem assim como os **avós**, que vê como *fundamental* a participação destes últimos na formação e no crescimento da criança, essencial a moldar sua personalidade, *verbis*:

“O amor que os avós transmitem aos seus netos deve ser experimentado, compartilhado e preservado, pois tal convivência possibilitará aos descendentes o contato com valores diferentes que serão ponto de referência e construção de sua personalidade e caráter através da dialética que estabelece com outras gerações”.

7.

A grande questão, para bem se dirimir a matéria submetida à jurisdição estatal por via da presente ação **é apenas obter satisfatória resposta para uma indagação**: a visitação é um **direito do genitor**

que não detém a guarda (como no caso do apelado) ou é **um direito da criança, daí nascendo, em contrapartida, o dever do primeiro?**

Essa é a questão a ser obtemperada e, assim, surgirá a resposta quanto a existir ou não o dever do pai de indenizar pela falta de convivência com o filho, assim considerada não aquela formalmente imposta por ocasião da separação judicial ou acordada entre os cônjuges, mas, principalmente, a convivência *para além* desses períodos, que evidenciariam a existência de um relacionamento salutar entre pai e filho, em que o primeiro mostra sua preocupação de lhes dar orientação segura sobre diversos aspectos de sua vida, que são quase que infinitos, encaminhando-os rumo à maturidade.

Quem formulou essa pergunta e a respondeu foi o doutrinador acima mencionado, RODRIGO SANTOS NEVES, que respondeu:

“A resposta deve ser formulada a partir de duas noções básicas: a da paternidade (ou parentalidade) responsável e do **melhor interesse da criança**. A geração de uma criança impõe grande responsabilidade aos pais. É certo que, com a paternidade/maternidade, surge o dever de guarda, sustento, educação, que estão implícitos na noção de paternidade e maternidade.

Mas a educação não é apenas proporcionar uma educação formal (escolar). A educação dos pais é o processo pelo qual **se transmitem conceitos, valores morais e familiares**, regras de trato social e conhecimentos práticos para a vida. E são estes ensinamentos que **ajudam na formação da personalidade da criança**, o que torna o convívio familiar fundamental para o ser em formação de sua personalidade.

...Além disso, o princípio do **melhor interesse da criança** impõe uma regra na hora de ponderar os interesses em jogo. Ora, se convivência familiar é importante para a formação da personalidade da criança, **então o direito de visitas É DA CRIANÇA, para que o seu interesse ao desenvolvimento da personalidade SEJA ATENDIDO**.

Daí ter concluído:

“...Deixar de conviver com o filho, negar o amparo afetivo, é VIOLAR DIREITO FUNDAMENTAL DO FILHO.

Daí o direito-dever de visitar os filhos quando, por não viverem sob o mesmo teto ambos os pais, apenas um deles detém a guarda. Assim, o outro tem o direito de visitar o filho, MAS PRINCIPALMENTE O DEVER, pois o filho menor, criança ou adolescente, TEM PRIORIDADE EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO, conforme dispõe a Constituição Federal no art. 227. O AFETO É UM DIREITO FUNDAMENTAL, tendo em vista que é um direito decorrente do DIREITO FUNDAMENTAL ao convívio familiar. NÃO SE PODE PENSAR EM CONVÍVIO FAMILIAR SEM AFETO, SEM COMPANHEIRISMO.

...Assim, o direito à convivência familiar é um direito fundamental da criança e do adolescente, **seres em processo de formação de personalidade**. O direito referido deve ser exercido, a fim de que se possibilite o pleno desenvolvimento da personalidade da criança, em sua formação como pessoa. A **negativa** a esse direito representará **violação** ao direito fundamental à convivência familiar e um **dano** à sua personalidade”.

A convivência familiar não significa, tão-somente, o *viver sob um mesmo teto* pai e mãe, junto com os filhos e, muitas vezes, até com outros membros da família, como os avós.

A convivência familiar, no caso, significa a coexistência, o convívio, a presença, entre os membros da família, ainda que separados os pais, não só dentro do período regulamentado para a visita ou em razão da guarda compartilhada, mas também em todos os momentos em que a presença do pai (dependendo, da mãe, se não tiver esta a guarda) é essencial para a criança, no processo lento, gradual e evolutivo de sua formação moral, intelectual e de moldagem de sua personalidade.

São os pais o espelho da alma dos seus filhos, o reflexo do que podem vir a se tornar no futuro, em face das bases e premissas lançadas ao longo do período de convivência familiar. Em seus pais os filhos buscam os valores morais que irão compor a sua personalidade, o seu caráter, a sua interação com outros seres humanos e o convívio social, escolar, profissional.

São os pais que são detentores dos **deveres** de visita, porque esta nasce de um **direito fundamental** do filho, de ter perto de si, consigo, a presença paterna, ou a materna, quando não de ambos, para moldar a sua formação, que começa no seio da família e se espalha por outros segmentos sociais, como a escola e outros meios frequentados pelas crianças, em conformidade com sua faixa etária.

São os pais que têm o dever de assegurar a convivência familiar junto aos filhos, colocá-los a salvo de toda forma de negligência e opressão, criar e educar, e, principalmente, de lhes assegurar, após a dissolução da sociedade conjugal, a permanência e convivência mútua, respeitosa, recíproca e comum, sem qualquer interferência de um sob o outro, pena de se caracterizar a alienação parental.

8.

Aliás, exatamente porque a alienação parental é nefasta para a vida da criança é que a conduta é apenada, tendo em vista o **direito fundamental** de o filho **conviver** com o pai que não é o detentor da guarda, tal como constante da Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010.

Os artigos 2º e 3º da referida lei, aliás, são emblemáticos quando estabelecem:

“Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. **São formas exemplificativas** de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de **convivência familiar**;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

“Art. 3º **A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.**

E veja também que o parágrafo único do **artigo 4º** da mesma lei estabelece que “*assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.*”

A alienação parental implica em interferência indevida na formação psicológica da criança ou do adolescente, decorrente do convívio com o outro pai, daí ser apenada. Mesmo assim, veja-se, a lei assegura uma **garantia mínima** de visitação, por reconhecer, exatamente, que essa visitação é **direito fundamental da criança**, conseqüentemente, **dever e obrigação do pai (ou mãe) e não mera faculdade**, como se poderia à primeira vista pensar.

No contraponto, então, encontra-se a violação dos dispositivos legais citados e, assim também, dos artigos 186 e 927 do Código Civil, o primeiro caracterizando a existência de um ato ilícito e o segundo, em face do ilícito, o dever de indenizar.

Não afasta essa conclusão caso como o contido nestes autos, em que o pai que não é detentor da guarda e sem que tenha ocorrido qualquer processo de alienação parental, **recusa-se**, obstinadamente, sem qualquer explicação, sem razoabilidade, sem qualquer sentimento de *humanidade*, a visitar seu filho e tê-lo consigo, o que poderia fazer – e **deveria fazer** – mediante a convivência familiar, assim considerada não o ato de *viver sob o mesmo teto* com a mãe de seu filho, mas de **estar presente**, de **vigiar**, de **proteger**, de **aconselhar**, de repreender se for o caso, mas estar junto, contribuindo para o processo de seu desenvolvimento psicológico.

Provocou ele, com esse ato omissivo intencional, que tangência o dolo, *prejuízo à integridade psicológica dos autores*, eis que não atende sequer a garantia mínima de visitação que a lei prevê como seu **dever parental**.

9.

Há embutido aqui, inclusive, um **direito natural**, um direito que antecede qualquer regra escrita a respeito e que não precisa estar escrita para que seja reconhecida como **válida e existente**, cuja violação implica na responsabilização civil do agente violador.

O ato ilícito revela-se na violação desse postulado, mais do que um princípio, que é o do **direito à dignidade** da pessoa humana, personificado aí no filho que se vê privado injustamente do amor paterno, plasmado, de resto, no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Veja-se que o **artigo 3º da lei 12.318/10** coloca em evidência essa característica essencial no direito das famílias da modernidade, de constituir-se em **direito fundamental da criança ou do adolescente a convivência familiar saudável**, pelo que deve estar colocado a salvo de todo e qualquer ato que implique alteração na **realização de afeto nas relações do genitor** com o seu grupo familiar. A lei, inclusive,

estipula que é **abuso moral** contra a criança ou o adolescente o *descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental*.

O pai exerce também autoridade parental e o descumprimento do seu **dever de visita** configura **abuso moral** contra a criança, passível, assim, de indenização, nos termos em que a presente ação foi proposta, nascendo daí o direito à indenização por dano moral.

Há marcadamente presente, assim, **a violação de um dever**, de uma conduta, do pai em relação ao filho, nascido do **direito de visitação** que o ordenamento consagra à criança e ao adolescente, a partir dos dispositivos acima citados, constitucionais e infraconstitucionais.

10.

O ato ilícito praticado pelo apelado, a meu modo de ver, é flagrante, e decorre, inclusive, de um ato **desumano**, de **falta de sentimento**, de **dignidade**, de **respeito** para com os filhos, aos quais abandonou e em relação aos quais a mera prestação de alimentos (que é outro dever, de natureza **material**) não tem o condão de substituir, tampouco de reparar os enormes estragos e danos que está cometendo contra o processo de formação psicológica e do caráter de seus filhos.

O abandono afetivo é ignóbil, vil, repulsivo e assume a forma de um *espectro* quando praticado contra o infante, a criança ou o adolescente.

Não se impõe o dever de indenizar por não querer o pai *dar amor*, mas sim por negar cuidados aos filhos, de tê-los como alienados de sua vida e como se pai não fosse, e como se os alimentos pagos mensalmente suprisse todas as necessidades vivenciadas pelos menores no campo psicológico e de sua lenta e gradual formação da personalidade.

Como bem mencionou a Ministra **NANCY ANDRIGHI**, no acórdão que abaixo transcrevo, no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“O amor diz respeito à motivação, **questão que refoge os lindes legais**, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. **O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento**, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.**”

O pai/apelado não cumpriu com seu dever legalmente previsto, gerando os danos psicológicos e psiquiátricos demonstrados nos documentos constantes dos autos, os quais, aliás, são presumíveis e nem necessitariam de estar atestados por médicos psiquiatras ou psicólogos.

11.

Insta ressaltar que quando o réu saiu de casa, o autor **Kevin** tinha 13 (treze) anos de idade. Havia passado todo o período de sua infância e início da adolescência com a figura paterna ao seu lado. De repente, o pai/apelado desaparece de sua vida, não lhe dando mais um mínimo de atenção.

É extremamente perceptível o choque pelo qual esse filho passou, corroborado pela vasta documentação médica juntada, nas quais é afirmada como causa unânime dos problemas psicológicos e psiquiátricos, a ausência do pai.

É normal que com a separação, a periodicidade habitual da presença de um dos pais seja atingida, posto que o convívio sofre interferência, porquanto há a divisão na guarda.

12.

No entanto, o pai/apelado não prestou nenhum carinho ou atenção para os filhos, mostrando-se totalmente desinteressado, pois nem ao menos sequer fazia ligação telefônica para manter um mínimo de contato, ou, ainda, para parabenizar pelos aniversários ou datas festivas.

Tais fatos, aliás, nem mesmo foram rebatidos em sua defesa, que preponderam para argumentações genéricas, limitando-se a firmar que “*embora tenha havido o distanciamento físico por circunstâncias alheias à vontade do requerido, jamais houve abandono afetivo*” (fl. 282) .

A atitude do pai/apelado simplesmente se consubstancia em descaso total com a vida e dignidade desses filhos/autores.

Resta exemplificado e demonstrado pelo fato de que em nenhum momento, o pai/apelado contradisse que após sua saída da residência (quando o autor impúbere tinha 45 dias de vida), apenas o reencontrou 05 anos depois, por acaso, em um shopping no Paraguai.

Pelo contrário, restringiu-se a tão-somente alegar que “*como pai zeloso que é, o recorrido sempre buscou se fazer presente na vida de seus filhos, tanto afetiva quanto materialmente, tanto que deposita mensalmente a importância de R\$ 8.200,00 (oito mil e duzentos reais) na conta de sua ex-esposa e mãe dos autores, buscando, com isso, propiciar uma condição social e educacional digna e confortável para seus filhos.*” (fl. 282). Ora, que zelo é esse de um pai que não faz questão nem de conhecer o próprio filho ?

Alegar que o pagamento de pensão alimentícia é a caracterização de zelo, divorcia-se do real significado da palavra. Os alimentos são devidos independentemente do dever de estar presente na vida do filho, orientando-o na formação de sua vida.

13.

O pagamento da pensão é dever legalmente instituído, advindo de outros direitos concernentes às crianças, aos adolescentes e jovens, mas que complementa os direitos que os filhos possuem, derivados dos deveres dos pais instituídos por lei (alguns acima mencionados).

Realizar o pagamento da pensão alimentícia não importa em autorização para abandonar os filhos, posto que a pensão possui caráter material e não supre, de maneira alguma, a necessidade de companhia e visitação do pai aos filhos, o afeto, carinho e amor que devem ser proporcionados para os filhos, principalmente quando a criança estava habituada com a atenção do pai e de tê-lo consigo na convivência diária.

Não há que se confundir obrigação alimentar com indenização por danos morais. Pensão alimentícia não dispõe de natureza indenizatória, por mais que o *quantum* da verba alimentar possa estar condicionado à identificação da culpa do credor.

É um encargo que tem como causa a necessidade, ou seja, a ausência de condições dos alimentandos de prover por si sós sua subsistência.

Ainda que exista relação entre alimentos e culpa, em termos de valores, o reconhecimento da obrigação alimentar não significa condenação por danos morais, muito menos a incidência de *bis in idem*.

Como foi oportunamente lembrado, ainda, por RODRIGO SANTOS NEVES, no artigo citado (Revista Síntese, Direito de Família, vol. 73, p. 106/107:

“A convivência familiar exige **mais**. É na família que os **valores morais** são transmitidos, o afeto é compartilhado e há troca de experiência entre as gerações. É por esta causa que não se pode substituir a convivência familiar por visitas esporádicas, sob pena de se confundir a convivência familiar com a social. Portanto, **mesmo que haja assistência material**, poderá ficar configurado o abandono afetivo”.

14.

Ademais, não observo obstáculo imposto pela mãe, conforme afirma o apelado, para o convívio com os filhos/apelantes. Tanto que, por duas vezes, o autor Kevin viajou até a cidade do pai, numa tentativa de encontrá-lo, mas que terminou em descaso total por parte deste, que até mesmo fisicamente ali o abandonou.

Do mesmo modo, se a mãe impedisse seu encontro com os filhos não teria apresentado o impúbere ao pai, quando se encontraram por acaso no Paraguai, mas sim o teria afastado, para que um não tivesse contato com o outro.

Tenho que a tese de alienação parental é um mero recurso da defesa para gerar a improcedência do pedido, assim como o pedido, em contestação, da guarda do impúbere.

Dá azo, até, para o questionamento: se o pai, que nem ao menos teve interesse em conhecer ou manter o mínimo contato com o filho, sem atenção, ou carinho, ou amor, repentinamente, manifesta o desejo da guarda da criança, não será uma tentativa para transvestir a realidade dos fatos? Destarte, no presente caso, não estamos falando acerca de uma “simples” paternidade reconhecida, mas sim de **real abandono afetivo** de um pai que antes era presente na vida de seus filhos e que de uma hora para outra, repentinamente, os abandona afetivamente, causando-lhes transtornos psicológicos e dano moral passível de indenização.

A professora **Michele Amaral Dill** e a advogada **Thanabi Bellenzier Calderan**, em texto disponibilizado junto ao sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Direito de Família, lecionam:

“Conforme mencionado, **o direito dos filhos de serem visitados** pela mãe ou pelo pai não guardião é **direito garantido pela Constituição**, tornando um **direito/dever dos pais** em dar continuidade na convivência com os filhos, sob pena de abandono afetivo/moral.

O direito de visitas, decorrente do direito à convivência familiar, alicerçando-se na necessidade de cultivar o afeto na relação paterno-filial, e de manter um convívio familiar real, efetivo e eficaz, mesmo não havendo coabitação, conforme explica.

Diante de uma desunião, **a finalidade desse instituto é a manutenção de uma natural e adequada comunicação do filho com o pai ou mãe com quem não convive, para fomentar e consolidar os vínculos paterno ou materno-filiais**, aproximando, quanto possível, o contato que existiria no seio da família unida.”

15.

É necessário frisar que a hipótese dos autos é excepcional. Não se trata de dar valor aos abraços não dados, ou vínculo amoroso saudável, mas sim, de indenizar quem efetivamente sofreu danos gravíssimos, na órbita de sua personalidade pela obstinada resistência do pai a, injustificadamente, manter com eles um salutar convívio familiar, ainda que separado da mãe. Tais danos, conforme já demonstrado, iniciaram

quando, repentinamente, o pai os deixa de visitar - sendo que durante os 13 anos de vida de Kevin, tudo indicava que existia amor do pai para com o filho - e era isso que o autor acreditava piamente.

Não se quer, aqui, obrigar o pai a amar os filhos, mas sim reparar o dano sofrido por eles, quando desiludidos por este. Reafirmo o entendimento da culta e erudita Ministra NANCY ANDRIGHI, no voto acima transcrito, no sentido de que *amar* refoge dos lindes legais, e é uma faculdade, mas *o cuidado* que surge da avaliação de ações concretas em prol do filho pode ser avaliado objetivamente e se constitui em **um dever** dos pais. Sua falta impõe a obrigação de indenizar os danos morais causados, porque negar o direito de visitação de que **o filho** é detentor, é cometer ato ilícito, nos termos do artigo 186 do Código Civil.

16.

Recentemente, no Superior Tribunal de Justiça, foi objeto de discussão a possibilidade ou não de compensação por danos morais por abandono afetivo, no julgamento do **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**, merecendo transcrição de parte dos votos lançados, a fim de demonstrar a especialidade do tema aqui debatido.

Votou a eminente **Ministra Nancy Andrigui**:

“[...] 1. Da existência do dano moral nas relações familiares

Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral.

Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores.

Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.

Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – **deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie**, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descuram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02).

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.

2. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral

É das mais comzezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexu causal.

Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral.

No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo auto imposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

Sendo esse elo fruto, **sempre**, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.

Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

[...] a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (Da culpa ao risco na responsabilidade civil in: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.). Responsabilidade civil contemporânea. São Paulo, Atlas, pag. 75)

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio psicológico da criança.

E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não.

À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa.

Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – **obrigação inescapável** –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso.

2.1. Da ilicitude e da culpa

A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à

negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie.

Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação – educação, lazer, regras de conduta, etc.

Tânia da Silva Pereira – autora e coordenadora, entre outras, das obras *Cuidado e vulnerabilidade* e *O cuidado como valor jurídico* – acentua o seguinte:

O cuidado como ‘expressão humanizadora’, preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem[...].a autora afirma: ‘o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana’. (Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309)

Prossegue a autora afirmando, ainda, que:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. ‘Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória’.

O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar. (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original).

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Nesse sentido, cita-se, o estudo do psicanalista Winnicott, relativo à formação da criança:

[...] do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. A criança e o seu mundo. 6ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008)

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.**

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “[...] **além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência [...]**”.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. **Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.**

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.

Fixado esse ponto, impõe-se, ainda, no universo da caracterização da ilicitude, fazer-se pequena digressão sobre a culpa e sua incidência à espécie.

Quanto a essa, monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda, para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.

Eclipsa, então, a existência de ilicitude, situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, são decorrências das mutações sociais e orbitam o universo dos direitos potestativos dos pais – sendo certo que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*).

De igual forma, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação e, aqui, merece serena reflexão por parte dos julgadores, as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofra –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc.

Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, **não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.**

Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade...”

Votou, o eminente ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

“[...] Inicialmente, ressalto que, a meu sentir, a responsabilidade civil por dano moral no Direito de Família deve ser analisada com cautela. As relações travadas no seio da família, por afetarem a esfera íntima das pessoas, são especialmente carregadas de sentimentos.

De um lado, representam o aspecto mais espontâneo do humano e, de outro, tendem a causar, em aparente contradição, mais fortúnios e infortúnios do que em qualquer outra espécie de relação.

Assim, pela própria natureza delicada dos relacionamentos familiares, a responsabilidade civil no Direito de Família não pode ser equiparada à responsabilidade civil extracontratual em geral, sob pena de se exigir, no trato familiar diário, uma cautela incompatível com as relações que se firmam no âmbito da família, além de se conduzir a uma indesejável patrimonialização das relações pessoais, justamente em seu viés mais íntimo.

Não se pode olvidar que as frustrações experimentadas no seio familiar, além de contribuírem para o crescimento e para o desenvolvimento do indivíduo, são, em parte, próprias da vida e, por isso mesmo, inevitáveis.

Sendo assim, entendo que o reconhecimento de dano moral em matéria de família é situação excepcionalíssima, devendo-se admitir apenas em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares.

O presente caso situa-se dentro dessa excepcionalidade, merecendo ser reconhecida a ocorrência de ato ilícito causador de dano moral.

A questão central em discussão no presente recurso especial situa-se em torno do delicado tema do abandono afetivo.

A doutrina, tanto acerca do Direito de Família como da Responsabilidade Civil, é uníssona em afirmar que o abandono moral do filho por parte dos pais tem o condão de ocasionar danos morais, que devem ser reparados.

Por oportuno, cito trecho da obra de **Arnaldo Rizzardo** (RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 692-693):

Embora não caiba se falar em coesão familiar, e oferecer aos filhos uma estrutura regular da convivência com o pai e a mãe, o mínimo que se impõe como ditame fundamental da consciência, da moral, da natureza e da lei consiste na convivência regular com os progenitores, mesmo que espaçada, de modo a satisfazer o impulso natural de senti-los, de haurir sua presença e de se fortalecer com o seu acompanhamento.

Impedir a efetivação desse impulso que emana do próprio ser traz graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis efeitos negativos que repercutirão na vida afora, ensejando inclusive a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza, insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções.

Se a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, enseja o direito à reparação por dano moral, o que se tornou um consenso universal, não é diferente no caso do irreduzível afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais mezinhos princípios de humanidade. (Grifou-se)

Ressalto, todavia, que apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais.

De fato, na educação e na criação dos filhos, não há um molde perfeito a ser observado, pois não há como medir o grau de atenção, de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também a sua história pessoal.

Felizmente, dispõe-se de uma larga margem de liberdade para educar e criar os filhos do modo que melhor se aprouver, sendo que desvios, percalços e falhas são inerentes ao processo de educação e de criação. O dever de cuidado, pois, apresenta um conteúdo inegavelmente subjetivo.

Assim, imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais mezinhas obrigações para com seu filho.

Evita-se, desse modo, eventual abuso por parte de filhos que, insatisfeitos com episódios específicos de sua criação, pleiteiam a indenização por danos supostamente sofridos.

Cito, por oportuno, a lição do ilustre **Rui Stoco** (STOCO, RUI. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7.^a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 946):

A dor sofrida pelo filho em razão do abandono e desamparo dos pais, privando-o do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral, psíquico e material é não só terrível, como irreversível. A mancha é indelével e o trauma irretirável.

O direito de proteção efetiva em circunstâncias tais tem fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, nosso ordenamento jurídico – e não só a Constituição Federal – é pleno de preceitos de proteção, afirmando o dever dos pais de cuidar e proteger os filhos, seja no plano material, educacional, afetivo ou psíquico.

[...]

Mas tal reconhecimento não poderá dar ensejo a abusos e criação de verdadeira indústria de ações judiciais de filho, supostamente ofendidos, contra os pais.

Cada caso deverá merecer detido estudo e atenção redobrada, só reconhecendo o dano moral em caráter excepcional e quando os pressupostos da reparação se apresentarem estreme de dúvida e ictu oculi, através de estudos sociais e laudos técnicos de equipe interdisciplinar. (Grifou-se)..."

E o desfecho desse julgamento restou assim ementado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido. (Superior Tribunal de Justiça - REsp 1159242 / SP - RECURSO ESPECIAL -2009/0193701-9 - Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 24/04/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 10/05/2012 - RDDP vol. 112 p. 137 - RSTJ vol. 226 p. 435)(g.n.)

Nesse acórdão, conveniente lembrar, o pai foi condenado a pagar indenização por danos morais ao seu filho, em razão do abandono afetivo, de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), o que revela bem a severidade com que o Superior Tribunal de Justiça tratou da matéria, realçando sua relevância, por dizer respeito, exatamente, a um dos mais importantes direitos do ser humano, que é o de ter a sua dignidade preservada.

Particularmente, embora não seja objeto da presente ação, vou além no meu entendimento sobre a matéria, por entender que se há fixação de uma visitação do pai ao filho, em razão da separação do casal, e sendo o filho o detentor de um *direito de visitação*, que corresponde, então, a um **dever**, uma **obrigação** do pai em relação ao filho, muito mais do que um direito daquele, é lícito ao filho propor em face do pai ação de obrigação de fazer, objetivando compeli-lo a cumprir o preceito, sob pena de multa (astreinte), na forma do artigo 461 e parágrafos do CPC. E se o pai se mostrar renitente, é possível, também, a conversão da obrigação específica em *perdas e danos*, aí incluídos os danos morais.

Tese com esse conteúdo e sentido já foi defendida por **Fábio Cence Marines**, em artigo publicado na *internet* em junho de 2012, com o seguinte teor, de cujo pensamento também comungo, de forma irrestrita:

“[...] Assim, diante deste quadro, podemos colocar para análise, o seguinte retrato fático (diga-se de passagem, corriqueiro nos dias atuais): i) filho menor que está sob a guarda de sua mãe, tendo sido arbitrado judicialmente ao pai o direito de visitá-lo aos finais de semana; ii) pai que se limita ao pagamento de pensão alimentícia prevista em título judicial, não convivendo e participando da criação do menor (não realiza as visitas previstas no título judicial).

Diante do quadro acima narrado, surgem alguns questionamentos: teria o filho a faculdade de exigir judicialmente, por meio do cumprimento de sentença de obrigação de fazer (art. 475-I c.c. 461 do CPC), que o pai cumpra com citado encargo?

No mesmo sentido, não cumprida a obrigação, após a regular intimação advinda do requerimento de cumprimento de sentença, pode ser arbitrada multa pecuniária (art. 461, § 4 c.c. 287 do CPC) em desfavor do genitor inadimplente?

E mais, não cumprida à obrigação, nos termos do art. 461, § 1º do CPC, pode ela ser convertida em perdas e danos (sendo que este valor não se confunde com a multa pecuniária do art. 287 do CPC, de acordo com o art. 461, § 2º, também do CPC)?

No que toca ao cumprimento de sentença de obrigação de fazer, leciona o professor **Misael Montenegro Filho**:

“Por derradeiro, se o título determinou que o devedor cumpra obrigação de fazer (a de construir uma casa em favor do credor, por exemplo) ou de não fazer (não criar animais em ambiente doméstico, por exemplo), a execução se volta para – como medida ideal – impor ao devedor o cumprimento forçado da obrigação positiva ou negativa. Em determinadas situações, contudo, mostra-se impossível o alcance da finalidade anteriormente desenhada, ou seja, o cumprimento forçado da obrigação da mesma forma que se daria na hipótese de o devedor ter adimplido a obrigação de modo voluntário. Queremos sustentar que nem sempre se mostra possível o alcance do cumprimento da obrigação específica. Em casos tais, embora a obrigação específica não possa ser adimplida, evidente que o credor não poderia ficar por completo desprotegido, o que impõe a adoção de medidas coercitivas e/ou da apuração do valor da obrigação específica, sendo esta convertida em perdas e danos.” (In “Curso de Direito Processual Civil”, volume II, editora Atlas, 2008, São Paulo, páginas 377/378.) Como acima relatado, em se tratando de direito do menor a manutenção de convivência com seus pais após o fim do vínculo matrimonial (este que se repete, mesmo que o vínculo conjugal nunca tenha existido), que deve ser somado à obrigação declinada aos genitores no atendimento a todas as necessidades de sua prole, quer no aspecto material, quer no

aspecto afetivo, obrigação esta que deve levar em consideração, acima de qualquer outro interesse, o da criança, não identificamos qualquer óbice legal para que o menor apresente requerimento de cumprimento de sentença para que o pai o visite, visto que, como decidido pelo STJ, tem os genitores o dever de cuidar (e não de amar) de seus filhos, este que ultrapassa (e muito) o simples pagamento de pensão alimentícia.

Seguindo, tendo sido apresentado requerimento de cumprimento de sentença para que o pai visite seu filho, após regular intimação para que cumpra a obrigação elencada no título judicial, contudo, ao permanecer inerte, poderá provocar o arbitramento de multa pecuniária (art. 461, § 4º c.c. 287 do CPC).

Contudo, mantida a inércia do pai no cumprimento de sua obrigação de visitar, no nosso sentir, calçado no precedente persuasivo proferido pelo STJ, poderá também o julgador (se não existir motivo plausível para o não cumprimento da obrigação), valendo-se do já mencionado art. 461 § 1º do CPC, converter a obrigação de visitar (conviver) em perdas e danos.

Sob outro prisma, é comum aquele que não detêm a guarda do menor, ao encontrar resistência para exercer o direito de visitas, apresentar requerimento de cumprimento de sentença com a finalidade de poder conviver e participar do crescimento e educação de seu filho (caso semelhante tramita junto a 3ª. vara da família e sucessões do foro regional do Jabaquara, Comarca da Capital do Estado de São Paulo sob o número 0015627-89.2010.8.26.0100.)”

17

Há, bem o sei, fartos precedentes na jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que, contrariando o acórdão acima transcrita, entendem que não há indenização por dano moral em casos como o dos presentes autos.

A meu modo de ver, contudo, e com o máximo respeito, referidos acórdãos tratam da matéria sob uma ótica que **não é a mesma que está sendo objeto da fundamentação** deste voto.

Com efeito, nos precedentes existentes, o Superior Tribunal de Justiça vem afirmando que inexistente obrigação de indenizar o dano moral decorrente do abandono afetivo porque não existe **obrigação legal de o pai amar o filho, de onde advém o carinho e o afeto naturais, e o abandono**, assim, não caracterizaria ato ilícito.

Parto do pressuposto, todavia, de que o direito à visitação é um **direito do filho** e, conseqüentemente, um **dever do pai** e não uma faculdade dele.

E, assim, positivado que o pai **quebra e viola** esse **direito do filho**, de visitá-lo e, em razão disso, de orientá-lo e de prestar a assistência afetiva, moral e psicológica a um filho, viola os seus deveres paternos, praticando uma conduta ilícita, ensejadora de reparação no campo moral.

Quando existe o abandono paterno, há violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e configura descumprimento dos deveres impostos pela nova configuração da entidade familiar dada pelo artigo 227 da constituição Federal e Artigos 1.634, I e II, do Código Civil.

Com esses novos contornos da entidade familiar, os pais passam a ter o dever de se preocupar com o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus respectivos membros, sendo a família o núcleo onde esse desenvolvimento ocorre.

Logo, a conduta do pai que abandona o filho, privando-o das diversas características que a autoridade paterna inspira no infante, como, por exemplo, o *pai amigo*, *pai orientador*, *pai companheiro*, *pai que corrige* os rumos das ações do filho, *pai que sabe ouvir as angústias e aflições do filho, suas alegrias e suas tristezas*, *pai que deve falar e orientar*, *pai psicólogo*, *pai preocupado com a saúde e bem estar do filho*, *pai que demonstra os valores da ética e da retidão de caráter*, *pai que ensina*, *pai que aprende com o filho*, *pai que chora ou ri ao lado do filho*, *pai que ensina os valores do trabalho*, *pai que está ao seu lado*, *pai protetor*, *pai acolhedor*, *pai fomentador da esperança*, é, a meu modo de ver, violadora dos direitos do filho, plasmados no artigo 227 da Constituição Federal, cujo dispositivo incluiu no rol dos direitos da criança e do adolescente a *convivência familiar*.

Esta, sabidamente, não se restringe a existir apenas quando os pais estão vivendo sob o mesmo teto, mas, também, quando estão separados, amigável ou judicialmente, não interessa. A convivência familiar é um plexo maior, na qual se insere esses deveres dos pais para com seus filhos. Decorre do exposto que o pai que deixa de prestar tais tipos de assistência aos filhos, que no seu aspecto maior revelam assistência não só afetiva, mas também a moral e psicológica, viola os deveres paternos e, assim, pratica ato ilícito sujeito a sancionamento.

O que se há de concluir, no caso, é que se o filho tem **direito** à visitação dos pais, deste direito decorre um **dever** dos pais para com o filho, o que é indiscutível.

A interpretação *sistemática* de nosso ordenamento jurídico, tal como lembrado pela eminente Ministra Nancy Andrighi, leva-nos a essa constatação. Se assim é, e se o pai que não detém a guarda recusa-se a cumprir com esse dever, age ele ilicitamente, sob a forma de **omissão** (uma das modalidades de culpa), que atinge um bem juridicamente tutelado – o direito de o filho **receber a visita de seu pai e o ter em sua companhia** – cuja conduta, assim, importa em vulneração do artigo 927 do Código Civil, ensejador da reparação por danos morais.

18.

Penso, aliás, do que muito mais do que a mera culpa, na forma da omissão, há um ato **doloso** por parte do pai, porque o abandono afetivo não foi decorrente de fato que estivesse alheio à sua vontade, que ocorreu por uma das modalidades de culpa. Esse abandono afetivo foi um ato voluntário, pensado, maldoso, doloso, que atingiu frontalmente a psique dos menores, causando-lhes abalos que talvez não mais sejam passíveis de reparação.

Daí o dever de indenizar, por ato que beira o dolo, muito mais do que a mera culpa, na modalidade de omissão. Quando esta é *intencional*, e não involuntária, o ato é doloso e não culposo, o que apenas acentua a gravidade do fato que vem sendo dinâmica e sistematicamente imprimido pelo apelado em relação aos seus filhos, menores apelantes. **Fato, a meu modo de ver, desprezível, ignóbil e vil.**

Por isso, constatados os abalos e danos psicológicos e morais decorrentes da ação e omissão do pai/apelado, não constituindo mero aborrecimento, mas sim graves danos à dignidade dos filhos/apelantes, é devida a indenização por danos morais por abandono afetivo.

IV.

Relativamente ao *quantum* indenizatório pelos danos morais, sabe-se que não existem critérios objetivos para estabelecer-se o valor indenizatório, devendo o julgador pautar-se pela natureza da obrigação ou do direito ofensivo, as consequências do dano e as possibilidades econômico financeiras do ofensor.

No caso os danos são de natureza moral e de intensa gravidade. Não se pode afirmar que qualquer que seja o valor objeto da condenação que o *quantum* fixado irá atender aos preceitos que regulam a

reparação civil, de *restitutio in integrum* daquele que teve o direito ofendido e se viu moralmente violado, ainda mais na espécie, em que a ofensa redundava em dano na esfera moral de menores que estão em processo de formação da personalidade e do caráter, comprometido e corroído pela falta dolosa até do pai, em lhes prestar a assistência moral de que tanto necessitaram ao longo de todos esses anos, de quem estiveram privados do convívio pela vontade exclusiva imposta pelo próprio pai apelado.

Sopesados todos os direitos e fatos, e ressaltando-se que a fixação de valores a título de indenização moral é estimativa, à luz de condições específicas de cada caso concreto, tenho que o valor requerido na inicial, no importe de R\$100.000,00 (cem mil reais) para cada um dos autores encontra-se justo e dentro das condições econômicas financeiras do pai, que paga alimentos na ordem de R\$ 8.200,00 (oito mil e duzentos reais) mensais e, assim, em condições de efetuar o pagamento arbitrado a título de indenização por danos morais.

Referido valor, outrossim, encontra-se **dentro** dos parâmetros fixados pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em casos tais, como se viu do aresto transcrito, em que a indenização pelo dano moral foi fixada, exatamente, em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

V.

Em face do exposto, conheço do recurso interposto por H. E. F. D. e K. R. F. D. S., e lhe DOU PROVIMENTO para reformar a sentença e julgar PROCEDENTES OS PEDIDOS CONTIDOS NA INICIAL, o que faço com fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil e demais dispositivos citados ao longo deste decisum, condenando o apelado a pagar a cada um dos autores, a título de danos morais, o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), monetariamente corrigíveis pela variação do IGMPM-FVG a partir da data da publicação deste acórdão, até efetivo pagamento. Os juros moratórios serão devidos a partir da intimação para cumprimento do acórdão, se os autores tiverem que lançar mão das disposições dos artigos 575-J e seguintes do CPC.

Condeno o apelado ao pagamento das custas e despesas processuais e em honorários advocatícios que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Com fundamento no artigo 269, I, primeira figura do CPC, declaro a resolução do mérito, promovendo-se o cumprimento do acórdão na forma do artigo 475-J e seguintes do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, 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. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Claudionor Miguel Abs Duarte e Des. Josué de Oliveira.

Campo Grande, 16 de outubro de 2012.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0043273-36.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA PARA EXERCER ATIVIDADE DE BAR COM MÚSICA AO VIVO. ESTABELECIMENTO LOCALIZADO EM ÁREA NÃO PERMITIDA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. TUTELA DO INTERESSE PÚBLICO. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

I) Se, com amparo na legislação vigente, Administração Pública conclui que é proibido o desempenho da atividade solicitada (serviço de bar com música ao vivo) na área onde está localizado o estabelecimento e, a partir disso, nega a licença, nada mais fez do que observar o princípio da legalidade, bem como exercer seu poder-dever de polícia, em nome do princípio da supremacia do interesse público.

II) A licença é espécie de ato vinculado e, como tal, tem a sua concessão intrinsecamente ligada aos parâmetros traçados na lei. Assim, se a Municipalidade, no exercício do seu poder de polícia fiscalizatório, concluiu que existe óbice legal ao desempenho da atividade reivindicada, nada há, no ato administrativo, que mereça sofrer a intervenção de Poder Judiciário.

III) Negativa que se efetiva em proveito do interesse público, preocupação máxima e imediata a que deve se ater, cumprindo, dessa forma, o seu dever de dar fiel cumprimento à lei e, por conseguinte, tutela os interesses da coletividade.

IV) As atividades sociais que agridem o direito do cidadão de não ser obrigado a suportar um ambiente com poluição sonora que lhe retira o sossego e a paz, além de funcionarem ao arpejo das normas municipais, devem ser coibidas com autoridade. As empresas têm o direito de se estabelecer, de funcionar, de arrecadar, de produzir lucro, desde que o façam dentro da lei e cumprindo a legislação em vigor; do contrário, se estão à margem da lei, não merecem qualquer espécie de amparo ou proteção.

V) Recurso a que se nega provimento, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 20 de novembro de 2012.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

VÂNIA GONÇALVES MAIA interpõe apelação cível, insurgindo-se contra a sentença de fls. 156/158, do juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande, que **denegou a segurança** por ela pleitada no mandado de segurança (autos nº 0043273-36.2011.8.12.0001) impetrado contra ato do **CHEFE DE DIVISÃO DE FISCALIZAÇÃO E LICENCIAMENTO URBANÍSTICO DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE**, negando-lhe autorização para a continuidade de apresentação de música ao vivo em seu estabelecimento.

Sustenta a apelante que não houve descumprimento de qualquer exigência vinda da Administração.

Segundo alega, a Administração impediu, de plano, que ela prosseguisse com o requerimento de consulta administrativa, a fim de verificar a regularidade, mediante a realização das exigências necessárias à adequação, obter a autorização para continuar com o desenvolvimento da atividade.

Alega, nesse sentido, que a Administração deveria ter aberto prazos e forma de adequação, e não impor uma simples negativa de plano.

Discorre sobre o incorreto enquadramento legal ao ser utilizada a tabela 4 do anexo IV da Lei Complementar nº 74/05, que classifica a atividade como “S 5”, quando deveria ter utilizado o Decreto 9.440/05, que classifica a atividade como “S 1”, de uso conforme.

Defende, nesses termos, o equívoco quanto à classificação da sua atividade em “bares e congêneres com música”, porquanto se enquadra nas elencadas no anexo único do referido decreto, tais como “atividade de companhia teatral”, “atividade de conjunto musical”, etc..

Assevera que a atividade musical não requer nenhum documento ou exigência especial, nem quando em local onde se fornece bebida, pois sequer há previsão legal nesse sentido.

Afirma que, à luz do art. 32 da LC 74/05 c/c Decreto 9.440/05, as atividades classificadas como “S 1” abrangem a apresentação de música ao vivo, ainda que combinadas com a venda de bebidas – já que, na lei, não há qualquer ressalva quanto a isso.

Ressalta que seu pedido diz respeito ao ato da autoridade administrativa que, de forma sumária, decidiu pela inadequação da sua atividade, de modo que pede que lhe seja assegurada a continuidade ao procedimento de autorização de funcionamento ou licença.

Nesses termos, pede o provimento do presente recurso.

Contra-razões às fls. 193/202.

A Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer às fls. 208/213 opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta às f. 174/185 por **VÂNIA GONÇALVES MAIA**, insurgindo-se contra a sentença de fls. 156/158, do juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande/MS, que denegou a segurança pleitada no mandado de segurança que impetrou contra ato do **CHEFE DE DIVISÃO DE FISCALIZAÇÃO E LICENCIAMENTO URBANÍSTICO DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE**, negando-lhe autorização para a continuidade de apresentação de música ao vivo em seu estabelecimento.

I.

Ao ler as razões recursais, verifico que a apelante reitera as mesmas alegações expostas no agravo de instrumento n. 2011.025445-6, ao qual esta Quarta Turma negou provimento, **mantendo decisão que indeferiu a liminar pleiteada na inicial.**

Nesse sentido, e para evitar repetição, reporto-me a decisão exarada em sede de liminar (fls. 134/140), de modo a manter a sentença que negou a ordem à impetrante, nos seguintes termos:

“[...]”

Extrai-se os autos (f. 59-60) que a agravante apresentou à Municipalidade uma guia de consulta (n. 6.037/2011) para localização de atividades, elencando ali inúmeras atividades, tais como: comércio varejista de laticínios e frios, comércio varejista de bebidas, comércio varejista de produtos alimentícios em geral; comércio varejista de tabacaria; bar com serviço completo, choperia com serviço completo, etc..

Essa guia, ressalta-se, foi aprovada.

A discussão que permeia a lide se concentra na guia de consulta anexada à f. 57, apresentada pela agravante à Municipalidade, com o propósito de serem licenciadas as seguintes atividades: companhia de teatro, atividade de companhia teatral, atividade de conjunto musical, conservatório de música e serviços de auto-falante publicitário.

Essa guia foi rejeitada pela autoridade municipal, sob o entendimento de que a conjugação das atividades ali descritas, especialmente as musicais, com as licenciadas pela guia nº. 6.037/2011, configura “atividade de bares e congêneres COM música” (f. 57) – não permitida na região onde o estabelecimento se localiza (Zona 4).

Ao consultar a Lei Municipal Complementar n. 74/2005 (anexo IV – tabela 4), verifica-se que os estabelecimentos “bares e congêneres com música” até 720 m² enquadram-se na categoria “S 5”¹ (f. 51).

O estabelecimento da agravante, segundo informações da guia de f. 57, tem 250,89 m² e está enquadrado na classificação Zona 4 (Z4).

E, por fim, de acordo com o Anexo III da Lei Complementar n. 107/2007 (f. 86) – que estabelece os índices urbanísticos e categorias de usos por zona – a Zona 4 não foi contemplada com a permissão para uso dos serviços classificados como S 5 (dentre os quais está a atividade de “bares e congêneres com música”).

Com base nesses dados e a partir da constatação de que a atividade solicitada pela agravante (atividade cultural de show de música conjugada com fornecimento de bebida) está incluída na categoria bares e congêneres com música (S 5), de uso proibido na Zona 4 (onde se localiza o estabelecimento), foi que a Administração negou-lhe o licenciamento.

1 SS 5 - Balanceamento; pneus; instalação; instalação de som; auto-elétrica; escapamento; produção de mudas; reparação e manutenção de mobiliário e equipamentos mecânicos de médio porte; refrigeração; gráfica; aluguel de equipamentos de pequeno porte; empacotamento, choperia; cachaçaria; whysqueria; bares e congêneres com música, funerária, velório e serviços funerários. Até 720 m².

Verifica-se, portanto, que, a princípio, não há qualquer demonstração, sequer sinal de ilegalidade ou abuso no ato administrativo impugnado, eis que respaldado na legislação municipal pertinente, conforme foi acima demonstrado.

A Administração Pública Municipal nada mais fez do que exercer o poder-dever de polícia, restringindo a liberdade do administrado, cuja conduta se mostrou prejudicial ao interesse público. Se a lei proíbe o desempenho da atividade solicitada na área onde está localizado o estabelecimento, conforme já concluído, outorgar a licença almejada significaria violar princípios basilares do Direito Administrativo, como o da legalidade e o da supremacia do interesse público.

A licença, por sua vez, consubstancia-se em espécie de ato vinculado e, como tal, tem a sua concessão intrinsecamente ligada aos parâmetros traçados na lei. Se a Administração, no exercício do seu poder de polícia fiscalizatório, entendeu que existe óbice legal ao desempenho da atividade reivindicada pela agravante, conclusão que, ao que tudo indica, revela-se correta, nada há, no ato tido por coator, que mereça sofrer a intervenção de Poder Judiciário.

Registra-se, por oportuno, que a negativa da Municipalidade à solicitação da agravante efetivou-se em proveito do interesse público, preocupação máxima e imediata a que deve ser ater, cumprindo, dessa forma, o seu dever de dar fiel cumprimento à lei e, por conseguinte, tutela os interesses da coletividade.

Aliás, no tocante ao assunto dos autos em específico (proibição da categoria de “bares e congêneres com música” em determinados locais), parece-me que é chegada a hora de conscientização de todos quanto à importância de se manter um meio ambiente sadio e equilibrado, o que, ressaltado, não engloba apenas o equilíbrio ecológico das matas e rios, mas também do som ambiente, da poluição sonora, que tanto oprime o senso de cidadania de que todos somos portadores.

As atividades sociais que agredem esse direito do cidadão, de não ser obrigado a suportar um ambiente com poluição sonora que lhe retira o sossego e a paz, além de funcionarem ao arrepio das normas municipais, devem ser coibidas com autoridade. As empresas têm o direito de se estabelecer, de funcionar, de arrecadar, de produzir lucro, **desde que o façam dentro da lei e cumprindo a legislação em vigor**; do contrário, se estão à margem da lei, não merecem qualquer espécie de amparo ou proteção.

Por essas razões, não vislumbro, no caso, o fundamento relevante das alegações da agravante, requisito indispensável à concessão da liminar pleiteada, de maneira que deve permanecer intacta a decisão agravada.

Ante o exposto, NEGÓ provimento ao recurso.”

As razões do recurso não me convenceram quanto à existência do direito líquido e certo da impetrante. A sentença deixou tal aspecto, de igual forma, muito claro, para negar a segurança, devendo ela ser mantida *in totum*, aspecto, aliás, referendado, também, pelo bem elaborado Parecer constante dos autos, da Procuradoria Geral de Justiça.

A questão do som ambiental é crucial nos dias atuais, e age com acerto a autoridade apontada como coatora quando nega o licenciamento ou impõe exigências para que empresas tais como a da apelante queiram se estabelecer para funcionar, desde que o façam dentro da legislação que rege a espécie, como é o caso.

O direito de explorar determinada atividade econômica encontra barreiras e óbices na espécie e no tipo de atividade que se quer desenvolver, a qual não é absoluta, mas sujeita às exigências da legislação infraconstitucional para que possam receber o alvará de funcionamento, tanto das autoridades municipais, quanto das estaduais, bem assim como das federais, no âmbito de suas respectivas competências.

II. Dispositivo

Por tais considerações, com o parecer, conheço do presente recurso e lhe nego provimento, mantendo inalterada a bem lançada r. Sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E 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. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 20 de novembro de 2012.

2ª Seção Cível

Embargos Infringentes n. 0371561-23.2008.8.12.0001/50000 - Campo Grande Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – EXECUÇÃO – PENHORA SOBRE IMÓVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – GARANTIA HIPOTECÁRIA DO CREDOR EXEQUENTE SOBRE O BEM PENHORADO – VENDA DO BEM E POSSE DO EMBARGANTE ANTERIOR À INSCRIÇÃO DA HIPOTECA NO REGISTRO DE IMÓVEIS – INEXISTÊNCIA DE DIREITO DE SEQUELA SOBRE O BEM ALIENADO, POR PARTE DO CREDOR HIPOTECÁRIO – ATO QUE SE REVELA COMO SIMPLES DIREITO OBRIGACIONAL ENTRE OS PRÓPRIOS CONTRATANTES ANTES DA INSCRIÇÃO NO ESPELHO IMOBILIÁRIO – PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO – RECURSO PROVIDO.

A constituição de hipoteca não impede a alienação do bem dado em garantia, mas acarreta a proteção contra o não pagamento da dívida ao credor hipotecário, vez que este – pautado no poder de sequela – poderá exigir a entrega do bem para o adimplemento de seu crédito.

Todavia, para que tal força da hipoteca seja oposta pelo credor hipotecário é necessário que seja ela inscrita no registro imobiliário, a partir de quando, então, passam a valer contra terceiros. Enquanto não inscrita, a hipoteca só subsiste entre os contratantes, de sorte que o credor não pode fazer prevalecer a garantia sobre o bem, se alienado a terceiro antes da inscrição.

Embargos infringentes conhecidos e providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção 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 do Relator.

Campo Grande, 10 de setembro de 2012.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

CLÁUDIA ALVES DE ALBRES interpõe embargos infringentes às fls.283/287 contra o acórdão de fls. 273/280, proferido pela Primeira Câmara Cível deste E. Tribunal, que, por maioria, deu provimento à apelação cível interposta e reformou a sentença que havia julgado procedente o pedido contido nos embargos de terceiro ajuizado por ela em face do **ESPÓLIO DE NELSON VIEIRA ESPÍNDOLA**.

Extrai-se dos autos que a recorrente ingressou com **embargos de terceiros** nos autos da execução por quantia certa promovida pro **Nelson Vieira Espíndola**, afirmando ser **possuidora** do imóvel de matrícula

nº 1811 do Registro de Imóveis da 3ª Circunscrição da Comarca de Aquidauana/MS e objeto de penhora naquela execução.

O magistrado julgou procedente o pedido contido nos embargos de terceiro, para excluir o bem da constrição judicial.

Em sede de recurso de apelação tal entendimento foi reformado, **por maioria**, tendo sido esposado o entendimento de que o imóvel, em momento anterior à posse da embargante, havia sido dado em garantia hipotecária, sendo esta dotada de “poder de sequela”.

Contra essa decisão insurge-se a embargante através do presente recurso.

Afirma que, nos termos do artigo 1046 do Código de Processo Civil, comprovou sua posse sobre o imóvel objeto do litígio.

Alega que no presente caso não é oponível a existência de hipoteca ou outra constrição judicial para obstar o direito da embargante, vez que foi reconhecido, tanto na sentença quanto no voto vencido, a sua posse sobre o imóvel.

Requer a embargante que prevaleça o voto vencido, proferido pelo Eminentíssimo Desembargador Relator Joenildo de Sousa Chaves, que negou provimento ao recurso e manteve inalterada a sentença.

Contrarrazões às fls. 291/304.

VOTO (EM 14.5.2012)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (Relator)

Extrai-se dos autos que a recorrente Claudia Alves Albres ajuizou Embargos de Terceiro em face de Nelson Vieira Spindola, afirmando que no dia 29/10/2008 foi cumprido um arresto, nos autos da Execução por Quantia Certa contra Devedor Solvente (autos nº 001.00.010286-5 – movida pelo embargado em face de Luzia Martinez Bacha). Aduziu que a medida recaiu sobre imóvel de sua propriedade e requereu a manutenção de sua posse.

O douto sentenciante de primeiro grau julgou procedente o pedido contido nos embargos de terceiro, pois entendeu que a embargante comprovou a sua posse sobre o bem objeto do litígio (fls.209/216).

“Desta forma, restou comprovado que a embargante têm a posse em razão da sucessão da posse de seu pai, estando, por isso, legitimada a defendê-la através de embargos de terceiro, impondo-se, assim, a procedência dos embargos com a consequente revogação da decisão que determinou a realização do arresto na execução (f. 216-217 e f. 244).

Não fosse isso, ao contrário do que sustentou o embargado, não é necessário que a embargante demonstre a aquisição da propriedade do imóvel arrestado, mas tão somente a posse sobre o bem, fato que, como visto, restou provado nestes autos, não tendo o embargado, se desincumbido do ônus que lhe é imposto pelo art. 333, II, do CPC, de provar o fato extintivo do direito da embargante (que a posse dela é injusta ou de má-fé).”

O embargado Nelson Vieira Espíndola faleceu em 19/05/2011, tendo seu espólio interposto recurso de apelação.

Nas razões recursais o embargado/apelante afirmou, em síntese, que seu crédito está embasado em **garantia hipotecária** sob o imóvel arrestado desde 07/07/1993 e que não há provas suficientes para embasar a posse da recorrida.

O recurso foi provido, por maioria, pela Primeira Câmara Cível deste E. Tribunal, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido contido nos Embargos de Terceiro.

Pretende a embargante fazer prevalecer o voto vencido, proferido pelo Eminentíssimo Desembargador Joenildo de Souza Chaves – Relator – que negou provimento ao recurso e manteve o entendimento esposado em primeiro grau.

Tenho que o recurso não merece prosperar.

No voto vencedor o Ilustre Revisor – Desembargador **João Maria Lós** – esposou o entendimento de que a garantia hipotecária preexistente à aquisição da posse pela recorrida tem natureza *erga omnes* e autoriza ao seu credor o exercício do direito de seqüela.

Confira-se:

“A posse da embargante/apelada ficou demonstrada por meio de prova testemunhal, o que justificaria em tese a proteção pelos embargos de terceiro, diante da penhora realizada sobre o imóvel objeto da lide nos autos da ação de execução ajuizada pela apelante em face do Espólio de Luzia Martinez Bacha.

Porém, há que se atentar para o fato de que o referido imóvel foi dado em garantia hipotecária quando da celebração da “Escritura Pública de Parceria Pecuária com Garantia Hipotecária” realizada entre as partes do feito executivo (f. 12/13 dos autos n. 001.00.010286-5).

Como cedição, a hipoteca, sendo direito real, é dotada do poder de seqüela, acompanhando, portanto, a coisa, podendo o credor exigir sua eficácia independentemente da pessoa que esteja em poder da mesma.

No caso dos autos, existe uma hipoteca válida gravando o imóvel, datada de 07/07/1993, constituída, portanto, antes da aquisição da posse do imóvel pela terceira possuidora, que afirmou na exordial que adquiriu a posse em 26/02/1996 por conta do falecimento de seu pai, devendo prevalecer, portanto, o ônus de direito real.”

Assim, tenho que o entendimento esposado no voto vencedor mostra-se mais acertado, vez que tal situação não foi sequer considerada no voto vencido, que apenas consignou que comprovação da posse da apelada estava devidamente demonstrada nos autos.

Deveras, a hipoteca é uma garantia real, vinculada ao bem, conferindo ao seu credor um direito *erga omnes* que autoriza o direito de seqüela para exigir o bem de quem quer que o detenha, seja qual for o título, até mesmo transmissão da propriedade, se tivesse ocorrido sem o levantamento, por primeiro, da hipoteca que incide sobre o imóvel.

A incidência de hipoteca não impede a alienação do bem dado em garantia, mas acarreta **a proteção contra o não pagamento da dívida** ao credor hipotecário, vez que este – pautado no poder de seqüela – poderá exigir a entrega do bem para o adimplemento de seu crédito.

Na explicação do Professor **César Fiuza**:

“Não está o devedor impedido de vender o bem gravado de hipoteca. O credor hipotecário fica protegido. Não nos esqueçamos de que a hipoteca é direito real oponível

erga omnes. Dessa forma, se o devedor vender o bem e não pagar a dívida, o credor poderá executar a hipoteca nas mãos do adquirente. Isso se deve à publicidade que a inscrição confere ao direito real. Em outras palavras, o adquirente do bem gravado não poderá alegar que desconhecia o gravame.¹

Essa foi a situação encontrada nos autos, vez que a garantia hipotecária, firmada pelas partes do processo de execução, data de 07/07/1993 sobrepõe-se à posse da embargante, porque o título de propriedade em que funda sua pretensão foi firmado apenas em 1996 (fls. 21/21 – Vol. II).

O Superior Tribunal de Justiça, já consignou o entendimento que a garantia hipotecária pode ser oposta para resguardar o crédito do credor.

“Compra de salas comerciais. Hipoteca. Direito à seqüela.

1. Não se tratando de aquisição de casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação, que dispõe de legislação protetiva especial, não há como dispensar o direito do credor hipotecário à seqüela, tal e qual estampado na legislação civil.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 651323 / GO RECURSO ESPECIAL 2004/0092780-3 Relator(a) Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (1108) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 07/06/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 29/08/2005 p. 335)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - CONTRATO MÚTUO E HIPOTECA- COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA EMBARGOS DE TERCEIROS.

I - Se a credora hipotecária não participou da avença, nem liberou os agravantes do vínculo hipotecário, sendo este real e não pessoal, qualquer negócio entre a Incorporadora e os promitentes compradores é inoponível à ora agravada e exequente que, titular do direito de seqüela, pode exercer o seu direito de executar o bem objeto da hipoteca para pagamento do seu crédito.

II - O contrato de mútuo e hipoteca previa a transferência do referido débito hipotecário proporcionalmente aos adquirentes das unidades imobiliárias bem como, a responsabilidade da construtora pela liquidação do débito. Sendo esta disposição, tinham conhecimento do risco do negócio.

III - Agravo Regimental improvido.

(Processo AgRg no Ag 161052 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 1997/0068648-5 Relator(a) Ministro WALDEMAR ZVEITER (1085) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 15/10/1998 Data da Publicação/Fonte DJ 07/12/1998 p. 81 JSTJ vol. 2 p. 255 LEXSTJ vol. 117 p. 31)

No mesmo sentido é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PRELIMINAR ARGUÍDA EM CONTRARRAZÕES – INOVAÇÃO DA LIDE – ACOLHIDA – MÉRITO – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL QUANTO À PARTE DO RECURSO – AQUISIÇÃO DE BEM IMÓVEL – EXECUÇÃO GARANTIDA POR HIPOTECA DEVIDAMENTE REGISTRADA – DIREITO

1 FIUZA, Cesar. “Direito Civil – Curso Completo” 11ª ed., Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2008, p. 922.

DE SEQUELA – IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUIR O BEM DA PENHORA – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

A análise da matéria suscitada somente no recurso de apelação fere os princípios dispositivos, da concentração e da eventualidade, implicando, outrossim, inovação da lide em sede recursal, o que é vedado pelo sistema processual e, em especial, pelo aparato recursal em razão do efeito devolutivo.

Para que o juízo ad quem possa proferir o julgamento do mérito do recurso, faz-se mister que estejam presentes determinados requisitos intrínsecos e extrínsecos. Dentre os pressupostos intrínsecos da admissibilidade do recurso está o interesse recursal, que se consubstancia na idéia de que a decisão atacada causa algum prejuízo ao recorrente. Assim, não se conhece da parte do recurso que se insurge contra pretensão já concedida.

A alegação de posse do imóvel é insuficiente para obstar a penhora, legitimamente realizada em razão da garantia hipotecária oferecida e devidamente registrada, que concede ao credor a possibilidade de perseguir o bem em poder de quem quer que ele se encontre (direito de sequela).

Quando a questão for suficientemente debatida, torna-se desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre os dispositivos legais e constitucionais discutidos.

Recurso parcialmente conhecido e improvido. (Julgamento: 15/03/2011 Órgão Julgador: 3ª Turma Cível Classe: Apelação Cível - Proc. Especiais Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo Publicação: 21/03/2011 Nº Diário: 2384.)

EMENTA–APELAÇÃO CÍVEL–EMBARGOS DE TERCEIRO–PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO – AFASTADA – CONSTRIÇÃO JUDICIAL SOBRE BEM IMÓVEL – PACTO ADJETO DE HIPOTECA ANTERIOR AO CONTRATO DE AQUISIÇÃO CELEBRADO PELOS EMBARGANTES – DIREITOS REAIS – INCIDÊNCIA DO DIREITO DE SEQUELA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há que se falar em inadmissibilidade recursal se os apelantes deram às razões os fundamentos de fato e de direito pelas quais pretendiam que fosse anulada ou reformada a sentença monocrática.

É impertinente a alegação dos embargantes de que possuíam a posse mansa, pacífica e ininterrupta de bem imóvel gravado com hipoteca anterior ao contrato de cessão celebrado. (Julgamento: 22/06/2004 Órgão Julgador: 4ª Turma Cível Classe: Apelação Cível - Proc. Especiais Relator: Des. Rêmolio Letteriello Publicação: 04/08/2004 Nº Diário: 861.)

Ante o exposto, conheço do presente recurso, porém lhe nego provimento, mantendo o acórdão embargado.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Nego provimento aos embargos.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. MARCO ANDRÉ N. HANSON), APÓS O RELATOR E O 1º VOGAL NEGAREM PROVIMENTO AO RECURSO. OS DEMAIS AGUARDAM.

VOTO (EM 11.6.2012)

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

Após análise detida dos autos, constata-se que o entendimento manifestado pelo eminente Desembargador Relator Dorival Renato Pavan não se coaduna com a peculiaridade apresentada na demanda, sobretudo porque a posse da embargante é anterior ao registro da hipoteca, não podendo ser aplicado ao caso, o direito de seqüela previsto no artigo 655, § 2º do CPC.

Isso porque, a hipoteca, tal como recai do art. 848 do Código Civil, somente produz seus efeitos contra terceiros após a sua inscrição.

No caso vertente, a inscrição e especialização da hipoteca ocorreu em junho de 1999(f. 21/23), sendo posterior à aquisição da posse do imóvel pela embargante, que como se denota dos autos, se deu no ano de 1996.

Sobre a publicidade da hipoteca e a fixação da data do nascimento do direito real de garantia, leciona Maria Helena Diniz (*in* Código Civil Anotado, Saraiva, 1995, pág. 587/588), que o momento culminante da hipoteca é o da sua inscrição:

[...] enquanto não estiver inscrita, não é direito real, não passará de um crédito pessoal, valendo inter partes. A hipoteca só nasce com o ato de inscrição, passando a valer contra terceiros, opondo-se não só aos credores quirografários do credor, mas também aos terceiros adquirentes e a outro credor hipotecário que não tenha registrado o título, e, ainda, a quem tenha adquirido sobre o imóvel onerado um outro direito real. A inscrição serve, portanto, de elemento de publicidade, dando conhecimento a todos os interessados da existência da hipoteca sobre o imóvel e de fixação da data do nascimento do direito real de garantia”.

J. M. de Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, pág. 505), por outro lado, enfatiza que sem estar inscrita “*a hipoteca não garante nenhum direito em face de terceiros, nada resta para ter eficácia entre os contratantes. O que prova que, em verdade, não existe hipoteca, mas apenas um direito pessoal antes de ser feita a inscrição*”.

E, conclui: “*Ora esse direito pessoal não pode ser considerado como hipoteca. Logo, a hipoteca não existe antes da inscrição*”.

Na mesma linha de entendimento, Arnold Wald (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, Tomo III, pág. 240), evidencia que a publicidade ou “*registro da hipoteca no Registro de Imóveis visa dar conhecimento do fato a terceiros, evitando as hipotecas ocultas e as hipotecas simuladas. Permite-se, assim, que o adquirente de determinado imóvel, por um simples exame do registro, possa saber quais os ônus que pesam sobre o imóvel que pretende adquirir*”.

Portanto, não pode ser aplicado no caso, o direito de seqüela previsto no artigo 655, § 2º do CPC.

Em verdade, a questão, *in casu*, cinge-se em saber se a embargante-apelada trata-se de terceira de boa-fé, legitimada à interpor embargos de terceiros, ou não.

Dispõe o art. 1.046 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 requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.

§ 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.

§ 2º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possui, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.

§ 3º Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.”

Segundo Vicente Greco Filho, os embargos de terceiro são uma ação de “*procedimento especial de jurisdição contenciosa, que tem 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*” (*Direito Processual Civil Brasileiro, 3º vol., Editora Saraiva, 16. ed., p. 254 e 255*).

Na mesma direção, Antônio Carlos Marcato destaca que:

“os embargos de terceiro visam à obtenção de um provimento jurisdicional que proteja quer a propriedade, quer a posse do embargante, podendo, por isso mesmo, fundamentar-se tanto em direito real quanto em pessoal; e não se limitam ao processo civil, podendo ser utilizados em qualquer situação onde houver ato de constrição judicial, seja no processo penal, no trabalhista, ou no falimentar” (Procedimentos Especiais, 8.ed., São Paulo, Malheiros, 1998. p. 200).

No caso, a posse da embargante ficou amplamente demonstrada nos autos, como bem asseverou o magistrado ‘a quo’ em sua sentença (f.209/216):

“Por outro lado, os documentos de f. 34/36 demonstram a posse exercida sobre o imóvel, conforme se vê das fotografias das benfeitorias realizadas (sede) da criação de gado e porcos, da realização de festas de aniversário e o casamento da irmã da embargante, realizado no imóvel em 22/09/1997 e registrado no jornal local.

Desta forma, restou comprovado que a embargante tem a posse em razão da sucessão da posse de seu pai, estando, por isso, legitimada a defendê-la através de embargos de terceiro, impondo-se, assim, a procedência dos embargos com a consequente revogação da decisão que determinou a realização do arresto na execução” (f. 216-217 e f. 244).

No mesmo sentido, o Desembargador Joenildo de Sousa Chaves, no voto vencido no julgamento da apelação cível nº 2011.030335-7 (f. 274/280) entendeu que:

“No caso, como claramente restou exposto nos autos e na sentença singular, a embargante comprovou a posse do imóvel.”

O voto vencedor, de lavra do Des. João Maria Lós, no mesmo tom asseverou que:

“A posse da embargante apelada ficou demonstrada por meio de prova testemunhal, o que justificaria, em tese a proteção pelos embargos de terceiro, diante da penhora realizada sobre o imóvel objeto da lide nos autos da ação de execução ajuizada pelo apelante em face do espólio de Luzia Martinez Bacha.”

Portanto, sob esta ótica, da posse da embargante, não há nenhum embargo pois ficou expressamente reconhecido que ela tinha a posse do imóvel desde o ano de 1996, fato não mais questionado nos embargos infringentes pelos embargados.

Vale registrar que a discussão cinge-se em torno da posse pura e simples do imóvel, e não sobre o seu domínio, como quer fazer crer o embargado, razão pela qual é desnecessária a produção de provas pela embargante, quanto à aquisição da propriedade.

A única prova exigida da embargante, no caso, é a de sua posse, e isto ficou amplamente demonstrado nos autos, através de documentos e depoimentos das testemunhas arroladas.

De outro lado, não há provas produzidas pelo embargado, no sentido de demonstrar que a posse da embargante seja injusta ou de má-fé, ônus este que lhe cabia, conforme dispõe o artigo 333, I, do CPC.

Na verdade, o embargado, insurgiu-se contra a legalidade da posse da embargante reiteradamente, entretanto, ateve-se a fazer alegações desprovidas de provas concretas nos autos, tendo inclusive, desistido da oitiva do depoimento das testemunhas que arrolou nos autos (f. 127).

A par disso, demonstrada a condição de terceira da embargante-apelada, bem como o exercício, por ela, da posse sobre o imóvel desde o ano de 1996 (ou seja, anteriormente ao registro da hipoteca, realizado apenas em 1999), acertada a decisão de primeiro grau que acolheu os embargos de terceiro.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

Os embargos de terceiro devem ser acolhidos quando suficientemente comprovada a posse de boa-fé exercida pelo embargante sobre o bem objeto de constrição judicial prolanada de processo de que não faz parte (AC n. 2003.030805-9, de Papanduva, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 29-3-2007).

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO -ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - PLEITO DEFERIDO - INDISPONIBILIDADE DO BEM - COMPRA E VENDA - UNIDADE CONDOMINIAL - POSSE COMPROVADA - EXEGESE DO § 1º DO ART. 1.046 DO CPC - NULIDADE DO CONTRATO - INCORPORAÇÃO NÃO REGISTRADA - IRRELEVÂNCIA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Suficiente é a comprovação da condição de possuidor do bem contristado para a acolhida dos embargos de terceiro (AC n. 2003.001776-3, da Itapema, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 16-3-2003).

São cabíveis os embargos de terceiro àquele que, não sendo parte no processo, sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens, ou mesmo está na iminência de ter contra si a constrição judicial, já que não se pode prejudicar terceiro adquirente de boa-fé.

No âmbito dos embargos de terceiro, a posse de boa-fé, pelo embargante, ao tempo da constrição judicial, já é fato suficiente a respaldar a procedência do pedido (Ag n. 2000.019727-0, de Itajaí, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 3-4-2001).

Por isso, pedindo vênua ao eminente Relator, voto pelo provimento dos embargos infringentes, para manter a posição trilhada no voto vencido de lavra do Desembargador Joenildo de Sousa Chaves, lançado na 1ª Câmara Cível.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO RELATOR (DES. DORIVAL RENATO PAVAN) PARA ANÁLISE DE SEU VOTO PROLATADO EM 14/05/2012. APÓS O REVISOR DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS E O 1º VOGAL NEGAR PROVIMENTO. OS DEMAIS AGUARDAM.

VOTO (EM 13.8.2012)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Mesmo na qualidade de relator, pedi vistas dos autos na sessão anterior, para examinar o argumento do eminente Desembargador MARCO ANDRÉ NOGUEIRA HANSON, que apontou que os embargos infringentes **deveriam ser providos**, na medida em que a posse da embargante - e que fundamentou os embargos de terceiros propostos por ela em primeiro grau, ali julgados procedentes, cuja sentença foi reformada, à maioria, perante a e. 1ª. Câmara Cível deste Tribunal - era datada do ano de 1996, fato incontestado na prova colhida ao longo da instrução processual, ao passo que o registro da hipoteca do embargado, muito embora constituída desde 07.07.93, só foi levada a registro na data de 18 de junho de 1999, posterior, portanto, à data do início da posse da embargante, a qual haveria de ser, assim, reconhecida e preservada, desconstituindo a penhora havida em primeiro grau.

No voto que proferi, abrindo o presente julgamento, entendi que os embargos infringentes deveriam ser improvidos, mantendo-se o acórdão da E. 1a. Câmara Cível, fundando-me no fato (primordial) de que a hipoteca seria anterior à data do início da posse da embargante e, assim, prevaleceria em face dela, por força do direito de seqüela constituído em favor do credor hipotecário, aqui embargado.

A hipoteca, efetivamente, foi constituída *anteriormente* ao início da posse, mais precisamente, como afirmei em meu voto, na data de 07.07.93, ao passo que a posse da embargante, reafirmo, teve início em 1.996, fato indubitável nos autos.

Entretanto, é bem de se ver e o Des. MARCO ANDRÉ NOGUEIRA HANSON está coberto de razão, quando afirma que a hipoteca, muito embora tivesse sido constituída por instrumento público lavrado em data de 07.07.1993, só foi levada a **registro** perante o espelho imobiliário da comarca de Aquidauana (Matrícula 1.881, na data de **18 de junho de 1999**, como se infere do Registro 08, fls. 22-verso dos presentes autos.

Resta saber se esse registro da hipoteca, naquela data, seria suficiente para gerar o provimento dos presentes infringentes.

Primeiro, é de se ver que, para a prova de sua *posse* sobre o imóvel, a embargante trouxe em seu socorro, tão somente, uma única testemunha, ouvida por precatória, Dra. NAIR BARBOSA PAES DE BARROS, a qual advogava para o pai da autora, Honorivaldo Alves de Albres e disse apenas que *ficou sabendo* que Honorivaldo teria adquirido o imóvel rural denominado Sítio Paula, com 75 hectares, que confronta com um frigorífico que era de propriedade do próprio Honorivaldo, aquisição essa feita, contudo, é de se estranhar, apenas *da posse* do mesmo bem, não de sua propriedade. (fls. 151).

Tanto assim é que em seu depoimento pessoal a autora embargante afirmou que o pai da autora **adquiriu de Luzia Martinez Bacha a posse do imóvel**, por ele mantida até o ano de 1996, quando faleceu.

Mas o que é de se estranhar é que, embora fosse, então, supostamente, o possuidor, a própria embargante afirmou textualmente, em seu depoimento pessoal, que “*com o falecimento de Honorivaldo, pai da depoente, procedeu-se o inventário de seus bens, e o imóvel mencionado nestes autos não foi arrolado entre os bens de propriedade de Honorivaldo*”, sob o argumento de que tal não ocorreu porque havia um acordo entre o pai da autora e seus irmãos, de que esse imóvel era destinado à depoente, disposição que teria sido respeitada pelos irmãos (fls. 124).

Sobre o fato de que a aquisição do imóvel se deu apenas *da posse*, ainda assim sem qualquer documentação, a depoente autora afirmou, ainda às fls. 124, que “*não possui nenhum documento de aquisição*

da referida área e também não tem conhecimento sobre a sua existência ou não. Não sabe explicar porque razão referida área não foi incluída no inventário de Honorivaldo, que tem como inventariante Vilma Carneiro Albres”.

Na inicial da presente ação de embargos de terceiro (fls. 03), a embargante afirmou que o pai da embargante teria adquirido *a posse* do imóvel no ano de **1.993, de LUZIA MARTINEZ BACHA**, falecida em 09.10.95. Com a morte do pai, posteriormente, a chácara (ou sítio) passou a ser ocupada pela embargante autora, até que surgiu a penhora, no dia 29.10.2008, dando ensejo ao ajuizamento da presente ação.

Vê-se que a embargante disputa os embargos de terceiro fundado, tão-somente, *na posse*, em decorrência da qual - ainda que fosse mansa e pacífica, por suposição - não implementou os requisitos necessários à aquisição do domínio, pela usucapião.

O estranho em todos esses fatos é que o pai da embargante teria supostamente adquirido *a posse* do bem no ano de 1993, sem qualquer comprovação desse fato, contudo, na prova encartada nos autos.

Os únicos elementos de prova de *ocupação* da área, não de atos de posse, são as fotografias de um casamento ali realizado, da irmã da embargante, em **setembro de 1997**, mas não se sabe se, naquele momento, estaria efetivamente ocupando o imóvel a título de **possuidora** ou teria ali realizado o casamento por cessão ou empréstimo temporário.

Todavia, esses fatos não são mais suscetíveis de discussão nos infringentes, porque o próprio voto vencedor, no qual se apoia o embargado, agora Espólio de Nelson Vieira Espíndola, reconheceu que “*a posse da embargante/apelada ficou demonstrada por meio de prova testemunhal, o que justificaria, em tese, a proteção pelos embargos de terceiro, diante da penhora realizada sobre o imóvel objeto da lide, nos autos de execução ajuizada pelo apelante em face do Espólio de Luzia Martinez Bacha*” (fls. 277, extraído do voto do Des. João Maria Lós).

O documento de fls. 45 dos autos, por exemplo, informa que na data de **20.09.1997**, na Chácara Paula (que é o imóvel objeto da presente ação), a irmã da embargante se casava e tanto a festa de casamento, quanto a cerimônia, foram realizadas nas suas dependências, e esse fato é irrefutável.

A prova testemunhal encartada nos autos, como, por exemplo, a de fls. 123, no depoimento de Nair Barbosa Paes de Barros (fls. 151/152), deixou evidente também que foi o pai da autora - Honorivaldo Alves de Albres quem, anteriormente, ainda no ano de 1993, comprou a posse do sítio Paula, de Luzia Martinez Bacha, que veio a falecer no ano de 1995 e a partir daí, informa a mesma testemunha, ainda, foi Cláudia que passou a morar na área, o que fez até dezembro de 2009, quando se mudou para a cidade, mas ali mantendo empregados seus trabalhando na propriedade.

Essa posse, assim, é inconteste e com base nela os embargos de terceiros foram intentados, tendo ocorrido no julgamento da E. 1a. Turma Cível, o entendimento de que, embora provada essa posse, cederia ela à garantia hipotecária, que teria sido constituída anteriormente.

Penitencio-me pelo fato de que também segui esse entendimento, fundado na observação de que a hipoteca foi realmente constituída anteriormente ao início da posse do pai da embargante e dela própria, no ano de 1993, mas sem deixar de levar em consideração um fato **primordial**, básico e essencial, que muda todo esse entendimento, levantado pelo eminente Revisor, no sentido de que essa hipoteca **só foi levada a registro posteriormente, na data de 18 de junho de 1999** (registro 08 à margem da matrícula 1.811), a partir de quando, então, passou a se constituir como *direito real*.

Evidentemente que a hipoteca poderia ser registrada, porque o domínio ainda se encontrava em nome do devedor, **Jamil Bacha**.

Nem mesmo a Av. 06, no mesmo espelho imobiliário, datado de **20.03.1998**, em que *Nelson Vieira Espíndola, na qualidade de credor hipotecário de Luzia Martinez Bacha*, requereu a inscrição de reserva de 20% da área para fins de reposição florestal (fls. 22 e 22-verso) é suficiente para manter meu voto anterior, tanto pelo fato de que é datado de **1998**, enquanto que a posse da embargante é anterior, de 1996, quando pelo fato de que embora tivesse ele ali se intitulado *credor hipotecário*, a hipoteca, em si, não estava inscrita, fato só ocorrido, como se viu, no ano de 1999.

Logo, não vejo como manter o meu voto anterior se o seu fundamento partiu de premissa equivocada, a saber, o suposto registro da hipoteca anterior ao início da posse da embargante, como se tivesse ocorrido no ano de 1993, quando se afere que, em verdade, a *constituição* da garantia real teria se passado naquele ano, mas seu registro, sabe-se lá por qual motivo, só ocorreu no ano de 1999 (18 de junho), não mais apta a permitir direito de sequela em face do possuidor do imóvel, no caso, a embargante (por força de sucessão de seu pai), eis que a posse, de boa-fé, mansa e pacífica, lhe foi transmitida desde 1.996.

O próprio relator designado na apelação Cível, Des. João Maria Lós, trouxe o entendimento - que é unânime na doutrina, como também citado pelo Des. Marco André Nogueira Hanson - de que o artigo 1.227 do CC de 2002, que tinha seu correspondente no artigo **848 CC de 16**, é muito claro ao dispor que é **pelo registro** que a hipoteca se constitui e, com ela, o próprio direito de sequela. Antes disso, antes desse registro, fato verificado apenas no ano de 1999 no caso presente, o que existiu foi apenas uma *declaração de vontade que traduz, tão somente, um título de direito pessoal. Apenas com a inscrição é que nasce o direito de sequela.*

Veja-se a redação desse dispositivo, artigo 848 do CC de 1916, sob cuja égide a hipoteca se constituiu e que, então, é aplicável à espécie:

“Art. 848. As hipotecas somente valem contra terceiros desde a data da inscrição. Enquanto não inscritas, as hipotecas só subsistem entre os contraentes”.

Se a inscrição, no caso, ocorreu depois de iniciada a posse da embargante destes infringentes, outra consequência não há que não a de, **retificando meu voto**, acompanhar o voto do eminente revisor, Des. Marco André Nogueira Hanson, para também **dar provimento** aos presentes embargos infringentes, e fazer prevalecer o voto vencido do Des. Joenildo de Souza Chaves, lançado na 1a. Câmara Cível deste Tribunal, no julgamento da apelação cível 2011.030335-7, reformando-se aquele acórdão e, por força desse provimento, restabelecer *in totum* a r. sentença de primeiro grau.

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

Dou provimento aos embargos.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DA DES^a TÂNIA GARCIA DE FREITAS BORGES, APÓS O RELATOR REVER SEU VOTO PARA DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS, ACOMPANHADOS PELOS DESEMBARGADORES MARCO ANDRÉ E JOENILDO. O DES. OSWALDO NEGAVA PROVIMENTO.

VOTO (EM 10.9.2012)

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges (3º Vogal)

Trata-se de Embargos Infringentes interpostos contra acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível deste Tribunal que, por maioria, vencido o Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves, reformou a sentença para julgar improcedente os embargos de terceiro.

A controvérsia cinge-se na cronologia dos fatos que permeiam o imóvel objeto da demanda, especialmente se a posse da embargante é anterior ou posterior ao registro da hipoteca, motivo pelo qual pedi vista dos autos.

No que tange à posse da embargante, sua data inicial restou incontroversa nos autos, não só diante da instrução probatória mas também porque tanto a sentença quanto os votos proferidos na apelação reconheceram que a posse iniciou em 1996.

Assim, apesar da hipoteca ter sido constituída em 07.07.93, seu registro foi levado a efeito em 18.06.99 (fl. 22v), o que não tem o condão de repelir o direito possessório da embargante, em razão do disposto no art. 848 do CC/16: *“As hipotecas somente valem contra terceiros desde a data da inscrição. Enquanto não inscritas, as hipotecas só subsistem entre os contraentes.”*

Ante o exposto, acompanho o i. Relator em sua retificação, que deu provimento aos embargos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 10 de setembro de 2012.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0000630-54.2011.8.12.0004 - Amambai
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – FILHO MENOR – FALECIDO – CRECHE – ASFIXIA POR BRONCO/ASPIRAÇÃO PARADA CARDIORRESPIRATÓRIA – RECURSOS IMPROVIDOS.

1. Em se tratando de ato omissivo atribuído à Administração Pública, a verificação da responsabilidade civil, nesse caso, é subjetiva.

2. Comprovado nos autos que os prepostos do Estado faltaram com o dever de cuidado no sentido de evitar que um recém-nascido, logo após a amamentação, viesse a falecer devido ao fato de ter se asfixiado com o próprio alimento (leite) que lhe foi ministrado, impõe-se ao Poder Público o dever de indenizar os pais do infante pelos danos morais sofridos.”

3. O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado de maneira a oportunizar ao lesado um abrandamento da sua dor psíquica, sem com isso, produzir-lhe o enriquecimento sem causa. Por outro lado, deve desempenhar reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a ocorrência de novos episódios.

4. Deve ser reconhecido a concessão de pensionamento mensal decorrente de morte do filho aos pais de baixa renda, que deve ser de 40% do salário mínimo, da data em que a vítima completaria 16 anos, até 25 anos, e a partir de 25 até 65 anos em 20% do salário mínimo mensal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de outubro de 2012.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível/Reexame Necessário interposto por Juiz **ex officio** contra decisão proferida pelo juízo da Cível da Comarca de Amambai, nos autos da **Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais**, movido por **Edinei Dorta Mendes e Joelma Bulgue**.

Aduz que o laudo médico não pode determinar a causa do óbito, se resultante de falta de cuidados, negligência ou qualquer outra circunstância, não devendo ser aplicado o art. 37, §6º, da CF.

Alega que todos os procedimentos no auxílio de socorro ao menor foram realizados, não podendo atribuir a morte do filho dos apelados a eventual conduta omissiva de preposto do município.

Sustenta que o valor fixado em R\$ 93.3000,00 por danos morais, demonstra elevado devendo ser revisto, bem como os danos materiais, uma vez que não tem provas de que o menor quando adulto iria ajudar no sustento de seus pais.

Ao final requer o provimento do recurso, para reformar a sentença objurgada.

Os apelados apresentaram contrarrazões, f.177/182, manifestando pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível/Reexame Necessário interposto por Juiz **ex officio** contra decisão proferida pelo juízo da Cível da Comarca de Amambai, nos autos da **Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais**, movido por **Edinei Dorta Mendes e Joelma Bulgue**.

Analiso em conjunto o reexame necessário e o recurso de apelação cível, interposto pelo Município de Amambai.

Aduz que o laudo médico não pode determinar a causa do óbito, se resultante de falta de cuidados, negligência ou qualquer outra circunstância, não devendo ser aplicado o art. 37, §6º da CF, bem como todos os procedimentos no auxílio de socorro ao menor foram realizados, não podendo atribuir a morte do filho dos apelados a eventual conduta omissiva de preposto do município.

No caso presente, os autores Joelma Bulgue e Edinei Dorta Mendes, propuseram ação de indenização por danos morais e materiais em desfavor do Município de Amambai, pleiteando a condenação ao pagamento de danos materiais e morais pela morte de filho, Welinton Bulgue Mendes, que no dia 7.5.09, veio a óbito na creche administrada pelo requerido após se asfixiar com o próprio vômito.

O Município de Amambai apresentou contestação, f. 32/41, afirma que o ato foi omissivo e, portanto, a responsabilidade é subjetiva com necessidade de prova de culpa da Administração. Entende que não houve negligência da Municipalidade no atendimento do menor no berçário, pois a ação de seus agentes foi de acordo com os padrões exigidos para casos semelhantes, conforme declarações colhidas no inquérito. Afirma ainda que inexistente nexo de causalidade entre a morte do lactante com eventual conduta omissiva dos prepostos do município.

O Juiz de primeiro grau, julgou procedente o pedido dos autores, f.135/148, *in verbis*:

“Diante do exposto e mais que dos autos consta, com fulcro no art. 37, § 6º, da CF, c.c. art. 186, do CC/2002, julgo procedentes os pedidos de Joelma Bulgue e Edinei Dorta Mendes para condenar o Município de Amambai, todos qualificados na inicial, ao pagamento de danos morais em R\$ 93.300,00 (noventa e três mil e trezentos reais), devidamente corrigido monetariamente e com juros nos termos do artigo 1º-F, da Lei n.º 9.494/97 a partir desta data até o efetivo pagamento e ao pagamento de danos materiais em pensão devida à mãe e pai da vítima em 40% do salário mínimo da data em que a vítima completaria 16 anos até 25 anos e a partir de 25 até 65 anos em 20% do salário mínimo mensal. As verbas pretéritas devem ser corrigidas mês a mês, também, conforme diretrizes do artigo 1º-F, da Lei n.º 9.494/97. A implantação deve se dar na data do trânsito em julgado, servindo a idade apenas para limitar o tempo de pagamento das pensões... Condeno,

em honorários de advogado aos patronos dos autores em 10% do valor da condenação, conforme artigo 20, § 3º, do CPC, considerando o tempo despendido, pouca complexidade da causa, audiência de instrução e forma de dignificar o trabalho dos profissionais. Julgo o processo com apreciação do mérito, a teor do artigo 269, inc. I, do CPC. Consoante dispõe o artigo 475, inciso I, do CPC, com ou sem recurso voluntário, remetam-se os autos para reexame necessário na instância superior.”

Verifica-se que o filho dos apelados, o menor Welinton Bulgue, estando aos cuidados do berçário da creche administrada pelo Município de Amambai, vindo a falecer enquanto estava na creche Sonho de Criança do Município de Amambai, sendo que conforme atestado de óbito às f. 17 o infante faleceu em decorrência de *“Asfixia por broncoaspiração, parada cardiorespiratória.” Assim também constou no exame necroscópico: “A morte aconteceu em consequência de obstrução brônquica por aspiração de secreção láctea levando a asfixia.” (f. 26). A vítima tinha apenas 6 meses de vida (f. 16).*

Por sua vez, a médica Liliane Cristina Docusse, que vinha atendendo o filho dos apelados e causas da morte, sem olvidar que afirmou ser a broncoaspiração comum em crianças da idade da vítima e que necessitam de cuidados redobrados, f.112:

“JUIZ: A senhora trabalha no município ou atendeu a criança Wellington Bugue Mendes- DEPOENTE: Sim. Eu trabalho no município e atendi a criança. JUIZ: Qual a sua especialidade- DEPOENTE: Eu sou clínica geral. JUIZ: E a senhora quando atendeu o Wellington foi logo após ele ter crise de uma bronco-respiração, ou antes, a senhora já tinha atendido- DEPOENTE: Eu já atendi ele, que ela fazia acompanhamento no posto de saúde, a onde ela morava com a criança né. E essa criança sempre passava pelo posto com problemas corriqueiros da idade. E quando ela veio a falecer eu estava de plantão no hospital regional, foi eu que admiti a criança. JUIZ: E uma pergunta para a senhora; a criança, quando a senhora fez os exames normais... DEPOENTE: Sim. Uhum. JUIZ: ... De rotina, antes do falecimento dela, ela apresentou algum sinal de ser especial- De ter algum problema... DEPOENTE: Não. JUIZ: ... Que demandasse cuidados extraordinários- DEPOENTE: Não. Era uma criança que apresentava problemas de rotina, da idade... JUIZ: Febre- DEPOENTE: É. JUIZ: Dor de garganta- DEPOENTE: Problemas respiratórios. Isso. Virose intestinal, essas coisas, mas ela tinha um bom desenvolvimento para a idade, ganho de passo normal, para a idade. JUIZ: Então, não tinha nenhum problema aparente que demandasse cuidados extraordinários- DEPOENTE: Não. JUIZ: Essa bronco-aspiração, ela é comum em crianças dessa idade- DEPOENTE: Sim. JUIZ: Isso tem que ter um cuidado redobrado em crianças, naturalmente, nessa idade- DEPOENTE: Naturalmente... JUIZ: Para que isso não ocorra- DEPOENTE: Isso. JUIZ: Dada a palavra ao Doutor Odil. -: Constou lá do relatório dela, Excelência, que (ininteligível) com ausência de sinais (ininteligível), após uma (ininteligível) pela assistente. (ininteligível) foi com (ininteligível)... JUIZ: A senhora saberia se ele já chegou em óbito, que a senhora... DEPOENTE: Ele já chegou... JUIZ: ... Disse que a (ininteligível) é característica... DEPOENTE: Isso. Ele já chegou em óbito no hospital. JUIZ: Já chegou em óbito no hospital- DEPOENTE: Em óbito no hospital. Sem sinais vitais. -: Foi realizado manobra de... DEPOENTE: Reanimação- JUIZ: Foi feito alguma... DEPOENTE: Sim. JUIZ: ... Manobra de ressuscitação- DEPOENTE: Isso. Foi feito manobra de ressuscitação, sem êxito. -: A causa não foi comprovada- JUIZ: A causa, a senhora... DEPOENTE: Essa criança a gente mandou para o serviço de verificação de óbito para Ponta Porã. JUIZ: IML- DEPOENTE: Isso. - (inaudível). JUIZ: Dada a palavra a Nobre Procuradora do Município. MP: Se existe um conhecimento da doutora a respeito de qual seria a posição mais adequada, a indicada, naquele momento, para que a criança ser colocada no berço, não só ela, todas. JUIZ: Crianças nessa idade, após a amamentação, tem alguma posição que seja indicada- DEPOENTE: Normalmente sempre é indicado aguardar a criança a arrotar primeiro, entendeu- Aí, depois você pode

colocar tanto de ladinho, quanto em decúbito dorsal. MP: Se ela chegou à conversa com a atendente antes de fazer o relatório em relação ao óbito. JUIZ: A senhora chegou a conversar com alguém da escola ou com a atendente antes do relatório- DEPOENTE: Não. Essa criança já chegou no PS, eu fiz a manobra de ressuscitação, aí depois que eu fui conversar com os acompanhantes que estavam do lado de fora. E a declaração de óbito foi para o IML, saiu de lá, não fui eu que assinei. MP: Sem mais perguntas. JUIZ: Dou por encerrado.” Sem negrito no original (f. 112).

Como se vê, a vítima Welinton Bulgue Mendes estava na creche e sob os cuidados de prepostos do Município que, por imperícia e negligência não adotaram cuidados pertinentes a uma criança com pouco mais de 6 meses de idade ao colocá-la em um berço, logo após a refeição, sem a supervisão constante de um responsável.

Como se sabe, o apelante - na qualidade de Ente Público - sujeita-se à norma prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que trata da responsabilidade objetiva, hipótese em que a vítima não tem o ônus de provar a culpa ou dolo do causador do dano.

Todavia, no especial caso em exame, não se pode falar na aplicação da teoria do risco administrativo, uma vez que em eventual dano causado por ato omissivo do ente Estatal, a responsabilidade é subjetiva.

Nessa hipótese, há necessidade de comprovação de omissão culposa - imprudência, imperícia ou negligência - da Administração Pública, para que fique configurada a obrigatoriedade da indenização estatal.

Sobre o tema, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO disserta que:

“Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. [...]

Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora o particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva” (Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., Malheiros Editores, p. 871/872) (grifos do autor).

Para obter êxito na tutela jurisdicional reclamada revela-se necessário que os apelados tenham demonstrado: a) o dano, b) a culpa do apelante, e b) o nexo de causalidade entre a falta do seu serviço e o evento danoso, pressupostos da responsabilidade subjetiva.

A solução do litígio consiste em saber se o falecimento do filho dos apelados deveu-se à falha na prestação de serviço da creche, cuja instituição é mantida pelo Poder Público Estadual.

Por se tratar de criança de 6 meses de vida, necessitava de cuidados redobrados, pois após ter recebido a mamadeira às 11h:30min, sendo que depois de 30 minutos a funcionária Lucilena Menas Alves colocou ele para dormir, sendo que já tinha recebido orientações da técnica que era para deixar ele, sempre deitadinho de lado e escorar ele com um travesseirinho, f.109.

Assim, o apelante deveria ter disponibilizado maior número de servidores, de modo que se tivesse alguém sempre observando poderia ter evitado a morte da criança, uma vez que a própria funcionária da creche afirmou que recebeu orientações da técnica para deixar a criança dormir deitado de lado e escorar com um travesseiro .

De acordo com a prova testemunhal produzida, aliada aos demais elementos probatórios constantes dos autos, observa-se que a culpa pelo infortúnio aqui discutido converge no sentido de que os prepostos do apelante agiram com negligência, não tomando as devidas cautelas para evitar que um recém-nascido, logo após a amamentação, viesse a falecer devido ao fato de ter-se asfixiado com o próprio alimento (leite) que lhe foi ministrado, f. 16/17 e 26.

Com efeito, não é dado negligenciar-se no atendimento de qualquer criança que se encontre com apenas seis meses de idade e que, por óbvio, necessita de cautela sabidamente intensificada e de atenção especial.

O falecimento do filho dos apelados decorreu da lamentável falta do dever de cuidado da Creche, restando presente o dano, a conduta culposa e o nexo de causalidade, pressupostos indispensáveis para a ocorrência da responsabilidade civil do apelante, situação que ampara a tutela jurisdicional reclamada na inicial.

Nesse se tido vê se a jurisprudência:

“EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – INDENIZAÇÃO – MORTE DE BEBÊ EM CRECHE ESTADUAL – OMISSÃO DO PODER PÚBLICO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – DANO MORAL CONFIGURADO – DANO MATERIAL (PENSIONAMENTO) INADMISSÍVEL – RECURSOS A QUE SE NEGAM PROVIMENTO.

Em se tratando de ato omissivo atribuído à Administração Pública, a verificação da responsabilidade civil, nesse caso, é subjetiva.

Comprovado nos autos que os prepostos do Estado faltaram com o dever de cuidado no sentido de evitar que um recém-nascido, logo após a amamentação, viesse a falecer devido ao fato de ter se asfixiado com o próprio alimento (leite) que lhe foi ministrado, impõe-se ao Poder Público o dever de indenizar os pais do infante pelos danos morais sofridos.” (Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.037202-2/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. J. 1º.12.2009)

Forçoso concluir que, restando demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão culposa do Poder Público e o evento danoso, impõe-se reconhecer a responsabilidade civil do recorrente.

Sustenta que o valor fixado em R\$ 93.3000,00 por danos morais, demonstra elevado devendo ser revisto, bem como os danos materiais, uma vez que não tem provas de que o menor quando adulto iria ajudar no sustento de seus pais.

Na fixação do montante indenizatório, há de se considerar a dupla finalidade da reparação, qual seja, a de punir o causador do dano, buscando um efeito repressivo e pedagógico, e de propiciar à vítima uma satisfação, sem que isso represente um enriquecimento sem causa.

Essa questão já foi analisada por este Câmara Cível:

“O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado de maneira a oportunizar ao lesado um abrandamento da sua dor psíquica, sem com isso, produzir-lhe o enriquecimento sem causa. Por outro lado, deve desempenhar reprimenda ao ofensor, a fim

de evitar a ocorrência de novos episódios.” (Apelação Cível - Sumário - N. 2010.007311-4/0000-00 - Terceira Turma Cível - Chapadão do Sul. Relator - Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. J.10.8.2010)

No arbitramento do dano moral deve-se levar em conta as condições econômicas das partes, as circunstâncias em que ocorreram os fatos, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento da vítima, enfim, aspectos dotados de ampla subjetividade, o que torna a tarefa bastante difícil e delicada.

Na espécie, levando-se em consideração a circunstância de ser agente público, as condições particulares das vítimas (campeiro e do lar, f. 17); e ainda, com vista a evitar que o valor seja capaz de ensejar enriquecimento sem causa da parte, é de se constatar que o valor de R\$ 93.300,00 (noventa e tres mil e trezentos reais), fixado pela magistrada a título de indenização por dano moral revela-se suficiente e adequado.

Nos moldes da Súmula n. 491 do STF, o fato de filho menor morto em acidente não exercer trabalho remunerado não constitui óbice ao reconhecimento de direito de indenização aos seus pais.

Desta feita, conforme tem decidido os Tribunais Superiores, inexistindo comprovação de renda mensal auferida pela vítima, adota-se o salário mínimo para arbitramento da pensão, para possibilitar o pagamento de pensão mensal vitalícia.

Nesse contexto:

“ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATROPELAMENTO. MORTE DE FILHO MENOR. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. PENSIONAMENTO. [...] 2. A orientação do STJ está consolidada no sentido de fixar a indenização por morte de filho menor, com pensão de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos. [...]” (STJ, REsp 817.418/RJ, 2ª T., Min. Castro Meira, j. 18/09/2008)

“Danos materiais devidos, na esteira de precedentes jurisprudenciais, em 2/3 do salário mínimo a partir da data em que o menor teria idade para o trabalho (14 anos) até a data em que ele completaria 25 anos, reduzida para 1/3 a partir de então, até os 65 anos (STJ, AGRG no RESP 734.987/CE, Rel. Ministro Sidnei Beneti, terceira turma, DJ de 29/10/2009)”. (TJMS, AC 2010.024080-1, 4ª T., Des. Rêmolo Letteriello, j. 24/08/2010)

“RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL C/C REEXAME NECESSÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DISPAROS COM ARMA DE FOGO POR POLICIAL MILITAR. MORTE DA VÍTIMA. NEXO DE CAUSALIDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANOS MATERIAIS. PENSÃO MENSAL. 2/3(DOIS TERÇO) DO SALÁRIO MÍNIMO ATÉ QUE A VÍTIMA COMPLETASSE 25(VINTE E CINCO) ANOS REDUZIDA PARA 1/3(UM TERÇO) ATÉ QUE A VÍTIMA COMPLETASSE 65(SESSENTA E CINCO) ANOS DE IDADE. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. INAPLICÁVEIS À ESPÉCIE. DANOS MORAIS. VERBA REPARADORA REDUZIDA. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA SENTENÇA. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA RETIFICADA EM PARTE NO REEXAME OBRIGATÓRIO. Comprovado o nexo causal entre o fato e o dano ocorrido, impõe-se a obrigação de indenizar à administração. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente em reconhecer a concessão de pensionamento mensal decorrente de morte do filho aos pais de baixa renda, que deve ser de 2/3(dois terços) do salário mínimo, devida até que a vítima completasse

25(vinte e cinco) anos, reduzindo-a a partir de então para 1/3(um terço) do salário mínimo, até a época em que o de cujus completaria 65(sessenta e cinco) anos de idade o valor de R\$60.000,00 (sessenta mil reais) mostra-se mais adequado para reparar o dano moral causado à apelada, pois este montante repercute no patrimônio do estado sem excessos, não torna iníqua ou insignificante a reparação, assim como não patrocina a captação ou exagero de vantagem, e não constitui uma indenização irrisória. Os juros de mora e a correção monetária são inadequados nesta hipótese de indenização por dano material, porque o valor empregado para reparar o dano foi fixado com base no salário mínimo. Em se tratando de danos morais, o termo a quo da correção monetária é a data da prolação da decisão que fixou o quantum da indenização, ficando mantida a incidência dos juros de mora a partir da sentença, por força do princípio *reformatio in pejus*.” (TJMT; Ap 38548/2010; Capital; Quarta Câmara Cível; Rel^a Des^a Clarice Claudino da Silva; Julg. 09/11/2010; DJMT 26/01/2011; Pág. 18).

“APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. MORTE EM DECORRÊNCIA DE AGRESSÕES SOFRIDAS NO INTERIOR DE CLUBE/BOATE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 14 DO CDC. DEFEITO DO SERVIÇO, DANO E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO EM TERMOS RAZOÁVEIS. MAJORAÇÃO E REDUÇÃO INDEVIDAS. QUANTUM MANTIDO. DANO MATERIAL. MORTE DE FILHO MENOR. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. PENSIONAMENTO DEVIDO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. REDUÇÃO. INADIMISSIBILIDADE SENTENÇA CONDENATÓRIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 20, § 3º, DO CPC. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DO RÉU IMPROVIDO. Tratando-se de responsabilidade objetiva, pelo disposto no art. 14 do CDC, basta a demonstração do defeito do serviço, do dano e do nexo de causalidade, para restar caracterizado o dever de indenizar. Não existindo parâmetros para a fixação do valor do dano, a indenização por danos morais deve ser fixada pelo julgador segundo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a evitar a configuração de enriquecimento sem causa, devendo atender sempre à função compensatória ao ofendido e punitiva ao ofensor. Na esteira da jurisprudência STJ, em caso de famílias de baixa renda, como na hipótese dos autos, é devida a pensão mensal em razão da morte de filho menor equivalente a 2/3 do salário mínimo, no período entre os 14 a 25 anos de idade da vítima, e 1/3 do salário mínimo, até a data em que completaria 65 anos. Tendo o magistrado singular fixado a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação, ou seja, no mínimo legal, aos termos do art. 20, § 3º, do CPC, não há falar em redução.” (TJMS; AC-Or 2009.016671-4/0000-00; Campo Grande; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves; DJEMS 16/12/2010; Pág. 37).

Portanto, agiu com acerto o juiz da causa, com fulcro no art. 37, § 6º, da CF, c.c. art. 186, do CC/2002, julgar procedentes os pedidos dos autores condenando o Município de Amambai, ao pagamento de danos morais em R\$ 93.300,00 (noventa e três mil e trezentos reais), devidamente corrigido monetariamente e com juros nos termos do artigo 1º-F, da Lei n.º 9.494/97 a partir desta data até o efetivo pagamento e ao pagamento de danos materiais em pensão devida à mãe e pai da vítima em 40% do salário mínimo da data em que a vítima completaria 16 anos até 25 anos e a partir de 25 até 65 anos em 20% do salário mínimo mensal. As verbas pretéritas devem ser corrigidas mês a mês, também, conforme diretrizes do artigo 1º-F, da Lei n.º 9.494/97. A implantação deve se dar na data do trânsito em julgado, servindo a idade apenas para limitar o tempo de pagamento das pensões.

Posto isso e que dos autos consta, **conheço do recurso obrigatório e o recurso voluntário, contudo, nego provimento**, mantendo inalterada a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Rubens Bergonzi Bossay e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 16 de outubro de 2012.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0003033-68.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO - EXECUÇÃO – PENHORA DE IMÓVEL – VENDA DO IMÓVEL QUANDO JÁ EXISTIA DEMANDA CONTRA O EXECUTADO - ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, PELO DEVEDOR, DA EXISTÊNCIA DE OUTROS BENS QUE SATISFAÇAM O CRÉDITO EM EXECUÇÃO – MÁ-FÉ DO ADQUIRENTE DEMONSTRADA – FRAUDE À EXECUÇÃO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

1. Configura-se a má-fé do adquirente quando este não atua com os padrões normais de diligência ordinária. Para descaracterizar a fraude, segundo a doutrina dominante, é preciso que nem o mais leve sinal de má-fé esteja presente na conduta do terceiro adquirente, quando, por exemplo, ao tempo da aquisição, não dispusesse de meios para razoavelmente conhecer a situação da coisa ou do vendedor do imóvel.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª 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, 16 de outubro de 2012.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Evanir Cardoso de Oliveira e Sérgio Gomes de Oliveira, contra decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de Embargos de Terceiro movido contra Julino de Azevedo Moro, Luiz Antonio Pinheiro Lacerda Filho, Luiz Augusto Pinheiro de Lacerda, Luiz Guilherme Pinheiro de Lacerda, Miguel Angel Moro e Renato Chagas Correa da Silva.

Aduzem que não houve fraude a execução, bem como a comprovação da má-fé, uma vez que quando da aquisição do bem, não detinha conhecimentos sequer acerca da existência da decisão que declaratória de fraude à execução, já que não havia qualquer registro imobiliário nesse sentido, conforme súmula 375 do STJ.

Alegam que quanto à suposta má-fé no tocante ao preço pago pela aquisição do imóvel, tratava de mero lote de terreno, sem qualquer benfeitoria edificada do bem, sendo uma região pouco desenvolvida.

Ao final requerem o provimento do recurso, para reformar a sentença de primeiro grau, devendo ser levantando a penhora realizada sobre o em, com o cancelamento da averbação de n.º 06 e registro n.º 07 da matrícula do imóvel n.º 2.136 do CRI da 2ª Circunscrição desta comarca.

Os apelados apresentaram contra-razões f.123/140, manifestando pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Evanir Cardoso de Oliveira e Sérgio Gomes de Oliveira contra decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de Embargos de Terceiro movido contra Julino de Azevedo Moro, Luiz Antonio Pinheiro Lacerda Filho, Luiz Augusto Pinheiro de Lacerda, Luiz Guilherme Pinheiro de Lacerda, Miguel Angel Moro e Renato Chagas Correa da Silva.

Aduzem que não houve fraude a execução, bem como a comprovação da má-fé, uma vez que quando da aquisição do bem, não detinha conhecimentos sequer acerca da existência da decisão que declaratória de fraude à execução, já que não havia qualquer registro imobiliário nesse sentido, conforme súmula 375 do STJ.

Verifica-se que os autores/apelantes propuseram a presente ação de embargos de terceiros em face dos réus/apelados sob alegação de que adquiriram dia 17 de agosto de 2006, da Sra. Ugnelma Aparecida Britez da Silva, o lote de terreno de n. 21 da quadra de n. 04 matriculado sob o n. 2.136 do CRI da 2ª Circunscrição desta comarca. Esclareceram que a vendedora havia adquirido o bem do executado Moacir Boza em 24 de janeiro de 2002.

Sustentaram que quando foram registrar a escritura pública de compra e venda tomaram ciência da penhora existente sobre o imóvel decorrente de ordem judicial na ação de execução, relacionada a uma dívida do antigo proprietário e executado Moacir Boza.

Alegaram que o registro da penhora foi feito em momento posterior à sua aquisição do imóvel, de modo que não tinham conhecimento das constrições judiciais pendentes sobre o bem, tendo agido com boa-fé. Também sustentaram a inexistência de fraude à execução, considerando que o executado foi citado da execução em 12 de junho de 2006, muito após este ter alienado o imóvel, o que ocorreu em 24 de janeiro de 2002.

Foi deferido o requerimento de concessão do benefício da gratuidade judicial em favor dos embargantes. No mesmo ato os embargos foram recebidos, ficando suspensa a execução com relação ao bem imóvel objeto dos embargos, f.59.

Os embargados ofereceram impugnação/contestação (f. 63-77).

O juiz da causa, julgou improcedente a demanda, sob alegação de que é nítido a intenção fraudulenta do executado Moacir Boza, que promoveu a venda do imóvel logo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, e antes que fosse possível a averbação de qualquer pendência sobre a ação de execução no registro imobiliário.

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 turbacão 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 mantidos 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 turbacão 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 turbacão 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).

In casu, alegaram os recorrentes que quando foram registrar a escritura pública de compra e venda do imóvel, depararam com a penhora incidente sobre o imóvel representado pelo lote de terreno de n. 21 da quadra de n. 04 matriculado sob o n. 2.136 do CRI da 2ª Circunscrição desta comarca.

Como bem registrou o magistrado da causa ao Analisar a ação principal (cumprimento de sentença – 0022929-88.1998.8.12.0001), verificou-se que o processo originário se iniciou em **21 de agosto de 1998**, como ação de indenização por danos materiais e morais, sendo o réu Moacir Boza **citado em 18 de setembro de 1998**. Na sentença proferida nesse processo, o réu foi condenado ao pagamento de diversas indenizações, tendo a sentença **transitado em julgado em 03 de dezembro de 2001**. O processo de execução de sentença foi **iniciado em 04 de fevereiro de 2002**, com um débito a ser pago pelo executado Moacir Boza no valor de R\$ 327.861,71 (trezentos e vinte e sete mil, oitocentos e sessenta e um reais e setenta e um centavos). O executado Moacir Boza foi **citado em 12 de junho de 2002**. No dia 12 de julho de 2006 foi proferida a decisão, por meio da qual foi reconhecida como fraude à execução a alienação do bem matriculado sob o n. 2.136 do CRI da 2ª Circunscrição desta comarca, entre outros, de modo que o imóvel correspondente ficou sujeito à execução, nos termos do art. 592, V, do CPC. Essa decisão foi averbada na matrícula do imóvel no dia 02 de outubro de 2006. A penhora do imóvel ocorreu no dia **21 de maio de 2009**, sendo **registrada no dia 21 de agosto de 2009**. Até hoje os credores/embargados não receberam qualquer pagamento, estando o débito já superior a R\$1.700.000,00 (um milhão e setecentos reais).

Como se vê dos autos, o imóvel representado pelo lote de terreno de n. 21 da quadra de n. 04 matriculado sob o n. 2.136 do CRI da 2ª Circunscrição desta comarca, dele o executado Moacir Boza foi **proprietário até 15 de fevereiro de 2002** (f. 25/verso), data em que foi registrada a escritura pública de compra e venda celebrada com Leonor Pinheiro Barboza em **24 de janeiro de 2002** (f. 27). Nesse ponto cabe reiterar que a sentença condenatória transitou em julgado em em **03 de dezembro de 2001** e o processo de execução de sentença **foi iniciado em 04 de fevereiro de 2002**, ou seja, na mesma época em que realizada a alienação. Posteriormente, em 12 de maio de 2006, o imóvel foi transferido por Leonor Pinheiro Barboza para Ugnelma Aparecida Britez da Silva, com quem os embargantes/apelantes celebraram um contrato de compra e venda, representado pela escritura pública **lavrada em 17 de agosto de 2006** (f. 30-31). Cabe esclarecer que os embargantes não levaram a registro essa escritura, constando ainda como proprietária atual do bem a Sra. Ugnelma Aparecida Britez da Silva (f. 25/verso).

Vale registrar, como bem alegou o magistrado da causa na sentença f.103, que que todas as alienações, a partir daquela realizada pelo executado Moacir Boza, foram consideradas sem eficácia para a ação de execução.

Os autores/recorrentes a adquiriu esse imóvel no dia 17 de agosto de 2006, cerca de 1 (um) mês após as alienações anteriores terem sido consideradas em fraude à execução, o que ocorreu em 12 de julho de 2006 e a averbação em 02 de outubro de 2006. Por outro lado, a aquisição ocorreu em data bastante anterior à penhora do imóvel feita em 21 de maio de 2009 e registrada em 21 de agosto de 2009.

Diz o art. 593, do CPC, que assim dispõe:

“Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

[...]

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

A respeito do tema em debate, foi editado verbete sumular nº 375 do STJ, que traz a seguinte redação:

“O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”

De sorte que, a teor da orientação jurisprudencial, entendimento ao qual me filio, exige-se, para a caracterização da fraude à execução, registro de penhora (providência inexistente na hipótese dos autos) ou prova da má-fé do terceiro adquirente. Interessa à hipótese o exame dessa segunda condição.

Doutrina e jurisprudência, compreendendo a dificuldade de produção dessa prova, tem propalado o entendimento no sentido de que, para caracterizar a fraude à execução, exige-se a demonstração de que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência do processo ou devesse ter conhecimento dela.

Segundo lição de Cândido Rangel Dinamarco,

“Da parte do adquirente é portanto necessário (a) que tenha efetivo conhecimento da propositura da demanda, quer o demandado já haja sido citado, quer não, ou (b) que esse conhecimento seja presumido de algum ato de publicidade como a averbação da demanda ou da penhora nas repartições registrárias competentes (CPC, art. 659-A), farta divulgação pela imprensa etc., ou (c) que ele tenha deixado de comportar-se com a diligência ordinária do homem comum, não realizando as costumeiras pesquisas em cartórios de protestos, distribuidores judiciais etc.” (instituições de Direito Processual Civil, vol. IV, 3ª ed., Malheiros, 2009, p. 445)

No mesmo sentido, a opinião de Fredie Didier, Leonardo Cunha e Paula Sarno Braga:

“É certo que o terceiro deve diligenciar a obtenção de certidões negativas junto aos cartórios de distribuição de demandas no seu próprio domicílio e no domicílio do devedor-alienante. Trata-se de providências que devem ser tomadas, pois, de acordo com as regras da experiência, revelam probidade e cautela na aquisição de bem que podem ser exigidas da pessoa comum.” (Curso de Direito Processual Civil, vol. 5, Juspodivm, 2009, p. 309)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha:

“Processo civil. Recurso especial. Julgamento do mérito recursal. Reconhecimento implícito da legitimidade para recorrer. Fraude à execução. Art. 593, inciso II, do CPC. Presunção relativa de fraude. Ônus da prova da inocorrência da fraude de execução. Lei n.º 7.433/1985. Lavratura de escritura pública relativa a imóvel. Certidões em nome do proprietário do imóvel emitidas pelos cartórios distribuidores judiciais. Apresentação e menção obrigatórias pelo tabelião. Cautelas para a segurança jurídica da aquisição do imóvel. - Se no julgamento do recurso, o Tribunal adentra no mérito recursal, inequivocamente conhece do recurso. Como a legitimidade para recorrer é um dos pressupostos intrínsecos de admissibilidade dos recursos, ao tratar do mérito recursal, o Tribunal reconhece implicitamente a legitimidade para recorrer. - O inciso II, do art. 593, do CPC, estabelece uma presunção relativa da fraude, que beneficia o autor ou exequente, razão pela qual é da parte contrária o ônus da prova da inocorrência dos pressupostos da fraude de execução. - A partir da vigência da Lei n.º 7.433/1985, para a lavratura de escritura pública relativa a imóvel, o tabelião obrigatoriamente consigna, no ato notarial, a apresentação das certidões relativas ao proprietário do imóvel emitidas pelos cartórios distribuidores judiciais, que ficam, ainda, arquivadas junto ao respectivo Cartório, no original ou em cópias autenticadas. - Cabe ao comprador do imóvel provar que desconhece a existência da ação em nome do proprietário do imóvel, não apenas porque o art. 1.º, da Lei n.º 7.433/85 exige a apresentação das certidões dos feitos ajuizados em nome do vendedor para lavratura da escritura pública de alienação de imóveis, mas, sobretudo, porque só se pode considerar, objetivamente, de boa-fé, o comprador que toma mínimas cautelas para a segurança jurídica da sua aquisição. - Tem o terceiro adquirente o ônus de provar que, com a alienação do imóvel, não ficou o devedor reduzido à insolvência, ou demonstrar qualquer outra causa passível de ilidir a presunção de fraude disposta no art. 593, II, do CPC, inclusive a impossibilidade de ter conhecimento da existência da demanda, apesar de constar da escritura de transferência de propriedade do imóvel a indicação da apresentação dos documentos comprobatórios dos feitos ajuizados em nome do proprietário do imóvel.” Recurso especial não provido.” (REsp 655.000/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2007, DJ 27/02/2008, p. 189)

Conforme apontado pela Ministra relatora, nesse julgado, o art. 1.º, da Lei n.º 7.433/85 exige a apresentação das certidões dos feitos ajuizados em nome do vendedor para lavratura da escritura pública de alienação de imóveis.

Prosseguindo, este Tribunal de Justiça já analisou sobre o tema:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – PENHORA DE VEÍCULO – ALIENAÇÃO PELO REPRESENTANTE LEGAL DA EXECUTADA – ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, PELO DEVEDOR, DA EXISTÊNCIA DE OUTROS BENS QUE SATISFAÇAM O CRÉDITO EM EXECUÇÃO – MÁ-FÉ DO ADQUIRENTE DEMONSTRADA – FRAUDE À EXECUÇÃO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Configura-se a má-fé do adquirente quando este não atua com os padrões normais de diligência ordinária. Para descaracterizar a fraude, segundo a doutrina dominante, é preciso que nem o mais leve sinal de má-fé esteja presente na conduta do terceiro adquirente, quando, por exemplo, ao tempo da aquisição, não dispusesse de meios

para razoavelmente conhecer a situação da coisa – processo instaurado em face do devedor em comarca muito distante, em outro Estado até, sem que haja notícia de que ele tivesse negócios por lá, situação não verificada na casuística.” (TJMS. Agravo Regimental em Agravo - N. 2010.038652-3/0001-00 - Caarapó. Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Julgamento: 03/02/2011. Órgão Julgador: 5ª Turma Cível).

Estabelecidas essas premissas, tem-se, na hipótese, que o terceiro adquirente não adotou essas cautelas na aquisição do imóvel, caracterizando, a meu juízo, a fraude à execução. Se, pelo contrário, tivesse diligenciado junto ao Cartório Distribuidor da comarca de origem, certamente não realizaria o negócio, ao constatar a existência de ação condenatória contra o alienante.

Deve ainda, ser registrado a má-fé dos recorrentes, pois pela simples comparação entre o valor da compra e o atual valor do bem. No caso, na escritura pública celebrada pelos embargantes, constou como preço de venda do imóvel a ínfima quantia de R\$3.417,52 (três mil, quatrocentos e dezessete reais e cinquenta e dois centavos), enquanto que o valor atual do imóvel, conforme laudo de avaliação constante na execução, alcança a importância de R\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), conforme assentado pelo magistrado “ a quo”.

O baixo preço atribuído pelos embargantes demonstra que eles agiram de má-fé ao adquirirem o imóvel em questão, pois pagaram um valor bem abaixo do preço de mercado, o que demonstra a intenção puramente fraudulenta e exclusiva para a retirada do bem do patrimônio do devedor, não podendo subsistir a alegação dos apelantes de que houve valorização do imóvel após sua compra, pois somente alegaram e nada provaram, violando o art. 333, I do CPC.

À luz destas considerações, entendo que a sentença não merece reparos, motivo pelo qual, **conheço e 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. Rubens Bergonzi Bossay

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Rubens Bergonzi Bossay e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 16 de outubro de 2012.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0012526-69.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COBRANÇA – TAXAS CONDOMÍNIOS – PRESCRIÇÃO – ART. 205 DO NOVO CÓDIGO CIVIL/2002 – 10 ANOS – JUROS – 1% AO MÊS – RECURSO IMPROVIDO.

1. Na vigência do Código Civil de 1916, a prescrição da pretensão para ação de cobrança de despesas condominiais ocorria no prazo de vinte anos, consoante dispunha o art. 177 do referido codex, de modo que, a partir da vigência do Código Civil de 2002, tal prazo passou a ser de dez anos, na forma do seu art. 205.

2. A taxa de condomínio constitui dívida líquida e certa, com data pré-estabelecida. Portanto, havendo data certa para o pagamento, seu atraso denomina-se mora ex re, não necessitando de interpelação ou notificação extrajudicial ou judicial para a constituição em mora da recorrente, devendo incidir em 1% ao mês.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª 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, 13 de novembro de 2012.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Amanda Ribeiro Freitas contra decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível nos autos da Ação de Cobrança movido por Condomínio Parque Residencial Nova Austria.

Alega preliminar de prescrição de 5 anos para cobrança visando receber as taxas condominiais vencidas, conforme art. 206, §5º do CPC.

Alega que os juros moratórios devem ser fixado em 6% ao ano, até o início da CC/2002, quando então serão fixados em 12% ao ano.

Ao final requer o provimento do recurso, para reformar a sentença objurgada, bem como prequestiona as matérias ventiladas no recurso.

O apelado apresentou contra-razões f. 263/269, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Amanda Ribeiro Freitas contra decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível nos autos da Ação de Cobrança movido por Condomínio Parque Residencial Nova Austria.

Alega preliminar de prescrição de 5 anos para cobrança visando receber as taxas condominiais vencidas, conforme art. 206, §5º do CPC.

A alegação de prescrição da pretensão de cobrança das taxas condominiais deverá ser analisada observando a regra de transição prevista no art. 2028 do Código Civil vigente. Vale dizer, como Código Civil anterior estabelecia prazo vintenário para prescrição da pretensão de cobrança de taxas condominiais e o atual Código Cível reduziu este prazo para 10 anos (art. 205, CC), aplicar-se-á o art. 2028 para solucionar essa lide. Esse é o posicionamento da jurisprudência:

“CIVIL. COBRANÇA DE TAXAS DE CONDOMÍNIO. PRESCRIÇÃO. PRAZO ORDINÁRIO. ARTIGO 2.028. EXEGESE. APELO CONHECIDO E PROVIDO. À míngua de disposição específica, prevalece a regra geral do prazo prescricional para as ações de cobrança de taxas condominiais Ademais, o prazo prescricional, quando reduzido pelo Código Civil de 2002, é contado da vigência desse estatuto. Entendimento diverso implicaria em conferir indevido efeito retroativo à norma. (TJPR - 10ª C.Cível - AC 0448448-2 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Vitor Roberto Silva - Unanime - J. 27.03.2008) (grifo nosso)

Ementa: DESPESAS DE CONDOMÍNIO - Cobrança - Presunção relativa de licitude - Alegação de desconhecimento do prazo prescricional - Irrelevância - Comprovação do pagamento - Encargo do condômino - Sentença mantida - Recurso improvido.

(teor do julgado)

Sem razão a apelante. Com efeito, o condomínio goza de presunção relativa de licitude para a cobrança das despesas. E, a prescrição para a presente ação é de 10 (dez) anos, nos termos do art 205 do Código Civil/2002 A alegação de que não detém mais os comprovantes de pagamento das mensalidades reclamadas, ante a ausência de conhecimento técnico quanto à prescrição para a cobrança das despesas de condomínio, em nada favorece a apelante, pois, nos termos do art 333, II, a ela compete fazer prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do apelado, encargo do qual não se desincumbiu. (Apelação Sem Revisão 1140417009. Rel. Melo Bueno - Data do julgamento: 01/09/2008) (grifo nosso)

Referida preliminar deve ser afastada, uma vez que a cobrança presente refere as taxas de condomínios vencidos a partir de 07.11.2000, tendo a ação sido protocolizada em 12/02/2009, não ultrapassando o prazo de 10 anos, conforme art. 205 do CC/2002.

Como não houve o decurso de prazo superior a 10 anos (Código Novo) entre 11/01/2003 e a data da propositura desta ação (12/02/2009), não há motivos para sustentar a existência da prescrição. Assim, não merece acolhimento a alegação da prescrição da pretensão da cobrança de taxas condominiais.

Aliás, nesse sentido, colha-se o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

‘A PRESCRIÇÃO, NO CASO DA AÇÃO DE COBRANÇA DE DESPESAS CONDOMINIAIS, É DE VINTE ANOS, PELO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 177) PASSANDO A SER DE DEZ ANOS, A CONTAR DO CÓDIGO CIVIL NOVO DE 2002 (ART. 205), QUE ENTROU EM VIGOR EM 11 DE JANEIRO DE 2003. 2. Na despesa mensal, por traduzir obrigação líquida decorrente da própria convenção do Condomínio, deve incidir correção monetária e juros moratórios contados não da citação, mas do vencimento de cada parcela, sob pena de enriquecimento sem causa do condômino inadimplente. O mesmo ocorre com a correção monetária que nada acrescenta, senão a atualização do valor histórico da moeda.’ (TJSP; APL 0035651-88.2003.8.26.0002; Ac. 5094166; São Paulo; Vigésima Nona Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Oscar Feltrin; Julg. 27/4/2011; DJESP 12/5/2011). (destacamos)

Esta Corte de Justiça, assim pronunciou:

“EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – DESPESAS DE CONDOMÍNIO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO – AFASTADA – CONVOCAÇÃO PARA ASSEMBLÉIA GERAL ORDINÁRIA DOS CONDÔMINOS PARA DELIBERAÇÃO ACERCA DAS VERBAS PARA AS DESPESAS DO CONDOMÍNIO – COMPROVADA – APROVAÇÃO DO VALOR DAS DESPESAS PELO QUORUM ESTABELECIDO NA CONVENÇÃO DO CONDOMÍNIO – DEMOSTRADA – OBRIGAÇÃO DE OS CONDÔMINOS CONTRIBUÍREM PARA AS DESPESAS DO CONDOMÍNIO, NA FORMA DO ART. 12 DA LEI Nº 4.591/1964 E DO ART. 1.336, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – AGRAVO IMPROVIDO.

Na vigência do Código Civil de 1916, a prescrição da pretensão para ação de cobrança de despesas condominiais ocorria no prazo de vinte anos, consoante dispunha o art. 177 do referido codex, de modo que, a partir da vigência do Código Civil de 2002, tal prazo passou a ser de dez anos, na forma do seu art. 205.(Agravo Regimental em Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.028392-8/0001-00, Relator, Des. Paschoal Carmello Leandro. J.28.6.2011) sublinhei.

Afasto a preliminar de prescrição.

Alega que os juros moratórios devem ser fixados em 6% ao ano, até o início da CC/2002, quando então serão fixados em 12% ao ano.

O juiz da causa fixou juros de 1% ao mês, a partir do vencimento, f. 177.

O atual Código Civil disciplina que:

“Art. 1.336. São deveres do condômino:

I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção; (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004).”

Ora, a taxa de condomínio constitui dívida líquida e certa, com data pré-estabelecida. Portanto, havendo data certa para o pagamento, seu atraso denomina-se mora ex re, não necessitando de interpelação ou notificação extrajudicial ou judicial para a constituição em mora da recorrente.

Nesse sentido, veja-se os seguintes julgados, *in verbis*:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – TAXA CONDOMINIAL – JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO VENCIMENTO DE CADA PARCELA DEVIDA – JUROS MORATÓRIOS – 1% AO MÊS – INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RECURSO IMPROVIDO.

Por não se tratar de relação de consumo a existente entre condômino e condomínio, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, devendo ser aplicado ao caso a Lei nº 4.591/64, em cujo artigo 12, § 3º, restou estipulado que os juros moratórios, quando o condômino deixar de efetuar o pagamento da sua contribuição, será de 1% (um por cento) ao mês.

Por se tratar de obrigação líquida e certa, os encargos dos juros moratórios na cobrança da taxa condominial devem incidir a partir do vencimento de cada parcela devida. É a mora ex re, em que o devedor tem ciência do prazo dentro do qual deverá cumprir a obrigação, não necessitando ser interpelado.

Não se admite a incidência da correção monetária somente a partir do ajuizamento da ação, sob pena de se estar beneficiando os condôminos inadimplentes.” (Apelação Cível - Sumário - N. 2005.012595-00000-00 - Campo Grande; Terceira Turma Cível; Relator Desembargador Rubens Bergonzi Bossay; julgado em 19.9.2005).

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – TAXA CONDOMINIAL – OBRIGAÇÃO LÍQUIDA E CERTA – JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO VENCIMENTO DE CADA PARCELA DEVIDA – MORA EX RE – APLICAÇÃO DA REGRA DIES INTERPELLAT PRO HOMINE – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – NÃO CABIMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

Na cobrança da taxa condominial, os encargos moratórios incidem a partir do vencimento de cada parcela não paga pelo condômino-devedor, aplicando-se a regra dies interpellat pro homine, a qual determina que no caso de ocorrência de prazo determinado para o cumprimento da obrigação, o simples advento do dia interpela o devedor.

Tendo o devedor sido vencido em todos os pedidos contidos na inicial, deve suportar por inteiro os ônus da sucumbência. Recurso conhecido e improvido.” (TJMS; Apelação Cível N. 2009.008432-6/0000-00 - Quarta Turma Cível; Relator Desembargador Dorival Renato Pavan; julgado em 19.5.2009).

Portanto, agiu com acerto o juiz da causa, ao fixar juros em 1% ao mês, já que refere sob as taxas de condomínios vencidas.

Por fim, para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada, seja especificamente, seja pelo exame dos respectivos conteúdos, não se fazendo necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, as questões devolvidas a esta Corte foram analisadas de forma suficiente, sendo apontada solução fundamentada para a controvérsia, prescindindo de exame expresso de cada artigo de lei ou tese ventilada pelas partes, porque o resultado do julgamento evidencia o que foi levado em conta sem que seja necessário dispensar maior esforço para tanto.

Ainda, fundamentada a decisão do colegiado em determinado sentido, consideram-se repelidas todas as demais teses, normas e argumentos exarados em sentido contrário.

Ex positis, rejeito a preliminar arguida e, no mérito, **nego provimento** ao recurso de apelação cível interposto por Amanda Ribeiro Freitas.

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. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 13 de novembro de 2012.

1ª Câmara Cível**Apelação n. 0000200-04.2010.8.12.0048 - Rio Negro****Relator Des. João Maria Lós**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – VIGIA – ADICIONAL NOTURNO – DEVIDO – PLEITO REALIZADO APÓS A CONTESTAÇÃO – AFASTADO – PREVISÃO DO DIREITO NA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL – REFLEXOS – DEVIDOS – RECURSOS IMPROVIDOS – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL CONFIRMADA.

Cabe o direito ao recebimento de adicional noturno de acordo com a legislação pertinente.

A verba referente ao adicional noturno, consoante a previsão expressa constante do art. 15, inciso II, da Lei Orgânica do Município de Rochedo (MS), não visa remunerar o trabalho, mas sim, indenizar o trabalhador pelas condições desfavoráveis a que é submetido durante a realização do seu trabalho no período noturno. E é precisamente em virtude de sua natureza indenizatória que o adicional noturno tem reflexos sobre as demais verbas que compõem a remuneração do servidor, tais como as férias, horas extras, gratificação natalina, sem a exclusão do período das férias escolares.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento aos recursos.

Campo Grande, 3 de outubro de 2012.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

EMERSON PEREIRA DE SOUZA E MUNICÍPIO DE ROCHEDO interpõem recurso de Apelação em face da sentença de f. 316/319v, confirmada às f. 331, que, nos autos da ação de cobrança promovida por **EMERSON PEREIRA DE SOUZA**, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o Município requerido ao pagamento de adicional noturno no valor de 100% sobre o valor da hora diurna, referente à jornada de trabalho realizada entre 22:00 e 05:00 horas (07 horas), a partir de fevereiro de 2005 em diante, determinando que seja considerada a evolução salarial, e a tais valores deverá ser acrescida a correção pelo IGPM/FGV a contar de cada vencimento e juros de mora a partir da citação, compensando-se os já pagos a partir de março de 2009 e considerando os reflexos em férias, gratificação natalina e horas extras.

DO RECURSO DE EMERSON PEREIRA DE SOUZA:

Sustenta o autor/apelante, em síntese, que: a) em se tratando de jornada de trabalho considerada de horário “misto”, pois a jornada noturna é prorrogada para o período diurno, deve ser aplicada analogicamente a CLT, o adicional deve ser compreendido entre as 05h até o final da jornada; e b) deve ser aplicado o “divisor” 180 para o cálculo das verbas a serem pagas e tal pleito somente foi formulado após a contestação, pois os cálculos apresentados pelo requerido apresentaram, então, “divisor 220”.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, para o fim de reformar a sentença, reconhecendo-se o direito à hora noturna estendida e aplicar o “divisor” 180 para aplicar o cálculo da hora diária.

DO RECURSO ADESIVO DE MUNICÍPIO DE ROCHEDO:

Sustenta o requerido/apelante que, de acordo com o “*Estatuto do Servidor Público Municipal de Rochedo/MS, não há qualquer previsão de reflexo do adicional noturno quando do pagamento das férias ou outras gratificações*” (f. 351).

Requer o conhecimento e provimento do recurso, para reformar a sentença, para excluir “*da condenação o pagamento dos reflexos decorrentes da condenação ao pagamento de adicional noturno sobre férias, gratificação natalina, horas extras, pagas a partir de fevereiro de 2005*” (f. 357).

Contrarrazões às f. 364/370.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Tratam-se de Recursos de Apelação interpostos por **EMERSON PEREIRA DE SOUZA E MUNICÍPIO DE ROCHEDO** em face da sentença de f. 316/319v, confirmada às f. 331, que, nos autos da ação de cobrança promovida por **EMERSON PEREIRA DE SOUZA** contra o **MUNICÍPIO DE ROCHEDO, EMERSON PEREIRA DE SOUZA**, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o Município requerido ao pagamento de adicional noturno no valor de 100% sobre o valor da hora diurna, referente à jornada de trabalho realizada entre 22:00 e 05:00 horas (07 horas), a partir de fevereiro de 2005 em diante, determinando que seja considerada a evolução salarial, acrescendo-se a tais valores a correção pelo IGPM/FGV a contar de cada vencimento e juros de mora a partir da citação, compensando-se os já pagos a partir de março de 2009 e considerando os reflexos em férias, gratificação natalina e horas extras.

Passo à análise dos recursos separadamente.

DO RECURSO DE EMERSON PEREIRA DE SOUZA:

Pretende o autor/recorrente o provimento do presente recurso de apelação para que seja reconhecido o direito de receber o adicional considerando-se o período compreendido entre as 05h até o final da jornada, por se tratar de período “misto”, onde a jornada se estende do período noturno ao diurno e para que seja aplicado o “divisor” 180 no cálculo das verbas a serem pagas.

Entendo que tal recurso não merece ser provido.

Isso porque, conforme consta da decisão que analisou os embargos de declaração de f. 323/329, o autor não pleiteou tal aplicação em sede de inicial.

De fato, correta a decisão de f. 331, que deixou de acolher os embargos de declaração por não reconhecer a existência de omissão, contradição ou obscuridade, uma vez que na inicial o autor pleiteou “a condenação do requerido ao pagamento do adicional noturno, nos termos do art. 15, inciso II, da Lei Orgânica do Município de Rochedo, inclusive com repercussão em férias, gratificações natalinas, horas extras e demais verbas de direito desde fevereiro de 2005...” (f. 07).

Consta da decisão de f. 331, o seguinte:

“[...] Vistos.

Emerson Pereira de Souza, já qualificado nos autos, ofereceu EMBARGOS DE DECLARAÇÃO contra a sentença de f. 316-319, alegando, em síntese, a ocorrência de omissão no tocante ao divisor para apurar o valor da hora-diária e a contradição referente à hora noturna estendida.

Os embargos são tempestivos.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Observa-se dos presentes embargos, que o mesmo tratou de assuntos não condizentes com o instituto, vez que a matéria questionada quando de sua propositura não traz pertinência ao fim buscado por este.

Assim, é que não cabe à embargante, vir discutir questão de mérito proferida em decisão que não apresente contradição, obscuridade ou omissão, como se deu no presente caso.

Com relação à argumentação do embargante, observa-se que a sentença abordou com clareza a matéria do divisor para apurar a hora-diária e a hora noturna, não havendo qualquer omissão ou contrariedade a ser sanada.

Logo, descabida a pretensão do embargante.

Ante o exposto, REJEITO, LIMINARMENTE, OS PRESENTES EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, em razão da incoerência de qualquer das hipóteses do art. 535, do CPC.”

De fato, não tendo sido constatado tal pedido na inicial, não poderia ser arguido posteriormente à contestação, estando correta a decisão proferida em sede de embargos de declaração, cujos fundamentos são utilizados para embasar o julgamento do recurso de apelação interposto pelo autor, o qual entendo que não merece provimento.

DO RECURSO ADESIVO DE MUNICÍPIO DE ROCHEDO:

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 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 pro seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcreve-se trechos que servem para embasar esta decisão:

“[...] A propósito, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que: “Dispondo o juiz de elementos aptos a formar sua convicção, desnecessária se torna a extensão do procedimento instrutório. Neste contexto, o antecipado julgamento da lide, além de oportuno, contribui para a Economia Processual.” (RESP nº 144330/AC (1997/0057536-5), Terceira Turma, Ministro Waldemar Zveiter, j. 18/10/1999, DJU. 29/11/1999, p. 158 – LEXSTJ 127/133).

Inicialmente, é importante destacar que, em atendimento ao disposto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, todo e qualquer direito ou ação contra as fazendas federal, estaduais e municipais, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram.

A este respeito, ensina o Prof. Hely Lopes Meireles:

“A prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública e suas autarquias é de (05) cinco anos, conforme estabelece o Decreto ditatorial (com força de lei) nº 20.910, de 6.1.1932, complementado pelo Decreto-Lei nº 4.597, de 19.8.1942. Essa prescrição quinquenal constitui a regra em favor de todas as Fazendas” (Direito Administrativo Brasileiro, 12ª ed., 1.986, RT., p. 625).

Pois bem. A jurisprudência tem, de longa data, debatido a questão acerca da diferença entre a prescrição das parcelas não reclamadas no quinquênio que antecedeu a propositura da ação, nas hipóteses de relações de tratos sucessivos, e a prescrição do próprio fundo de direito.

O ilustre Ministro MOREIRA ALVES, como muito propriedade, ensina: “Fundo de direito é a expressão utilizada para significar que o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a esta situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito a gratificação por prestação de serviço especial, etc. A pretensão do fundo de direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a receber as vantagens pecuniárias decorrente dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito ao quantum, renasce cada vez que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido o seu pagamento), e, por isso, se restringe as prestações vencidas há mais de cinco anos.” (cf. STF, Tribunal Pleno, RE nº 110.419/SP, Rel. Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, DJU de 22.09.1989)

Assim, é certo que no caso dos autos estamos diante de obrigação de trato sucessivo, submetendo-se as parcelas periódicas à prescrição progressiva, compatível com a natureza das mesmas, infirmando, por si só, a interpretação de que a prescrição atingiria todo o direito.

Confira-se esse norte na lição de Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 27. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2002, p. 697), *verbis*:

“Finalmente, é de se ponderar que, tratando-se de prestações periódicas devidas pela Fazenda, como são os vencimentos e vantagens de seus servidores, a prescrição vai incidindo sucessivamente sobre as parcelas em atraso quinquenal e respectivos juros, mas não sobre o direito”.

A propósito, outro não é o sentido da Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça:

“Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figura como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.”

Nesse sentido, a jurisprudência pátria também já se mostrou firme no sentido de que, quando se trata de prestações periódicas devidas pela Fazenda Pública, o que prescreve não é o direito de forma ampla e irrestrita, mas tão somente as parcelas em atraso anteriores ao prazo retroativo. Vejamos:

“Presente o direito material e sendo a obrigação da Fazenda Pública de trato sucessivo, a prescrição quinquenal atinge somente as parcelas anteriores ao prazo retroativo de cinco anos contados da data em que a petição inicial foi distribuída”. (TJMG, 3ª Câmara Cível, Reexame Necessário e Apelação nº 1.0000.00.314909-3/000, Relator Des. Caetano Levi Lopes, acórdão de 24.04.2003, publicação de 23.05.2003).

“Presente o direito material e sendo a obrigação da Fazenda Pública de trato sucessivo, a prescrição quinquenal atinge somente as parcelas anteriores ao prazo retroativo de cinco anos contados da data em que a petição inicial foi distribuída”. (TJMG, 3ª Câmara Cível, Reexame Necessário e Apelação nº 1.0000.00.314909-3/000, Relator Des. Caetano Levi Lopes, acórdão de 24.04.2003, publicação de 23.05.2003).

Assim sendo, tratando-se de obrigação de trato sucessivo, a prescrição atinge apenas as parcelas vencidas antes do quinquênio que precede a propositura da ação e não a questão de fundo de direito, qual seja, a omissão do Município em proceder ao pagamento do adicional noturno ao requerente.

No caso vertente, o requerente ajuizou ação em 10.02.2010, assim, como a obrigação é de trato sucessivo, a prescrição não atingiu o direito material em si, mas tão-somente às verbas devidas em período anterior a 11.02.2005. Desta forma, tenho por bem declarar prescrito o direito do autor em cobrar o adicional noturno referente ao período anterior à 11.02.2005.

Pois bem. Conforme artigo 15, da Lei Orgânica do Município de Rochedo, o requerente tem direito ao recebimento de adicional noturno, no valor de 100% sobre a hora diurna de trabalho (f. 108): “Art. 15. Ficam assegurados aos servidores públicos municipais, além dos garantidos pela Constituição Federal, os seguintes direitos:

[...] II – remuneração do trabalho noturno em dobro com relação ao diurno;” O adicional noturno é devido ao servidor público, de acordo com o art. 39, §3º, da CF c.c. art. 7º, IX, da CF, tem natureza jurídica indenizatória, em razão das condições adversas em que o trabalhador é exposto, e deve ser adimplido com reflexo nas férias, gratificação natalina, horas extras, por todo período de trabalho.

O direito do servidor público municipal em perceber o adicional noturno, já foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça deste Estado em caso análogo ao presente:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – VIGIA NOTURNO – ADICIONAL NOTURNO – DIREITO CONSTITUCIONAL (ARTIGOS 7º, IX; 39, §3º DA CF) – REGULAMENTAÇÃO LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL (ARTIGO 81) – RECURSO IMPROVIDO. O adicional noturno se revela como uma indenização ao presumido dano causado ao organismo do trabalhador em razão do anormal esforço no exercício da função. Se tanto a Constituição Federal como a legislação do Município apelante, asseguram o direito aos servidores ocupantes de cargo público ao recebimento do adicional noturno, correta é a sentença que decidiu pela procedência do pedido do autor. (TJMS – Apelação Cível nº 2009.032393-6 – Relator Des. Vladimir Abreu da Silva – julgado em 25.02.2010)

A esse respeito, cite-se a Súmula n. 213 do colendo Supremo Tribunal Federal: “É devido o adicional de serviço noturno ainda que sujeito ao regime de revezamento”.

Em razão do estatuto municipal ser omissivo, além do fato de que em momento algum o requerido impugnou a alegação de que a parte autora tenha exercido suas atividades laborais durante o período noturno, deverá ser considerado período da hora noturna aquele compreendido entre as 22h às 05h, por analogia à legislação trabalhista e ao artigo 75, da Lei Federal nº 8112/90, que dispõe: “O serviço noturno, prestado em horário compreendido entre 22 (vinte duas) horas de um dia e 5 (cinco) horas do dia seguinte, terá o valor-hora acrescido de 25%, computando-se cada hora como cinquenta e dois minutos e trinta segundos”

Pois bem. Analisando as folhas de frequência do requerente de f. 183-226, bem como a sua narrativa realizada na petição inicial às f. 03, além da contestação do requerido às f. 157-158, denota-se que restou comprovado nos autos que o autor labora das 18h às 06h, em dias alternados, ou seja, em jornada compensatória de de 12 horas de serviço por 36 horas de descanso, devendo tal fato ser tido como incontroverso nos termos do art. 334, incisos II e III, do CPC.

Desta forma, considerando que a hora noturna deve ser considerada aquela compreendida entre o período das 22h às 05h e, considerando ainda que o autor exerce sua atividade das 18h de um dia até as 06h do dia seguinte, logo, das doze horas em que labora, sete delas estão compreendidas dentro do período considerado de hora noturna, razão pela qual faz jus ao adicional noturno, corresponde ao dobro da hora diurna, consoante disposto no art. 15, da Lei Orgânica do Município de Roshedo-MS.

Analisado o direito do requerente em receber o adicional noturno, bem como o período da hora noturna e as horas trabalhadas pelo autor, deve ser verificado, então, se o Município deixou de efetuar o pagamento de tais verbas como afirmado na inicial.

Na peça que inaugura o presente feito, o autor aduz que o requerido somente começou a efetuar o pagamento do adicional noturno no mês de fevereiro de 2009, mas ainda assim, o fez sempre em valor menor que o devido por lei.

Por sua vez, em contestação, o Município confessou não ter pago a verba pleitada antes de fevereiro de 2009. Além disso, afirma que os valores pagos a partir desta data não correspondem ao total devido pelo autor, visto que as parcelas eram pagas em valor menor que o estabelecido pela Lei Orgânica Municipal, conforme se depreende às f. 160-161.

Destarte, é incontroverso o não pagamento de tal verba no período compreendido entre fevereiro de 2005 a fevereiro de 2009, visto que o próprio requerido confessa tais fatos, o que pode ser constatado também pelos recibos de pagamento de salário do autor acostados às f. 228-276. Além disso, deve-se considerar que ao dar início ao pagamento do adicional noturno, o requerido não observou a determinação do art. 15, da Lei Orgânica

Municipal, vez que a remuneração do trabalho noturno foi paga em valor menor que o estabelecido em lei, conforme relação apresentada na contestação às f. 160-161 e pelos recibos de pagamento de f. 277-289. Logo, em se tratando de ação em que se pretende o pagamento de adicional noturno, denota-se que as alegações do autor não foram impugnadas pelo réu, pelo contrário, foram confessadas por este, devendo o período da jornada, o não-pagamento do adicional noturno no período compreendido entre fevereiro de 2005 a fevereiro de 2009, além do pagamento a menor efetuado a partir de março de 2009, serem tidos como fatos incontroversos, nos termos do art. 334, incisos II e III, do CPC.

Além disso, o adicional noturno deverá refletir sobre o 13º salário e terço de férias, gratificações natalinas e horas extras, nos termos do art. 74, §2º, do Estatuto dos Servidores Municipais, c/c art. 15 da Lei Orgânica Municipal, além dos arts. 39, §3º, c/c art. 7º, incisos VIII e XVII, da Constituição Federal. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu:

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA. POLICIAL CIVIL. TRABALHO NOTURNO. DIREITO À PERCEPÇÃO DO ADICIONAL RESPECTIVO. - Revela-se direito do policial civil a percepção de remuneração relativa ao adicional por trabalho noturno, bem como o seu reflexo no 13º salário e terço de férias, bastando para tanto a prova do trabalho depois das vinte e duas (22) horas. - [...] (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.784899-2/001 - RELATOR: DES. BELIZÁRIO DE LACERDA – JULGADO EM 09.12.2008)

EMENTA: ADMINISTRATIVO - AÇÃO ORDINÁRIA - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - FHEMIG - ADICIONAL NOTURNO – DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO AOS TRABALHADORES EM GERAL - INCIDÊNCIA SOBRE OS REFLEXOS PECUNIÁRIOS – PREVISÃO LEGAL - PROVIMENTO DO PEDIDO. - Fazem jus ao recebimento de adicional noturno os servidores públicos estaduais que trabalham em horário posterior às 22:00 horas, em função do disposto na Carta Magna (art. 7º, inciso IX) e do art. 12, da Lei Estadual nº 10.745/92. Quanto aos reflexos pecuniários sobre férias, 1/3 de férias e 13º salário, ressalte-se que estes são assegurados pela Constituição Federal (art. 39, 3º, c/c art. 7º, incisos VIII e XVII). (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.266952-8/001 -RELATOR DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS – JULGADO EM 03.02.2009)

Assim, deve-se ter em consideração que o adicional noturno deverá ter reflexo sobre as férias, gratificação natalina e horas-extras.

Passo a analisar o direito deste em perceber a gratificação por horas extras trabalhadas.

Com relação às horas extras, não assiste razão ao requerente quando alega que faz a horas extras diárias, defendendo que as horas que ultrapassam as 8 (oito) horas diárias previstas devem ser remuneradas como horas extras, pois que o empregado que trabalha em escala de doze horas de serviço por trinta e seis de descanso não faz jus ao pagamento das horas excedentes da oitava nos dias de efetivo trabalho porquanto não excede a jornada máxima mensal.

Além do mais, é perfeitamente legal o regime de horário, desde que não ultrapassado o limite legal de quarenta horas semanais previsto no art. 18 da Lei Municipal n. 1.291, de 21.07.2003, uma vez que também favorece ao empregado, por lhe propiciar maior folga nos dias alternados em que não trabalha e maior tempo de convívio familiar.

Assim, com relação ao período trabalhado durante a semana, não há que ser computada qualquer hora extra, pois que se trata de regime especial de compensação, que não afronta o art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, eis que o dispositivo prevê a

duração normal do trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, possibilitando-se às partes envolvidas a compensação de horários e a redução da jornada.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul já proferiu decisão no sentido de que o empregado que trabalha em escala de doze horas de serviço por trinta e seis horas de descanso não faz jus ao pagamento das horas excedentes. Vejamos:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – JORNADA COMPENSATÓRIA 12 X 36 – ADICIONAL NOTURNO SOBRE SALÁRIO BASE ABRANGE A HORA NOTURNA REDUZIDA E O ADICIONAL NOTURNO – HORAS EXTRAS EXCEDENTES ÀS OITO HORAS DIÁRIAS – REGIME DE COMPENSAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXAÇÃO NOS TERMOS DOS §§ 3º E 4º DO ART. 20 DO CPC – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. [...] O empregado que trabalha em escala de doze horas de serviço por trinta e seis de descanso não faz jus ao pagamento das horas excedentes da oitava nos dias de efetivo trabalho porquanto não excede a jornada máxima mensal. [...] (TJMS - Apelação Cível nº 2010.005575-2 – Quinta Turma Cível – Relator Des. Vladimir Abreu da Silva – julgado em 29.04.2010)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE COBRANÇA DE ADICIONAL NOTURNO E HORAS EXTRAORDINÁRIAS – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL CONCURSADO E REGIDO POR ESTATUTO – AGENTE DE SEGURANÇA PATRIMONIAL – HORAS-EXTRAS – ESCALA DE REVEZAMENTO – DESNECESSIDADE DE ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA – SERVIDOR ESTATUTÁRIO – REGIME COM ESCOPO NA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL DE REGÊNCIA – CONVENIÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO – AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não tem direito ao recebimento de acréscimo a título de horas-extras o servidor público que, dada a particularidade da função de vigia, cumpre jornada de trabalho em regime de revezamento, com compensação de horários, em turno de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) de descanso, tendo em vista a submissão da condição peculiar imposta por necessidade da administração pública de estabelecer jornada diferenciada para determinados setores, como os ligados à saúde e segurança patrimonial. Precedentes. (TJMS - Apelação Cível nº 2011.013850-9 – Relator Des Luiz Tadeu Barbosa Silva – julgado em 02.06.2011)

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – JORNADA COMPENSATÓRIA 12 X 36 – ADICIONAL NOTURNO SOBRE SALÁRIO BASE ABRANGE A HORA NOTURNA REDUZIDA E O ADICIONAL NOTURNO – HORAS EXTRAS EXCEDENTES ÀS OITO HORAS DIÁRIAS – REGIME DE COMPENSAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXAÇÃO NOS TERMOS DOS §§ 3º E 4º DO ART. 20 DO CPC – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. [...] O empregado que trabalha em escala de doze horas de serviço por trinta e seis de descanso não faz jus ao pagamento das horas excedentes da oitava nos dias de efetivo trabalho porquanto não excede a jornada máxima mensal. [...]” (TJMS, Apelação Cível n. 2010.005575-2, Rel. Exmo. Des. Vladimir Abreu da Silva, Quinta Turma Cível, DJ.: 04.05.2010).

Logo, o autor não comprovou ter laborado em horas extras ao excedente de oito horas diárias, visto que exerce suas atividades em regime de compensação, razão pela qual não faz jus ao recebimento da indenização das horas-extras e, por consequência, não há em que se falar em incidência do adicional noturno sobre tal verba.

No que tange a alegação de litigância de má-fé, arguida pelo requerido, segundo disposição constante do art. 17, do CPC, reputa-se litigante de má-fé, dentre outras condutas, aquele que:

“I - Deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso em lei ou fato incontroverso; II - Alterar a verdade dos fatos e; III - Usar do processo para conseguir objetivo ilegal.”

No caso dos autos, não ficou demonstrado que o requerente incorreu em qualquer das hipóteses legais elencadas, não implicando na condenação deste nas penas da litigância de má-fé, conforme sustentado pelo requerido. Na doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (Código de Processo Civil e legislação Processual Civil extravagante em vigor, RT – Legislação, São Paulo, 2006, p. 248) será condenado em litigância de má-fé: “a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, como 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. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no art. 14 do CPC”.

Assim, considerando-se a ausência de conduta adotada pelo requerente que colida com os preceitos de ética profissional, da moral, entre outros, improcede o pedido de condenação do requerente por litigância de má-fé.

Ante o exposto, com fulcro no art. 927, do Código Civil e art. 269, I, do Código de Processo Civil, julgo, com resolução de mérito, parcialmente procedente o pedido formulado por Emerson Pereira de Souza, nesta Ação Ordinária, proposto em face do Município de Rochedo/MS, para condenar o requerido:

a) a pagar ao requerente indenização a título de adicional noturno, no valor de 100% sobre o valor da hora diurna, referente à jornada de trabalho realizada entre as 22:00 às 05:00 horas (07 horas), a partir de fevereiro de 2005, em diante;

b) para o pagamento do adicional noturno deverá ser considerada a progressão salarial;

c) deverão ser atualizados (pelo IGP-M) e compensados os valores já pagos pelo requerido ao requerente a título de adicional noturno a partir de março de 2009, conforme recibos de pagamento de f. 277-289.

d) em todos os valores da condenação incidirão, integralmente, nos reflexos em férias, gratificação natalina, horas extras, que foram pagas a partir de fevereiro de 2005;

e) cada parcela paga deverá ser corrigida monetariamente pelo IGPM, a contar da data de vencimento de cada verba salarial, acrescido de juros moratórios a partir da citação, até o efetivo pagamento, devendo ser considerado nos cálculos que após o dia 30.06.2009, para fins de atualização monetária e juros, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, porquanto desde o dia 01-07-2009, passou a vigor a Lei n.º 11.960, de 29-06-2009, publicada em 30-06-2009, que alterou o art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97.

Em face da sucumbência recíproca das partes, condeno-os no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, proporcionalmente distribuídos em 50% para cada parte, ficando os honorários compensados entre as partes, nos termos do art. 21, do CPC, cc súmula 306, do STJ. Por ser beneficiário da gratuidade da justiça, fica suspensa a exigibilidade de tais pagamentos pelo autor, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Em atenção ao art. 475, §2º, do Código de Processo Civil, deixo de remeter os presentes autos a Instância Superior, eis que a presente sentença não está sujeita ao reexame obrigatório.

Transitada em julgado. Arquivem-se os autos". (f. 316v/319v)

Como se vê, inexistem razões para alterar o entendimento do magistrado a quo.

Neste sentido o entendimento acerca do tema:

50227217 - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. GUARDA MUNICIPAL. VERBAS TRABALHISTAS. JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS E ADICIONAL NOTURNO. Reflexos sobre o adicional de férias e 13º salário. Labor aos domingos e feriados. Jornada de trabalho 12x36. Compensação. I. A jornada de trabalho do guarda municipal de Goiânia é de 180 horas mensais, desde o advento da Lei Municipal nº 7.048/91. Existindo Lei específica para a categoria, inaplicável o disposto no art. 26 do estatuto do servidor público do município de Goiânia. II. Não há ilegalidade na jornada de trabalho prestada no regime de 12x36 horas. III. Devida hora extra diária de 45 minutos em razão da ausência de intervalo para descanso e refeição. IV. Devida 1(uma) hora extra a cada plantão realizado no período noturno, em razão da hora noturna ser computada como de 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos, nos termos do art. 97 do estatuto do servidor público municipal de Goiânia. Apelação cível conhecida e parcialmente provida. (TJGO; AC 49440-34.2010.8.09.0051; Goiânia; Rel. Des. Rogério Arédio Ferreira; DJGO 31/08/2012; Pág. 165)

53204010 - APELAÇÃO CÍVEL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA EXERCÍCIO DE CARGO DE OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA. ALEGAÇÃO DE DESVIRTUAMENTO NA CONTRATAÇÃO. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. CONTRATOS DE TRABALHO SUCESSIVAMENTE CELEBRADOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL POR PERÍODOS TEMPORÁRIOS. PERSISTÊNCIA DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO RECURSAL AFETA AO RECEBIMENTO DE HORAS EXTRAS E ADICIONAL NOTURNO. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NO ESTATUTO DOS SERVIDORES. VERBAS DEVIDAS. CAPÍTULO DA SENTENÇA QUE REVOGOU O BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 8º DA LEI N. 1060/50. Mesmo sendo admitida a hipótese de desvirtuamento na contratação administrativa, por desvio de função, estar-se-ia diante de contratado para o exercício de função na esfera municipal, com relação funcional de natureza contratual, submetido a regime jurídico especial disciplinado em Lei, perfazendo-se, portanto, a relação em jurídica-administrativa. Logo, não lhe são estendidos todos os direitos trabalhistas arrolados no art. 7º do texto constitucional, mas apenas aqueles expressamente atribuídos aos servidores públicos, pela própria Constituição (art. 39, §3º), bem como pela legislação do ente contratante, entre eles o direito ao recebimento de horas extraordinárias e adicional noturno, os quais, in casu, estão devidamente comprovados. Constatada a inexistência ou desaparecimento dos requisitos essenciais à concessão da Assistência Judiciária Gratuita, deve o benefício ser revogado, de ofício, pelo juiz, conforme disposição expressa no art. 8º da Lei n. 1060/50. Recurso conhecido e parcialmente provido para condenar o réu ao pagamento das horas extraordinárias e adicional noturno nos termos do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Nioaque, sendo fixada a sucumbência recíproca em percentual sobre a diferença entre o valor pleiteado e o da condenação. (TJMS; AC-Or 2012.002209-6/0000-00; Mundo Novo; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Dorival Renato Pavan; DJEMS 02/03/2012; Pág. 39)

Portanto, não há razões para modificação da sentença, uma vez que em estrita consonância com entendimento jurisprudencial.

Por tais razões, conheço dos recursos, porém, **negos-lhe provimento**.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 03 de outubro de 2012.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0001472-04.2011.8.12.0014 - Maracaju
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES - DANO PRESUMIDO - QUANTUM MANTIDO – ARBITRAMENTO EM CONSONÂNCIA COM AS PECULIARIDADES DA CAUSA E EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

O dano moral decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplente é considerado in re ipsa, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato.

Fixando-se o julgador a indenização por danos morais em valor condizente com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, não há falar em reforma da sentença para reduzi-lo ou majorá-lo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 7 de novembro de 2012.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

BANCO BRADESCO S/A interpõe recurso de Apelação em face da sentença de fls. 69/71 que, nos autos da ação de indenização por danos morais c/c pedido de tutela antecipada que lhe promove **PEDRO HERMINIO DOS SANTOS**, julgou parcialmente procedentes os pedidos da exordial para “[...] ratificar a tutela outrora concedida (fls. 45/47), restando declara a inexistência do débito relativo ao contrato 01.4.657705-0, e condenar a parte requerida ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido pelo INPC e com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ambos a contar da prolação da sentença”.

Replica que, além de não haver demonstração de conduta ilícita por parte do apelante é forçoso reconhecer que não houve abalo psíquico sofrido pelo apelado, eis que a inscrição do seu nome nos cadastros de inadimplentes não é motivo suficiente para ensejar a pretensão indenizatória.

Por fim, pede que o valor a indenizar, caso seja essa a decisão dos julgadores, seja reduzido a fim de se evitar o enriquecimento ilícito do apelado.

Em síntese, pugna pela reforma da decisão singular para que seja excluída a condenação por danos morais, invertendo o ônus da sucumbência e condenado o apelado ao pagamento de custas e honorários advocatícios, ou que, minimamente, reduza-se o valor da indenização arbitrada.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

BANCO BRADESCO S/A interpõe recurso de Apelação em face da sentença de fls. 69/71 que, nos autos da ação de indenização por danos morais c/c pedido de tutela antecipada que lhe promove **PEDRO HERMINIO DOS SANTOS**, julgou parcialmente procedente os pedidos da exordial para “[...] ratificar a tutela outrora concedida (fls. 45/47), restando declara a inexistência do débito relativo ao contrato 01.4.657705-0, e condenar a parte requerida ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido pelo INPC e com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ambos a contar da prolação da sentença”.

Sustentou que, além de não haver demonstração de conduta ilícita por parte do apelante é forçoso reconhecer que não houve abalo psíquico sofrido pelo apelado, eis que a inscrição do seu nome nos cadastros de inadimplentes não é motivo suficiente para ensejar a pretensão indenizatória.

Por fim, requereu para que o valor a indenizar, caso seja essa a decisão dos julgadores, seja reduzido a fim de se evitar o enriquecimento ilícito do apelado.

Em síntese, pugnou pela reforma da decisão singular para que seja excluída a condenação por danos morais, invertendo o ônus da sucumbência e condenado o apelado ao pagamento de custas e honorários advocatícios, ou que, minimamente, reduza-se o valor da indenização arbitrada.

Pois bem, em que pesem as alegações contidas no presente recurso de apelação, entendo que a sentença ora recorrida não merece qualquer reforma, senão vejamos:

Da existência do dano moral:

No caso dos autos, configurado está o dever de indenizar visto que não há dúvidas de que o requerente teve seu nome indevidamente inscrito no rol de inadimplentes dos órgãos de proteção ao crédito em razão de débito inexistente.

Como bem esclareceu o juiz *a quo* “[...] ao examinar o universo dos autos, verifico que são verossímeis as alegações da parte requerente a respeito da inscrição indevida de seu nome junto ao Serasa (fl. 19), uma vez que o contrato/débito foi quitado, como se vê do documento de fl. 20, de modo que fez prova de seu direito, na exata dicção do artigo 333, I, do Código de Processo Civil”.

Assim, deve ser afastada a alegação de ausência do aludido dano moral, pois a jurisprudência encontra-se consolidada no sentido de ser presumível o dano moral sofrido pelo consumidor que teve seu nome indevidamente protestado ou inscrito em cadastro de inadimplentes.

Nesse sentido:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. INCLUSÃO INDEVIDA DO NOME DA CLIENTE NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL PRESUMIDO. VALOR DA REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO. CONTROLE PELO STJ. POSSIBILIDADE.

REDUÇÃO DO QUANTUM.

I - O dano moral decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplente é considerado *in re ipsa*, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato.

III - Inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, atendendo às peculiaridades do caso concreto, o que, na espécie, não ocorreu, distanciando-se o quantum arbitrado da razoabilidade.

Recurso Especial provido.¹”

Assim, o abalo decorrente da inscrição indevida do nome do apelado nos órgão de proteção ao crédito é presumido, gerando o dever de indenizar por danos morais.

Do quantum indenizatório:

Outra questão diz respeito ao valor da indenização arbitrada a título de danos morais, ou seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor este que o réu pretende ver minorado.

Sabe-se que na condenação por danos morais, o importe a ser arbitrado é sempre tarefa tormentosa, mesmo porque não existem limites legais ou tabela prefixada. Porém, é consenso que, na sua fixação, o magistrado deve atentar sempre para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Deve o juiz ter em conta, principalmente, as circunstâncias que envolvem o fato, as condições pessoais, econômicas e financeiras das partes, assim como o grau de ofensa moral e sua repercussão.

Na fixação, deve também evitar que seja o valor elevado, a ponto de provocar o enriquecimento sem causa, mas ao mesmo tempo, que não seja tão irrisório que passe despercebido pelo ofensor, constituindo um provimento jurisdicional inócuo no sentido de produzir qualquer efeito pedagógico inibidor de futura reincidência.

Carlos Roberto Gonçalves assevera que, *verbis*:

“[...] se o valor arbitrado não pode ser muito elevado, também não deve ser tão pequeno, a ponto de se tornar inexpressivo e inócuo. Daí a necessidade de se encontrar o meio-termo ideal.”²

Diante disso, levando-se em consideração as circunstâncias que estão a emoldurar o caso em comento, entendo como justo o valor arbitrado na sentença (R\$ 10.000,00), montante este que bem atende às finalidades deste instituto jurídico, quais sejam: a justa compensação e o caráter pedagógico, levando-se em consideração as nuances que precederam a ocorrência do fato ensejador da reparação.

Destarte, nada há no julgado que seja merecedor de reparos, merece ser mantido em todos os seus termos, uma vez que foi lançado em estrita consonância com o ordenamento jurídico pátrio, bem como com a jurisprudência dominante.

Por tais razões, conheço do recurso, porém, **nego-lhe provimento**, mantendo-se incólume a sentença ora recorrida.

¹ REsp 1105974/BA, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009

² Direito civil brasileiro - responsabilidade civil, 3ª ed., 2008: Saraiva, p. 387

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. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maranhão e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 07 de novembro de 2012.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0381042-10.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – PRESCRIÇÃO – PRAZO VINTENÁRIO – MÉRITO – PLANO VERÃO – ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA CORRETAMENTE APLICADO NO PERCENTUAL DE 42,72% – JUROS REMUNERATÓRIOS E CAPITALIZAÇÃO MENSAL DEVIDOS – ÍNDICE DA CADERNETA DE POUPANÇA A SER UTILIZADO NA ATUALIZAÇÃO DOS VALORES - SUCUMBÊNCIA PARCIAL - RECURSO IMPROVIDO.

É vintenária a prescrição nas ações em que são impugnados os critérios de remuneração da caderneta de poupança e postuladas as respectivas diferenças, prazo esse que também se aplica aos juros remuneratórios.

A prescrição de parte dos juros remuneratórios não se verifica, porque os artigos 27 do Código de Defesa do Consumidor e 206, § 3º do Código Civil não incidem neste caso. É que os juros decorrentes de diferenças vinculadas às cadernetas de poupança prescrevem, de fato, em vinte anos, porquanto nesses casos se discute o próprio crédito, e não seus acessórios.

Segundo pacífica orientação do Superior Tribunal de Justiça, em relação ao mês de janeiro de 1989 (Plano Verão), constitui direito do poupador o recebimento da diferença de correção monetária, aplicando-se o IPC relativo àquele mês (42,72%), que melhor refletiu a inflação do período.

Os contratos de depósito em caderneta de poupança têm como essência a renovação automática a cada mês, passando os juros remuneratórios a integrar o capital no final do período, quando, então, inicia-se um novo contrato, de modo que devem eles ser capitalizados mensalmente.

“A correção monetária do valor da condenação deverá ser efetuada com base nos mesmos índices sucessivamente adotados como indexadores dos saldos depositados em caderneta de poupança, desde a data em que deveriam ter sido creditados”. (TJ/MS Ap.Cível n. 2009.015027-8. Rel.Desembargador Dorival Renato Pavan. Quarta Turma Cível)

Recurso da instituição financeira provido tão somente para utilizar o índice da caderneta de poupança como indexador dos expurgos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso do Banco do Brasil S/A e negar provimento ao recurso de Nassro Assn Nassro, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de novembro de 2012.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Trata-se de Apelação interposta por **BANCO DO BRASIL S/A, NASSRO ASSN NASSRO** em face da sentença de fls. 174/186 que, nos autos da ação de cobrança de expurgos inflacionários (plano verão) que promove em face de **BANCO DO BRASIL S/A, NASSRO ASSN NASSRO**, em que o magistrado julgou procedente o pedido formulado pelo autor para condenar a instituição financeira ao pagamento do valor correspondente à diferença entre o índice aplicado na correção monetária da caderneta de poupança do autor e o índice que seria correto no mês de janeiro de 1989 (42,72%) – Plano Verão – devendo tal valor ser corrigido monetariamente desde o ajuizamento do feito pelo IGPM/FGV, mais juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação.

Ambas as partes apelaram da sentença. Passo a descrever os pedidos da instituição financeira.

Alega a instituição financeira que ocorreu a prescrição do direito segundo o código de defesa do consumidor, uma vez que a relação existente entre as partes é de consumo, não podendo deixar de se aplicar no caso o art. 27 do CDC.

Sustenta que deve ser reconhecida a prescrição dos juros remuneratórios, tomando-se por base a data do ajuizamento da demanda, mediante contagem retroativa até (5) cinco anos antes desse termo inicial, conforme art. 178, §10º, III, do CC/1916 ou 206, §3º, III, do CC/2002.

Alega que não há que se falar em restituição de diferenças uma vez que a instituição financeira apenas cumpriu as determinações legais, não podendo deixar de aplicá-las, ocasião em que se consumou o ato jurídico perfeito conforme lei vigente ao tempo de sua constituição, bem como o direito adquirido.

Afirma que o pedido da autora afronta o princípio constitucional da proporcionalidade, pois não houve enriquecimento das entidades financeiras, não podendo-se dizer que a instituição financeira faz *jus* à remuneração pretendida para o período de janeiro/89.

Obtempera, por fim, que a inclusão na atualização dos expurgos de planos econômicos constitui julgamento *ultra petita* porquanto não foi formulado pedido a esse respeito na inicial.

Requer seja indeferida a inicial, para que se assegurem os princípios constitucionais da ampla defesa e da prestação da tutela jurisdicional, acolher a preliminar de falta de interesse de agir e consequente extinção do feito, no mérito pugnou para que o pedido seja julgado improcedente.

A parte autora apresentou contrarrazões ao apelo da instituição financeira, fls. 227/239, pugnando pelo não conhecimento do apelo ou caso seja conhecido, que a decisão seja mantida, condenando a instituição financeira nos honorários advocatícios.

A parte autora interpôs apelo adesivo juntamente com as contrarrazões, fls. 241/251 sustentando em suma que:

a) não houve declaração expressa na sentença acerca da capitalização dos juros, devendo existir manifestação neste sentido, para que os juros sejam capitalizados mensalmente.

b) A condenação em honorários advocatícios deve ser fundamentada no art. 20, §3º do CPC e não no art. 20, §4º, o qual serviu de apoio no *decisum*.

c) a sentença deve ser reformada no sentido de não ser determinada a liquidação de sentença, como fora feito na sentença, mas sim que seja aplicado a liquidação de sentença na forma de cumprimento de sentença, previsto no art. 475-J do CPC.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Trata-se de Apelação interposta por **BANCO DO BRASIL S/A, NASSRO ASSN NASSRO** em face da sentença de fls. 174/186 que, nos autos da ação de cobrança de expurgos inflacionários (plano verão) que promove em face de **BANCO DO BRASIL S/A, NASSRO ASSN NASSRO**, em que o magistrado julgou procedente o pedido formulado pelo autor para o fim de condenar a instituição financeira ao pagamento do valor correspondente à diferença entre o índice aplicado na correção monetária da caderneta de poupança do autor e o índice que seria correto no mês de janeiro de 1989 (42,72%) – Plano Verão – devendo tal valor ser corrigido monetariamente desde o ajuizamento do feito pelo IGPM/FGV, mais juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação.

Ambas as partes apelaram da sentença. Passo a descrever os pedidos da instituição financeira.

Alega a instituição financeira que ocorreu a prescrição do direito segundo o código de defesa do consumidor, uma vez que a relação existente entre as partes é de consumo, não podendo deixar de se aplicar no caso o art. 27 do CDC.

Sustenta que deve ser reconhecida a prescrição dos juros remuneratórios, tomando-se por base a data do ajuizamento da demanda, mediante contagem retroativa até (5) cinco anos antes desse termo inicial, conforme art. 178, §10º, III, do CC/1916 ou 206, §3º, III, do CC/2002.

Alega que não há que se falar em restituição de diferenças uma vez que a instituição financeira apenas cumpriu as determinações legais, não podendo deixar de aplicá-las, ocasião em que se consumou o ato jurídico perfeito conforme lei vigente ao tempo de sua constituição, bem como o direito adquirido.

Afirma que o pedido da autora afronta o princípio constitucional da proporcionalidade, pois não houve enriquecimento das entidades financeiras, não podendo-se dizer que a instituição financeira faz *jus* à remuneração pretendida para o período de janeiro/89.

Obtempera, por fim, que a inclusão na atualização dos expurgos de planos econômicos constitui julgamento *ultra petita* porquanto não foi formulado pedido a esse respeito na inicial.

Requer seja indeferida a inicial, para que se assegurem os princípios constitucionais da ampla defesa e da prestação da tutela jurisdicional, acolher a preliminar de falta de interesse de agir e consequente extinção do feito, no mérito pugnou para que o pedido seja julgado improcedente.

A parte autora apresentou contrarrazões ao apelo da instituição financeira, fls. 227/239, pugnano pelo não conhecimento do apelo ou caso seja conhecido, que a decisão seja mantida, condenando a instituição financeira nos honorários advocatícios.

A parte autora interpôs apelo adesivo juntamente com as contrarrazões, fls. 241/251 sustentando em suma que:

a) não houve declaração expressa na sentença acerca da capitalização dos juros, devendo existir manifestação neste sentido, para que os juros sejam capitalizados mensalmente.

b) A condenação em honorários advocatícios deve ser fundamentada no art. 20, §3º do CPC e não no art. 20, §4º, o qual serviu de apoio no *decisum*.

c) a sentença deve ser reformada no sentido de não ser determinada a liquidação de sentença, como fora feito na sentença, mas sim que seja aplicado a liquidação de sentença na forma de cumprimento de sentença, previsto no art. 475-J do CPC.

São estas as questões, passo à análise.

Conheço ambos os recursos, posto que admissíveis juridicamente e tempestivos. Contudo, passo primeiramente à análise das questões interpostas pela instituição financeira.

Inicialmente, no que pertine aos pedidos de indeferimento da inicial por violarem o contraditório e a ampla defesa, tenho que melhor sorte não assiste ao Banco, posto que não há nos autos qualquer indício de violação do contraditório e ampla defesa, uma vez que os autos foram instruídos dentro dos limites da legalidade, principalmente no que pertine a prestação jurisdicional para ambas as partes.

E ainda, o pedido de extinção do feito sem julgamento de mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, em razão do banco ter creditado o índice pleiteado na inicial (fls. 214) não merece sequer ser conhecido, posto que ofende diretamente o princípio da dialeticidade, uma vez que a instituição financeira não fez qualquer menção a tal pedido no corpo de sua peça recursal.

Conforme se infere do relato transcrito acima, o recurso de apelação não observou o princípio da dialeticidade, que é imprescindível, ou seja, o recurso tem que combater a decisão jurisdicional nas razões em que haja prejudicialidade, pelos fundamentos que lhe nega o pedido, demonstrando o seu desacerto, do ponto de vista procedimental (*error in procedendo*) ou do ponto de vista do julgamento (*error in judicando*).

O recurso que apenas se limita a afirmar a sua posição jurídica como a mais correta não atende ao princípio da dialeticidade. Na perspectiva recursal, é a decisão que deve ser confrontada.

Neste sentido Eduardo Arruda Alvim e Cristiano Zanin Martins, elucidam na obra “Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos”, coordenada por Nelson Nery Júnior e Tereza Arruda Alvim Wambier, p. 161/162, *in verbis*:

“Em atenção ao Princípio da Dialeticidade dos recursos, o recorrente terá de consignar, em suas razões recursais, os motivos pelos quais a decisão impugnada deverá ser reformada ou cassada pelo órgão ad quem.

Faz-se necessário destacar que o princípio ora examinado exige correspondência entre os temas decididos (ou não decididos) pela decisão recorrida e as razões recursais.”

Conforme disposto no artigo 514 do Código de Processo Civil:

“Art. 514. A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterà: I - os nomes e a qualificação das partes; II - os fundamentos de fato e de direito; III - o pedido de nova decisão.”

Percebe-se, pois, que a lei processual impõe ao recorrente o dever de expor as razões de fato e de direito pelas quais se pleiteia a reforma da decisão recorrida.

Neste sentido é o entendimento desta Eg. Corte, *in verbis*:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – DIFERENÇAS SALARIAIS – INOVAÇÃO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – RECURSO NÃO CONHECIDO.

Não se conhecem as questões ventiladas no recurso que não foram arguidas ou decididas em primeiro grau de jurisdição, apresentadas em flagrante inovação à lide, conduta vedada pelo artigo 515, § 1º, do Código de Processo Civil.

Não se conhece de recurso que deixa de observar o princípio da dialeticidade, isto é, em que as razões apresentadas estão dissociadas dos fundamentos da decisão a qual pretendia combater.” (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.002227-5 - Relator - Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira - Quarta Turma Cível - 13.12.2011)

“AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, DE PLANO, AO RECURSO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – RECURSO NÃO CONHECIDO.

O agravo regimental não serve tão somente como instrumento para transferir ao órgão colegiado a apreciação de questões decididas monocraticamente pelo desembargador-relator nem como forma de complementação do recurso de apelação.

2. Recurso que não expõe as razões de fato e de direito para que a decisão seja reformada não pode ser conhecido por faltar um dos pressupostos de admissibilidade do recurso (regularidade formal), havendo violação ao princípio da dialeticidade.” (Agravo Regimental em Apelação Cível N. 2011.031601-7/0001-00 - Relator - Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Terceira Turma Cível - 6.12.2011)

Este entendimento reflete a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, consoante se percebe do seguinte aresto:

“Como é de sabença geral, a teoria dos recursos é informada por uma série de princípios e dentre eles, figurando como um dos mais importantes, temos o princípio da dialeticidade, segundo o qual o recorrente deve confrontar os fundamentos utilizados na decisão impugnada, deixando explícito seu interesse recursal, manifestado pelo combate à tese pronunciada no decism vergastado.

O enfrentamento ao fundamento que serviu de lastro para a decisão impugnada deve ser direto e específico, de tal maneira que reste incontroverso tal desiderato, permitindo, então, que o Tribunal avalie a pretensão recursal, informada pelo brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum*”. (AgRg no REsp 647.275 - RS, D.J 18/10/2005, Rel. Min. Francisco Falcão).

Dessarte, diante da dissociação do pedido constante no item “b” do apelo da instituição bancária (fls. 214), o qual se refere a extinção do feito por falta de interesse de agir, é nítido que há neste caso a violação ao princípio da dialeticidade, não podendo ser referido pedido conhecido.

Passo à análise dos demais pontos da peça recursal.

Da prescrição prevista no CDC:

É cediço que às ações em que são impugnados os critérios de remuneração da caderneta de poupança e postuladas as respectivas diferenças não se aplica o prazo prescricional/decadencial previsto

no CDC, porquanto a pretensão em exame não consiste em reclamar por vícios do produto ou serviço ou obter a reparação de danos por eles causados, mas sim em receber as diferenças oriundas dos expurgos inflacionários de planos econômicos governamentais, consistindo, pois, em ações de natureza pessoal, às quais se aplicam o prazo prescricional vintenário, previsto no art. 177 do Código Civil de 1916, vigente na época em que se operaram as perdas inflacionárias.

Vale ressaltar que, ao contrário do que sustenta a instituição financeira, os juros remuneratórios e a correção monetária decorrentes de diferenças vinculadas às cadernetas de poupança prescrevem igualmente em vinte anos, porquanto constituem parcela do próprio capital, não possuindo natureza acessória.

Em consonância a este entendimento, colaciono julgado do Superior Tribunal de Justiça, o qual já pacificou referido tema, descabendo qualquer controvérsia sobre o caso:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. CADERNETA DE POUPANÇA. JUROS REMUNERATÓRIOS. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA.[...] II. - É vintenária a prescrição nas ações em que são impugnados os critérios de remuneração da caderneta de poupança e postuladas as respectivas diferenças, porquanto discutido o próprio crédito, e não seus acessórios. Agravo Regimental improvido”. (STJ. AgRg no Ag 1108131/RS. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. Julgamento 26.05.2009. Publicação DJe 08.06.2009).

Por tais razões, rejeito a tese de prescrição baseada no CDC pretendida pelo Banco.

Da Prescrição

Ainda em prejudicial de mérito, alega o banco apelante que a presente ação de cobrança se encontra acobertada pela prescrição.

Ao caso vertente não se aplica o art. 178, § 10, III, do Código Civil de 1916, tendo em vista que, conforme renovadas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, nestes casos não se discute a cobrança de juros ou quaisquer outras prestações acessórias.

Pelo contrário, o apelado pretende a cobrança de expurgo inflacionário em contas-poupança decorrentes de planos econômicos governamentais, não estando a pleitear o crédito em si, de forma integral.

Nessa seara, trata-se de simples correção do valor principal do saldo das cadernetas de poupança, direito pessoal do poupador, não de pagamento de prestações periódicas ou acessórias.

Portanto, o lapso prescricional corresponde a vinte anos, nos termos do art. 177 do anterior Código Civil. Não tem aplicação, igualmente, o estabelecido no art. 205 e no art. 206, § 3º, inciso III, ambos do atual Código Civil.

Nos termos do art. 2.028 do mesmo diploma, ***“serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”***.

Como elucidado por NELSON ROSENVALD:

“[...] o art. 2.028 determina que seja preservado o regramento do Código Civil de 1916 sempre que mais da metade do prazo indicado na lei revogada tenha sido ultrapassado antes da vigência do novo Código. Caso contrário, o prazo reduzido será apanhado pelo

Código Civil de 2002, a contar de sua vigência” (“Código civil comentado”, coordenação de CEZAR PELUSO, Barueri: Manole, 2007, p. 1960).

Referido dispositivo assegura, destarte, a sobrevivência e aplicabilidade da lei antiga. Considerando-se que a sentença condenou o recorrente ao pagamento das diferenças de correção monetária relativas aos meses de janeiro de 1989, que o atual Código Civil entrou em vigor em 11.1.2003, aplica-se a citada regra de transição, porquanto já transcorreram mais da metade do lapso prescricional de vinte anos.

Inaplicável também o prazo prescricional de cinco anos, previsto no art. 206, § 5º, inciso I, do atual Código Civil, já que tal dispositivo diz respeito à “*pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular*”, hipótese não retratada nos presentes autos.

Rejeito, assim, a prejudicial alegada.

Do Plano Verão

No caso em tela, o julgador de primeiro grau entendeu que, no mês de janeiro de 1989, o índice de correção monetária que deveria ser aplicado na caderneta de poupança seria o correspondente a 42,72% razão pela qual decidiu que a parte autora faz jus ao recebimento da diferença pleiteada.

Entendo que a sentença recorrida não merece reparos, haja vista que os índices aplicados estão corretos já que correspondem aqueles aplicados pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante passo a demonstrar.

Deveras, com relação às cadernetas de poupança com aniversário entre 1º e 15 de janeiro de 1989, isto é, anteriormente à entrada em vigor da MP n. 32/1989, torna-se obrigatória a utilização do IPC como índice de correção monetária atinente àquele mês – 42,72% –, rejeitando-se o emprego da LFTN, que teve percentual menor – 22,36%.

A propósito, vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nesse sentido. Confira-se:

“II. No cálculo da correção monetária para efeito de atualização de cadernetas de poupança iniciadas e renovadas até 15 de janeiro de 1989, aplica-se o IPC relativo àquele mês em 42,72%. Precedentes.

IV. Incidência da Súmula n. 7/STJ quanto à configuração no caso da litigância de má-fé.

V. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no Ag n. 990050/PR; Rel. Min. Aldir Passarinho Junior; 4ª Turma; 10/6/2008).

Daqui se segue que agiu com acerto o julgador de primeiro grau quando determinou que a caderneta de poupança de titularidade da autora apelada, cuja data de aniversário seja anterior a 16 de janeiro de 1989, deve ser remunerada no percentual equivalente a 42,72%.

Resta, então, demonstrada que a sentença não merece reparos, tendo todas as questões sido decididas no mesmo sentido do Superior Tribunal de Justiça, estando a matéria devidamente prequestionada.

Do pedido de exclusão dos juros remuneratórios

Quanto aos juros remuneratórios, tenho que não há de ser acolhido o pedido de exclusão, posto que esta Eg. Corte de Justiça já se posicionou sobre o tema no seguinte sentido, *in verbis*:

“POUPANÇA–EXPURGOS INFLACIONÁRIOS–JUROS REMUNERATÓRIOS INCIDENTES MENSALMENTE E CAPITALIZADOS.

Os juros remuneratórios integram a remuneração da poupança e devem incidir em 0,5% ao mês, desde a data em que devida a diferença pleiteada até o efetivo pagamento, e devem se dar na forma capitalizada, uma vez que tal capitalização decorre da própria natureza da poupança.” (TJ/MS, Apelação Cível n. 2008.026273-8. Relator Desembargador Sideni Soncini Pimentel. Julgado em 14.05.2009.)

“ APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – CADERNETA DE POUPANÇA – ÔNUS DA PROVA – PLANO ECONÔMICO COLLOR I – ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA A SER APLICADO NO PERCENTUAL DE 84,32% E 44,80% – DIFERENÇAS CORRIGIDAS E ACRESCIDAS DE JUROS REMUNERATÓRIOS E MORATÓRIOS – CAPITALIZAÇÃO MENSAL – RECURSO CONHECIDO EM PARTE – E NA PARTE CONHECIDA – PROVIDO.” (TJ/MS, Apelação Cível n. 2009.014318-7. Relator Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso. 5ª Câmara Cível. Julgado em 11.02.2010)

Nessa seara, vejamos excerto do voto proferido pelo Des. Dorival Renato Pavan:

“Os juros remuneratórios constituem uma compensação pelo capital depositado na instituição financeira e, por isso, integram a remuneração da poupança juntamente com a correção monetária. E, reconhecido que foram creditados valores a menor, tal fato refletiu em todo o rendimento posterior, pois se o banco houvesse creditado a diferença na época devida teria incidido juros remuneratórios de 0,5% ao mês, todos os meses, sobre referida diferença.

Portanto, não pode o autor, que se viu obrigado a recorrer ao judiciário para que lhe fosse pago o que era seu de direito, ver-se penalizado e premiado o seu devedor”. (TJ/MS, Agravo Regimental em Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.011362-1/0001-00)

Esse é o entendimento consagrado, também, no Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. POUPANÇA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO DÉBITO JUDICIAL. LEI N. 6.899/81. JUROS REMUNERATÓRIOS CONTRATUAIS. APLICABILIDADE. I. Os juros remuneratórios não são juros legais, mas contratuais, de reconhecida aplicação na caderneta de poupança, e amplamente conferidos pela jurisprudência desta Corte (REsp n. 780.085/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 05.12.2005; AgRg no Ag n. 780.65/PR, Rel. Minl. Humberto Gomes de Barros, DJU de 28.11.2007). II. Agravo regimental desprovido” (AgRg nos EDcl no REsp 1096155/RS. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgamento 12.05.2009. Publicação DJe 08.06.2009).

Destarte, o pagamento dos expurgos inflacionários deve englobar os juros remuneratórios, no percentual 0,5% ao mês, desde a data em que devida a diferença pleiteada até o seu efetivo pagamento, reformando-se, então, a sentença nesse aspecto.

Da Capitalização Mensal de Juros

Mais uma vez a insurgência recursal merece guarida. Isso porque a capitalização dos juros remuneratórios deve ocorrer mensalmente, não havendo qualquer vedação legal a tal expediente.

É de sabença comum que os contratos de depósito em caderneta de poupança têm como essência a renovação automática a cada mês, passando os juros remuneratórios a integrar o capital no final do período, quando, então, inicia-se um novo contrato.

Destarte, os juros compensatórios devem ser capitalizados mensalmente, entendimento este, inclusive, assente nesta Corte, senão vejamos:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETAS DE POUPANÇA – JUROS REMUNERATÓRIOS – CAPITALIZAÇÃO MENSAL – ADMISSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO.

Os juros remuneratórios incidentes sobre a diferença de atualização do saldo de poupança referentes aos planos Bresser e Verão deverão ser capitalizados mensalmente. [...]” (Apelação Cível nº 2010.002493-9/0000-00 - Campo Grande. Primeira Turma Cível. Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves. Julgamento 23.2.2010). (g.n.)

“APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE COBRANÇA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – PRESCRIÇÃO E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – PREJUDICIAL E PRELIMINAR AFASTADAS – PLANO VERÃO – MEDIDA PROVISÓRIA N. 32/89 – LEIN. 7.730/89 – CONTAS POUPANÇA COM ANIVERSÁRIO NA PRIMEIRA QUINZENA DE JANEIRO – CORREÇÃO DEVIDA NO PERCENTUAL DE 42,72% – TERMO A QUO – A PARTIR DO MOMENTO EM QUE DEIXARAM DE SER AS DIFERENÇAS CREDITADAS – JUROS REMUNERATÓRIOS E MORATÓRIOS – CAPITALIZAÇÃO MENSAL – ADMISSIBILIDADE – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – PROVIMENTO PARCIAL DE AMBOS OS RECURSOS.

[...] 5. Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, os juros remuneratórios de 0,5% ao mês deverão ser capitalizados mensalmente” (Apelação Cível nº 2009.024889-6/0000-00 - Três Lagoas. Quinta Turma Cível. Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Julgamento 17.12.2009).

Da forma de correção monetária dos expurgos – índice oficial da caderneta de poupança

A correção monetária serve apenas para manter o poder aquisitivo do valor. Portanto, no caso em análise, deve incidir com base nos mesmos índices sucessivamente adotados como indexadores dos saldos depositados em caderneta de poupança, desde a data em que deveriam ter sido creditadas, ou seja, desde o vencimento e não com base no IGPM/FGV como fora adotado pela magistrada singular ao proferir a sentença objurgada.

Esta Eg. Corte de Justiça já se posicionou sobre o tema em questão, *in verbis*:

“A correção monetária do valor da condenação deverá ser efetuada com base nos mesmos índices sucessivamente adotados como indexadores dos saldos depositados em caderneta de poupança, desde a data em que deveriam ter sido creditados. (Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n. 2009.015027-8. Rel. Desembargador Dorival Renato Pavan. Quarta Turma Cível)

Sobre essa matéria o Superior Tribunal de Justiça assim se posiciona:

“CIVIL E PROCESSO CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. PLANO ECONÔMICO. JANEIRO DE 1989. IPC. ADOÇÃO DOS MESMOS ÍNDICES DE ATUALIZAÇÃO DE CADERNETA DE POUPANÇA. INOVAÇÃO DE CAUSA DE PEDIR NÃO EXPLICITADA NA PETIÇÃO INICIAL. FALTA DE INTERESSE RECURSAL RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PEDIDO JÁ DEFERIDO DE APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE 42,72% ILEGALMENTE EXPURGADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA.

- Não há similitude fático-jurídica entre o acórdão recorrido que não reconhece interesse recursal e acórdão paradigma que discute o mérito.

- A causa de pedir deve ser explicitada na petição inicial e não inovada em sede de recurso adesivo na apelação.

- O pedido de atualização de caderneta de poupança, pela recomposição de valores, tendo como causa de pedir a edição de sucessivos planos econômicos, se satisfaz com a aplicação dos índices ilegalmente expurgados. (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 393395. Relatora Ministra Nancy Andriighi. 3ª Turma. Julgado em 21.02.2002.)

Portanto, assiste razão ao banco apelante no que concerne à correção monetária dos valores depositados, sendo que esta deverá ser efetuada com base nos mesmos índices sucessivamente adotados como indexadores dos saldos depositados em caderneta de poupança, desde a data em que deveriam ter sido creditados.

Por fim, no que concerne ao recurso adesivo interposto pela parte autora, tenho que a discussão acerca da capitalização mensal dos juros já foi debatida e decidida, não havendo necessidade de maiores delongas.

Quanto aos honorários advocatícios informa o autor recorrente que a sentença merece reforma pois fixou-se honorários advocatícios na ordem de R\$ 800,00 (oitocentos reais), alegando estar fundamentada no parágrafo 4º, art. 20 do CPC, devendo ser reformada para que se aplica a regra contida no mesmo artigo contudo, no parágrafo 3º do mesmo *codex*, que limita o percentual entre 10% e 20%.

Após a análise dos pedidos em sede recursal é possível concluir que não merece provimento o recurso adesivo, pois diante da procedência parcial dos pedidos formulados no recurso do banco, o autor foi em parte vencedor e vencido, já que não obteve êxito em todos os seus pedidos.

E, conforme determina o artigo 21 do Código de Processo Civil, serão recíprocos e proporcionalmente distribuídos e compensados entre as partes os honorários e as despesas, se cada litigante for em parte vencedor e vencido, sendo correto seja determinada a compensação das custas processuais no percentual de 30% para autor e 70% para o banco/requerido, devendo os honorários serem mantidos no mesmo patamar, posto que de acordo com a legislação pertinente ao caso.

Ratifica-se que quanto à liquidação de sentença pretendida pela parte autora, tenho que esta não pode permanecer pois, não pode-se aplicar ao caso a determinação prevista no art. 475-J do CPC, como pretende a autora, pois o cumprimento de sentença só é cabível quando há valores expressos, numéricos e incontroversos, o que ainda não é o caso, devendo o montante ser liquidado para posteriormente ser realizado o cumprimento de sentença.

Ante o exposto, conhecimento dos recursos, contudo, **dou parcial provimento tão somente para adequar ao termo de correção monetária dos valores depositados o índice oficial da caderneta de poupança, mantendo-se a sentença nos demais termos**, pelos próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, deram parcial provimento ao recurso do Banco do Brasil S/A e negaram provimento ao recurso de Nassro Assn Nassro, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maranhão e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 07 de novembro de 2012.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0005521-73.2011.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – MATRÍCULA DE MENOR ESTRANGEIRO RESIDENTE NO BRASIL EM ESCOLADAREDE ESTADUAL DE ENSINO – PORAUSÊNCIA DO VISTO DE ESTRANGEIRO – MERA IRREGULARIDADE – ACESSO À EDUCAÇÃO – DEVER DO ESTADO – DIREITO GARANTIDO A TODOS PELA CARTA MAIOR E PELO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO – PRINCÍPIO DA IGUALDADE – RECURSOS IMPROVIDOS.

A legislação pertinente ao estrangeiro e seu ingresso em escolas da rede pública de ensino do Estado não pode ser analisada de modo isolado, mas sim fazendo-se uma interpretação conforme a Constituição e seus fins, em análise conjunta com outros dispositivos e sempre à luz do princípio da razoabilidade, observando-se o contexto histórico e social em que se vive.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 31 de outubro de 2012.

Des. Joenildo de Sousa Chaves - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação contra a sentença de concessão da segurança, convalidando em todos os termos a liminar anteriormente concedida, ordenando, assim, que o Estado se abstenha de vedar a matrícula dos impetrantes por falta de documento de visto e registro, bem como que valide todos os estudos que se deram no Brasil.

Alega que os impetrantes não possuem direito líquido e certo, ante a inobservância às exigências legais para regularização da documentação junto à Polícia Federal, documentos esses, imprescindíveis para permanecer matriculados em escola no território brasileiro.

Sustenta estar ausente o ato coator por parte da autoridade impetrada, uma vez que a exigência de documento de opção de cidadania ou visto da Polícia Federal, para que o estrangeiro possa ser matriculado em escola estadual no território brasileiro, decorre de normativa estadual, não havendo que se falar também, via de consequência, em direito líquido e certo do impetrante.

Prequestiona a matéria.

Não houve apresentação de contrarrazões.

O recurso também subiu para fins de reexame necessário.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento de ambos os recursos.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença que concedeu a segurança e determinou a realização de matrícula dos impetrantes – paraguaios residentes no Brasil – bem como que validasse todos os estudos até então realizados.

Sustenta que a matrícula de estrangeiro no estabelecimento do sistema estadual de ensino está condicionada à apresentação de documento de opção de cidadania ou visto da Polícia Federal.

Verifico dos autos que os impetrantes são nascidos e registrados no Paraguai, mas residem e estudam em Ponta Porã.

Nesse contexto e na iminência de serem impedidos de continuar os estudos no Brasil ao argumento de que não possuem documento nacional, o que impede a validação dos estudos, impetraram o presente *mandamus*.

A liminar foi concedida e a sentença concedeu a segurança.

Em pese os impetrantes estejam com a documentação a ser regularizada no Brasil, uma vez que o mesmo é nascido no Paraguai e reside no município de Ponta Porã, neste Estado, juntamente com os pais brasileiros, sem possuir o visto temporário de que trata o artigo 13, IV, do Estatuto do Estrangeiro, tal fato não deve consistir em obstáculo ao acesso à educação que lhe é garantida pelo próprio Estatuto citado e principalmente pela norma constitucional brasileira, mormente quando se trata de menor que atualmente conta com apenas 9 anos de idade e que se encontra em fase de formação e desenvolvimento.

O referido Estatuto, Lei n. 6.815/80, traz em seu artigo 95 a previsão de que “*o estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis*” e, no mesmo contexto, a Constituição Federal brasileira, que é a Lei maior deste País, garante o tratamento igualitário a todos perante a lei, inclusive a estrangeiros residentes no País, como é o caso dos autos, sem distinção de qualquer natureza, não podendo, pois, a autoridade impetrada impedir a matrícula do impetrante em escola do Estado, ferindo o direito à educação da criança e exonerando o ente público de dever legalmente constituído. O artigo 5º, *caput*, da Constituição dispõe da seguinte forma:

“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:
(...)” (grifei)

Tal norma, de caráter eminentemente abstrato, deve produzir efeitos concretos, a fim de garantir, com efetividade, os direitos fundamentais dos indivíduos e a dignidade da pessoa humana, a qual engloba uma série de outros direitos, inclusive a educação, a qual consiste em um dos mais fortes pilares sobre os quais se sustenta uma nação.

A legislação pertinente ao estrangeiro e seu ingresso em escolas da rede pública de ensino do Estado não pode ser analisada de modo isolado, mas sim fazendo-se uma interpretação conforme a Constituição e seus fins, em análise conjunta com outros dispositivos e sempre à luz do princípio da razoabilidade, observando-se o contexto histórico e social em que se vive.

Atualmente, encontra-se em vigor o Protocolo MERCOSUL/CMC/DEC nº 06/06, que dispõe sobre o mecanismo para a implementação do protocolo de integração educativa e reconhecimento de certificados, títulos e estudos de nível primário e médio não-técnico nos Estados Partes e Associados do MERCOSUL, cuja função, dentre outras, consiste em *harmonizar os mecanismos administrativos que facilitem o desenvolvimento do estabelecido e criar mecanismos que favoreçam a adaptação dos estudantes no país receptor*.

O item do seu anexo determina a adoção de critérios flexíveis sobre a documentação de identidade exigida à matrícula do estrangeiro, no intuito de se possibilitar a continuidade dos estudos de educação básica, aceitando a documentação de identidade do país de origem, até que se concluam os trâmites relativos à documentação migratória.

Ora, não há dúvidas de que tal protocolo reflete exatamente a situação examinada no presente feito. O impetrante, menor impúbere de tão tenra idade, viu-se na iminência de ter seu direito à instrução e educação tolhido por questões burocráticas e administrativas dotadas de excessivo rigor, mesmo sendo patente que a irregularidade de sua documentação, que é fato comum nas regiões de fronteira, poderia ser sanada a qualquer tempo, aliada ainda à flexibilização trazida pelo citado protocolo para estudantes estrangeiros.

Não bastasse isso, o ordenamento jurídico pátrio, reconhecendo a realidade de que muitos estrangeiros vivem ilegalmente no Brasil, tem adotado medidas, como a edição da Lei n. 11.961/09, visando à regularização da situação dos mesmos no país, objetivo este que não se coaduna com o ato praticado pela autoridade impetrada, que indeferiu a matrícula do impetrante por irregularidade na documentação de migração.

Ao invés de negar o acesso à educação ao menor estrangeiro, deveriam ter sido buscados meios a fim de regularizar a situação dele no Brasil, postura esta muito mais condizente e coerente com a finalidade buscada pelo ordenamento.

Ademais, ressalte-se que a educação é direito fundamental da criança, que a dignifica enquanto ser humano e instrui, sendo um dos principais elementos necessários à formação de uma sociedade de pensadores críticos, profissionais qualificados e capacitados e de cidadãos justos.

Quanto às custas processuais, há que se esclarecer que a Fazenda Pública é isenta de pagamento, a teor do que dispõe o artigo 24, I, da Lei Estadual 3779/2009, o que a desobriga, no caso em tela, ao pagamento das custas processuais remanescentes; entretanto, é devido o reembolso ao impetrante das custas processuais por este adiantadas, nos termos do que dispõe o artigo 24, § 1º, do Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul. Em sede de reexame necessário, mantenho a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. DECISÃO COM O PARECER.

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. Des. Joenildo de Sousa Chaves, Des. João Maria Lós e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 31 de outubro de 2012.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0117462-58.2006.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE REDE NÃO CREDENCIADA – ATENDIMENTO EMERGENCIAL – ABUSIVIDADE DA NEGATIVA DE CUSTEAR AS DESPESAS DECORRENTES DO TRATAMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O beneficiário que utiliza serviços médico-hospitalares prestados pela rede não credenciada, em caráter de urgência ou emergência dos procedimentos adotados, tem direito a ter seu tratamento custeado pela operadora de plano de saúde.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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 outubro de 2012.

Des. Joenildo de Sousa Chaves - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Unimed de Campo Grande/MS – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda, não se conformando com a sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação de obrigação de fazer proposta por Eduardo Landgraf, representado por seu cônjuge, interpõe o presente recurso de apelação cível no qual sustenta que: a exclusão de cobertura para hospitais de alto custo e atendimento por médico não cooperado encontra-se redigida de forma clara a ponto de não deixar qualquer dúvida sobre tal limitação; nos termos do art. 423 do Código Civil, será adotada a interpretação mais favorável ao aderente quando houver no contrato cláusulas ambíguas ou contraditórias, o que não é o caso; o art. 422 do Código civil, por sua vez, reza que os contratantes devem agir obrigatoriamente com probidade e boa-fé; o que o apelado obteve com a decisão combatida foi a declaração de nulidade de cláusulas contratuais que justificam o equilíbrio contratual.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para julgar totalmente improcedente o pedido inicial.

Contrarrazões às f. 210/220.

VOTO

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

Versam os autos sobre ação de obrigação de fazer proposta por Eduardo Landgraf, representado por seu cônjuge, em desfavor da Unimed de Campo Grande/MS – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda, cujo pedido foi julgado procedente para condenar a requerida ao pagamento de todas as despesas hospitalares do requerente no Hospital Mãe de Deus (Porto Alegre-RS) até que este receba alta para transferência para outro hospital.

A meu sentir, a sentença recorrida é irrepreensível.

Os contratos de seguro-saúde destinam-se a cobrir o risco de doença, com o pagamento de despesas hospitalares e reembolso de honorários médicos, quando se fizerem necessários. Desse modo, cabe à ré, *in casu*, arcar integralmente com as despesas decorrentes de internação hospitalar emergencial efetuado pelo beneficiário de plano de saúde, soando abusiva a recusa fundada em “alto custo do hospital” por “médicos não credenciados”, conforme, aliás, acertadamente decidiu o i. julgador sentenciante:

“O contrato celebrado entre as partes é, na verdade, um pacto obrigacional que sofre a incidência das leis protetivas do consumidor, e possui como pilar os princípios da

boa-fé objetiva e da vulnerabilidade do consumidor, devendo, portanto, ser interpretado da maneira mais favorável ao consumidor.

Com isso, é possível afirmar que os direitos básicos do consumidor e as suas normas protetivas devem todas ser aplicadas no contrato em questão, principalmente o art. 6º, V, que estabelece a possibilidade da quebra da base objetiva do contrato, excetuando, portanto, o princípio do *pacta sunt servanda*. Nesse sentido, a possibilidade de modificação e revisão das cláusulas do contrato em questão deve prevalecer.

Por consequência, a negativa de tratamento na cidade de Porto Alegre-RS, pela requerida, contraria a boa-fé objetiva, bem como a vulnerabilidade do consumidor na relação jurídica estabelecida entre as partes, uma vez que a escolha do Hospital para que o requerente fosse hospitalizado foi feita com o seguinte critério: ‘o hospital aceitava ou não o plano da Unimed’.

Como o referido Hospital Mãe de Deus possuía convênio com a requerida, não haveria porque o requerente preocupar-se com qualquer outra formalidade, até porque o seu estado de saúde e a situação de emergência impediam qualquer outra indagação e, além disso, o seu plano de saúde era de âmbito de atendimento nacional. Contudo, posteriormente descobriu-se que o convênio daquele hospital era com a Unimed Porto Alegre e não com a Unimed Campo Grande, por ser considerado de ‘alto custo’.

Acrescente-se ainda, que conforme os relatórios médicos, a transferência do requerente para outro hospital era impossível tendo em vista o seu quadro clínico de internação no Centro de Tratamento Intensivo - CTI.

Os documentos juntados às f. 27-48 confirmam o tratamento realizado no requerente ao chegar no hospital, bem como a urgência dos procedimentos, além da própria gravidade do seu quadro clínico, comprovando o estado de necessidade em que se encontrava”.

Por outro lado, também é desarrazoada a tese defendida pela ré de que é legítima a recusa da obrigação de fazer externada na presente demanda em virtude de o atendimento ter ocorrido por médicos a ela não

credenciados, por impor uma desvantagem exagerada ao consumidor, mormente quando comprovado o caráter emergencial do atendimento.

Neste sentido, aliás, é o entendimento jurisprudencial, sendo o segundo precedente de minha relatoria:

“CIVIL E PROCESSUAL. PLANO DE SAÚDE. DESPESAS. EMERGÊNCIA. REDE NÃO CONVENIADA. EMERGÊNCIA. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. I. ‘O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado, pelo valor equivalente ao que seria cobrado por outro da rede, pode ser admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc.)’ (REsp 267.530/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, unânime, DJ: 12/03/2001). II. Concluindo as instâncias ordinárias pela emergência na situação, o reexame da questão esbarra no que diz o verbete n. 7, da Súmula desta Corte. III. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 809.685/MA, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 14/12/2010, DJe 17/12/2010).

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE PLANO DE SEGURO CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – REEMBOLSO DAS DESPESAS DECORRENTES DA IMPLANTAÇÃO DE NOVO MARCA-PASSO – RECUSAINFUNDADA–LIMITAÇÃO DO REEMBOLSO QUANDO O ATENDIMENTO SE DER POR MÉDICOS PARTICULARES NÃO CREDENCIADOS – CLÁUSULA ABUSIVA – CARÁTER EMERGENCIAL DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Devido é o reembolso das despesas decorrentes de procedimento cirúrgico emergencial efetuado pelo beneficiário de plano de saúde e devidamente comprovado, soando abusiva a recusa fundada em ‘ausência completa da documentação exigida’. É abusiva a cláusula contratual que limita o reembolso quando o atendimento se der por médicos particulares não credenciados, por impor uma desvantagem exagerada ao segurado, mormente levando em conta o caráter emergencial do procedimento cirúrgico” (TJMS, Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.015497-7/0000-00 - Campo Grande, Primeira Câmara Cível, j. em 11/07/2012).

Com efeito, o beneficiário que utiliza serviços médico-hospitalares prestados pela rede não credenciada, em caráter de urgência ou emergência dos procedimentos adotados, tem direito a ter seu tratamento custeado pela operadora de plano de saúde, não havendo falar, portanto, em desacerto da sentença.

Em face do exposto, conheço do presente recurso e a ele nego provimento.

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. Des. Joenildo de Sousa Chaves, Des. João Maria Lós e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 17 de outubro de 2012.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0354008-60.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO – PRESCRIÇÃO – PRAZO ANUO – TERMO INICIAL – CONHECIMENTO INEQUÍVOCO DA INCAPACIDADE – PREJUDICIAL ACOLHIDA – SENTENÇA REFORMADA – DEMAIS RECURSOS PREJUDICADOS.

O prazo prescricional da ação de cobrança movida pelo segurado contra a seguradora é de um ano, contado da data em que aquele teve ciência inequívoca da incapacidade laboral (Súmulas 101 e 278 do STJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, acolher a preliminar de prescrição e julgar prejudicadas as demais matérias, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2012.

Des. Joenildo de Sousa Chaves - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Joelton Bobadilha da Silva, Bradesco Vida e Previdência S/A e Mapfre Vera Cruz Vida e Previdência S/A, irrisignados com a sentença proferida pelo magistrado da 15ª Vara Cível de Competência Residual da comarca de Campo Grande, nos autos da ação de cobrança de indenização securitária, apelam a este Tribunal de Justiça.

Joelton Bobadilha da Silva alega em suas razões recursais (f. 366/380) que: I) diferentemente da conclusão apontada na sentença, tem direito ao recebimento integral da indenização securitária, já que padece de nulidade a tabela desenvolvida pela SUSEP, a qual limita o valor da indenização ao grau da invalidez suportada; e II) tem direito, de igual modo, ao recebimento do chamado “adicional para o plano D”, no percentual de 200% sobre o valor da cobertura básica.

Por essas razões, após prequestionar os artigos de lei invocados, pede a reforma da sentença nos pontos combatidos.

Bradesco Vida e Previdência S/A, por sua vez, sustenta em suas razões de apelação que (f. 381/394): I) a pretensão encontra-se prescrita; II) a invalidez suportada pelo segurado fora decorrente de doença profissional e não de acidente pessoal, não estando, por isso, coberta pela apólice que prevê, inclusive, a expressa exclusão de tal fato das hipóteses indenizáveis; e III) a correção monetária deve incidir a partir do ajuizamento da ação.

Prequestiona a matéria impugnada.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso.

Mapfre Vera Cruz Vida e Previdência S/A, por fim, ventila em seus fundamentos recursais (f. 419/441) que:

i) “ao revés do que constou na r. sentença, a prova pericial produzida nesses autos foi taxativa no sentido de que o Apelado não apresenta nenhuma incapacidade laborativa que o impeça de exercer função da qual não necessite de audição perfeita. Também, houve por parte da apelante a comprovação de que PAIRO, na mesma linha que LER/DORT, é uma moléstia, não se enquadrando no conceito de Acidente Pessoal, como ainda, por ser uma doença, trata-se de risco expressamente excluído da apólice contratada, não se enquadrando na garantia de Invalidez Permanente por Acidente”; e ii) sua responsabilidade na é solidária, devendo se limitar ao percentual assumido na respectiva apólice, já que se trata de contrato de cosseguro.

Diante desses fundamentos, pede a reforma do provimento jurisdicional guerreado.

Em contrarrazões (f. 408/418, 444/451, 452/461 e 467/471) as seguradoras protestam pelo improvimento do recurso do segurado que, por sua vez, também requer o não conhecimento dos recursos das seguradoras por ofensa ao princípio da dialeticidade.

VOTO

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

Joelton Bobadilha da Silva, Bradesco Vida e Previdência S/A e Mapfre Vera Cruz Vida e Previdência S/A, irrisignados com a sentença proferida pelo magistrado da 15ª Vara Cível de Competência Residual da comarca de Campo Grande, apelam a este Tribunal de Justiça.

Consta dos autos que Joelton Bobadilha da Silva ingressou com a presente ação buscando, basicamente, a condenação de Bradesco Vida e Previdência S/A e Mapfre Vera Cruz Vida e Previdência S/A a lhe pagar a respectiva indenização securitária que entendia fazer jus, em virtude da incapacidade permanente causada por doença ocupacional.

A sentença recorrida julgou parcialmente procedente o pedido inicial e, por consequência, condenou as empresas seguradoras “no pagamento ao autor da importância de R\$ 16.773,36 (dezesesseis mil setecentos e setenta e três reais e trinta e seis centavos) da indenização prevista na apólice n.º 850.563 para caso de invalidez parcial permanente por acidente”.

Pois bem. Para uma abordagem clara e sistemática das matérias devolvidas à apreciação desse Órgão Colegiado, os recursos interpostos serão analisados isoladamente.

Do recurso de apelação interposto por Bradesco Vida e Previdência S/A (f. 381/394):

Inicialmente, consigno que a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade apresentada pelo recorrido Joelton Bobadilha da Silva não merece acolhimento.

Como se sabe, em respeito ao princípio da dialeticidade, os recursos devem ser fundamentados, sendo necessária, para tanto, a impugnação específica das razões da decisão recorrida.

No caso, ainda que as razões apresentadas pela recorrente em seu recurso de apelação guardem semelhança/identidade com a fundamentação apresentada em sua peça de defesa, observo que tais fundamentos contrapõem-se especificamente aos motivos determinantes adotados pelo magistrado singular na sentença que ora se combate.

Assim sendo, tenho que não cabe o acolhimento dessa preliminar.

Superada a mencionada questão, dou continuidade à análise do recurso.

Como primeira tese recursal, ventila a recorrente que a pretensão inicial estaria prescrita.

Razão lhe assiste.

Em análise aos autos, em especial à petição inicial (f. 02/26), verifico que a causa de pedir do autor reside no suposto direito que entende possuir quanto ao recebimento do valor segurado em razão de alegada invalidez permanente suportada.

Trata-se, portanto, de ação proposta pelo segurado visando o recebimento do prêmio constante da apólice de seguro em razão de sua incapacidade.

Em hipóteses tais, o prazo prescricional para o ajuizamento da respectiva ação é de um ano, nos termos do artigo 206, § 1º, II, “b”, do Código Civil de 2002, bem como dos Enunciados de Súmula n.º 101 e 278 do Superior Tribunal de Justiça.

O termo inicial de tal prazo, por sua vez, se dá na data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade.

Contemple-se, a propósito, os seguintes arestos do C. STJ que corroboram o entendimento acima declinado:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO. INDENIZAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESCRIÇÃO ANUA. ART. 178, § 6º DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. ART.206, § 1º, II, DO CC/2002. INAPLICABILIDADE DO ART. 27 DO CDC.

1. Aplica-se a prescrição anual do art. 178, § 6º, II, do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 206, § 1º, II, do CC/2002), às ações do segurado contra a seguradora buscando o pagamento de indenização de seguro de vida em grupo (Súmula 101/STJ).

2. A prescrição de 5 anos prevista do art. 27 do CDC aplica-se exclusivamente às hipóteses de defeito do produto ou do serviço.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – AgRg no REsp 708.117/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, j. em 04/09/2012)

(...) 1. “O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral. - Súmula n. 278/STJ” (AgRg no REsp 1.002.620/RS, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe de 24.5.2010 (...). (STJ - AgRg no REsp 968.239/ES, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, j. em 18/09/2012)

SEGURO DE VIDA EM GRUPO. COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO ANUA. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. SÚMULA STJ/7.

1 - Consoante dispõe a Súmula STJ/101, “a ação do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano”, contando-se o prazo da data em que ele tem conhecimento inequívoco da sua incapacidade (Súmula STJ/278) (...). (STJ – AgRg no AREsp 19.885/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, j. em 25/10/2011)

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência deste Tribunal:

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO – PRESCRIÇÃO – ÂNUA – TERMO INICIAL – CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INCAPACIDADE LABORAL – SÚMULA 278 STJ (...) O prazo para que o segurado busque a pretensão ressarcitória decorrente de contrato de seguro de vida e/ou acidentes pessoais em grupo é de um ano, ao teor do artigo 206, § 1º, “b”, do Código Civil de 2002. Entretanto, o termo inicial para contagem do prazo prescricional conta-se a partir da data em que o segurado teve a ciência inequívoca de sua invalidez permanente. Súmula 229 STJ. (...). (Agravado Regimental em Apelação Cível n.º 2011.034053-7/0002-00. Rel. Divoncir Schreiner Maran. J. em 14.03.2012)

AGRAVO RETIDO – AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – PRESCRIÇÃO – PRAZO ÂNUO – TERMO INICIAL - CONHECIMENTO DA INCAPACIDADE ABSOLUTA DO SEGURADO – SÚMULA 278 DO STJ (...) 1. O prazo para que o segurado busque a pretensão ressarcitória decorrente de contrato de seguro de vida e/ou acidentes pessoais em grupo é de um ano, a teor do artigo 206, § 1º, II, “b”, do Código Civil de 2002.

2. Nos termos da Súmula 278 do STJ, “O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral” (...). (Apelação Cível n.º 2012.018098-9. Rel. Sideni Soncini Pimentel. J. em 26.07.2012)

Na hipótese dos autos, conforme se observa do documento de fl. 60, em 13.11.2006 o segurado Joelton Bobadilha da Silva fora submetido a um exame médico denominado “Audiograma Tonal e Limiar”, o qual revelou o seguinte parecer:

“Ouvido Direito: Perda auditiva do tipo mista de grau leve a moderado.

Ouvido Esquerdo: Perda auditiva do tipo mista de grau moderado a severo”. (sic)

Veja-se, portanto, que já em 2006 o segurado tinha conhecimento de sua incapacidade, cuja ocorrência é utilizada como fundamento nesta demanda para o recebimento do respectivo seguro.

Aliás, como bem esclareceu o perito judicial à fl. 319, a moléstia que acomete o autor “iniciou-se no período compreendido entre julho de 2004 e janeiro de 2005”.

Vale registrar, ademais, que de acordo com o mencionado laudo realizado pelo perito judicial, em janeiro de 2007 o segurado já utilizava prótese/aparelho auditivo (fl. 317).

Dessa forma, diante das peculiaridades que envolvem o caso, tenho que desde 13.11.2006 o segurado Joelton Bobadilha da Silva tem conhecimento inequívoco da moléstia que lhe causou a incapacidade permanente, cuja ocorrência, reitera-se, é utilizada como fundamento nesta demanda para o recebimento do respectivo seguro.

Essa data (13.11.2006), portanto, deve ser considerada como o termo a quo para o início do prazo prescricional que, por consequência, findou-se em 14.11.2007.

Ocorre, todavia, que conforme se constata do protocolo de distribuição (fl. 02), a presente ação somente fora ajuizada em 04.09.2008, portanto, quando já decorrido o prazo ânua para tal desiderato.

Resta evidenciada, nesse contexto, a ocorrência da prescrição no caso em análise, motivo pelo qual merece guarida a tese recursal que ventilou tal prejudicial.

Em consequência, deve o feito ser extinto, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV do CPC.

Cabe esclarecer, por fim, que diante do acolhimento da prescrição as demais questões suscitadas pela apelante restam prejudicadas.

Dos recursos de apelação interpostos por Joelton Bobadilha da Silva e Mapfre Vera Cruz Vida e Previdência S/A.

Conforme explanado acima, a prejudicial de prescrição arguida por Bradesco Vida e Previdência S/A fora acolhida e o feito, por consequência, extinto.

Dessa forma, tenho que restou prejudicada a análise dos recursos interpostos por Joelton Bobadilha da Silva e Mapfre Vera Cruz Vida e Previdência S/A, descabendo maiores considerações neste ponto.

Em face de todo o exposto, conheço dos recursos de apelação interpostos e dou provimento à insurgência de Bradesco Vida e Previdência S/A, para, acolhendo a prejudicial de prescrição, extinguir o presente feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV do CPC.

A análise das demais teses recursais fica prejudicada.

Como decorrência do novo julgamento, inverte os ônus sucumbenciais, cabendo ao autor o pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios aos patronos das empresas seguradoras, os quais, em atenção ao disposto no art. 20, §4º do CPC, fixo em R\$ 1.000,00 para cada. Suspendo, contudo, a execução de tais parcelas, em virtude dos benefícios da Justiça Gratuita concedidos ao segurado (art. 12 da Lei 1.060/50).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte: POR UNANIMIDADE, ACOLHERAM A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO E JULGARAM PREJUDICADAS AS DEMAIS MATÉRIAS, 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. Des. Joenildo de Sousa Chaves, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2012.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0001262-02.2010.8.12.0009 - Costa Rica
Relator Des. Josué de Oliveira

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – ACOLHIDOS – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – NÃO ESCOADO PRAZO PRESCRICIONAL PARA PROPOSITURA DA AÇÃO EXECUTIVA ATÉ A MANIFESTAÇÃO DO EXEQUENTE – FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO EXEQUENTE – PRESCRIÇÃO AFASTADA – RECURSO PROVIDO.

Afasta-se a alegação de prescrição intercorrente se, até a manifestação do exequente, não havia escoado o prazo da prescrição executória e se, antes da decretação da prescrição intercorrente, o exequente não foi intimado pessoalmente para dar andamento à execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o vogal, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de outubro de 2012.

Des. Josué de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

Banco Bradesco S/A interpõe apelação cível contra a sentença, proferida nestes Embargos à Execução,¹ que lhe move **Lourenço Filisbino de Paula**, em que o magistrado *a quo* acolheu os embargos, extinguindo a execução em apenso, haja vista a incidência da prescrição intercorrente.

Buscando a reforma da sentença, alega, em síntese, que: **a)** não ocorreu a prescrição, seja porque foi interrompida com a citação dos executados, seja porque a parte não pode se valer da redução do prazo prescricional; **b)** uma vez que o apelado não comprovou que os valores penhorados se referem à verba alimentar, não devem ser liberados tais valores.

Nas contrarrazões, o apelado pede o não provimento do recurso.

VOTO (EM 25.9.2012)

O Sr. Des. Josué de Oliveira. (Relator)

¹ Processo nº 0001262-02.2010.8.12.0009.

Infere-se dos autos em apenso que, no dia 16.11.1995, o Banco Bradesco S/A ajuizou ação de execução² em face de Jaibis Correa Ribeiro (devedor principal e emitente), de Sebastião Correa Neto e de Lourenço Filisbino de Paula (intervenientes garantidores e avalistas), sob alegação de ser credor da importância de R\$ 37.551,95 (trinta e sete mil quinhentos e cinquenta e um reais e noventa e cinco centavos), relativa ao inadimplemento dos executados quanto ao Termo de Renegociação de Operações de Crédito (f. 6), celebrado em 14.6.1995, e à Nota Promissória dele decorrente (f. 7).

No mês de dezembro de 1995 os executados foram citados e o oficial de justiça certificou que os executados não ofereceram bens à penhora e que eles não possuíam bens penhoráveis (f. 13v).

Depois da juntada das declarações de renda dos executados (f. 22-51), o banco-exequente requereu a suspensão da execução, nos termos do artigo 791, III, do CPC, pedido esse que foi deferido pelo juízo no dia **28.8.1996** (f. 54).

Em **22.11.2007**, o exequente protocolizou petição, requerendo o bloqueio das contas dos executados (f. 56-57).

Foram bloqueados valores da conta do executado Lourenço Filisbino de Paula (f. 72-76), o qual opôs estes embargos à execução, alegando, em suma: I) a prescrição intercorrente, uma vez que a execução ficou paralisada em cartório por mais de 10 (dez) anos; II) a impenhorabilidade dos valores penhorados, pois se referem a salário; III) o excesso na execução, visto que os encargos financeiros e moratórios cobrados estão acima do previsto em lei.

Após a apresentação da impugnação aos embargos e da réplica pelo embargante, o magistrado *a quo* proferiu sentença para acolher a alegação de prescrição intercorrente e, com isso, extinguir a execução. Sentença ora combatida.

Sem qualquer desdouro às qualidades que exornam a cultura do insigne juiz de 1ª instância, tenho que o recurso merece provimento.

A despeito da divergência na doutrina e na jurisprudência com relação à fluidez ou não da prescrição intercorrente quando a execução é suspensa por não ter sido localizado bens penhoráveis do devedor (artigo 791, III, do CPC³), entendo que não ocorreu a prescrição intercorrente no presente caso, visto que, até a manifestação do apelante (22.11.2007), não havia decorrido o prazo da prescrição executória e porque, antes da decretação da prescrição intercorrente, o apelante não foi intimado pessoalmente para dar andamento à execução.

É cediço que a prescrição intercorrente, embora não prevista pelo legislador, está implícita no princípio informador do instituto e da sistemática da prescrição, como forma de reprimir a conduta desidiosa do credor, que não dá sequência ao processo.

Sabe-se também que prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação (Súmula nº 150 do STF).

Pois bem.

Tratando-se a pretensão em cobrança de dívida líquida constante de instrumento particular (contrato de renegociação de operações de crédito – artigo 585, II, do CPC) assinado pelo devedor e por duas testemunhas no ano de 1995, com vencimento da última parcela em 1996, uma vez que fundada em

2 Processo nº 0550100-41.1995.8.12.0009.

3 Art. 791. Suspende-se a execução:

III - quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

direito pessoal e em razão da falta de prazos prescricionais específicos no Código Civil de 1916, o prazo prescricional a ser aplicado era o ordinário de 20 (vinte) anos, nos termos do artigo 177 do referido código⁴. Com o advento do Novo Código Civil, o prazo prescricional para essa pretensão passou a ser de 5 (cinco) anos, conforme dispõe o artigo 206, § 5º, I⁵.

Com efeito, e considerando que entre a data da realização do contrato (1995), ou mesmo do deferimento de suspensão da execução (1996), e a entrada em vigor do Novo Código Civil (11.01.2003) não havia transcorrido mais da metade⁶ do prazo prescricional vintenário, aplicar-se-ia ao caso o novo prazo prescricional de 5 (cinco) anos e a contagem desse prazo iniciaria no mencionado dia **11.1.2003**, findando-se em **11.1.2008**.

Diante disso, não ocorreu a prescrição intercorrente no presente caso, haja vista que o exequente se manifestou nos autos no dia **22.11.2007**, ou seja, antes de findo o prazo da prescrição executória.

Ora, se o apelante poderia ter intentado a execução até o dia 10.1.2008, não é porque ficou do dia 28.8.1996 até o dia 22.11.2007 sem se manifestar nos autos que deverá sofrer a sanção da prescrição intercorrente. Seria ilógico acolher tal prescrição se ainda não havia escoado o prazo para o ajuizamento da execução.

O fato de a nota promissória prescrever em 3 (três) anos (artigo 70 do Decreto nº 57.663/66) não implica na prescrição intercorrente da pretensão executória, visto que, conforme já demonstrado, também está sendo executado o contrato de renegociação de operações de crédito e, sobre esse título executivo extrajudicial, não havia decorrido o prazo prescricional para propositura da execução até a manifestação do apelante, de modo que deve ser rejeitada tal alegação.

De outro lado, não foi determinada a prática de nenhum ato ou mesmo a tomada de qualquer providência nos autos por parte do apelante durante o tempo em que o processo ficou paralisado. Portanto, não há falar em prescrição intercorrente, a qual só pode ser decretada após diligência para intimação pessoal do exequente, o que, no caso, não ocorreu.

Corroborando as teses acima defendidas, cito alguns julgados do STJ e desta Corte:

“AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE BENS DO DEVEDOR. DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO CREDOR. 1.- Estando suspensa a execução, em razão da ausência de bens penhoráveis, não corre o prazo prescricional, ainda que se trate de prescrição intercorrente, hipótese que a extinção do processo por inércia do exequente em promover o andamento do feito não pode se dar sem a sua intimação prévia e pessoal. Precedentes. 2.- Agravo Regimental improvido.” (STJ, AgRg no REsp 1288131/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 01/02/2012). Destaquei.

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INTIMAÇÃO PESSOAL. NECESSIDADE. - É necessária a intimação pessoal do autor da ação de execução para o reconhecimento da prescrição intercorrente. - Agravo no agravo de instrumento não provido.” (STJ, AgRg no Ag 1340932/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 02/05/2011) Destaquei.

4 Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte)...

5 Art. 206. Prescreve:

§ 5º. Em cinco anos:

I – a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.

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

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DO BANCO – AÇÃO DE EXECUÇÃO POR TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – INSTRUMENTOS PARTICULARES E NOTAS PROMISSÓRIAS – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – OCORRÊNCIA – INÉRCIA DO EXEQUENTE – PEDIDO EQUIVOCADO DE SUSPENSÃO COM BASE NO ART. 791, III, DO CPC – EXISTÊNCIA DE BEM PENHORADO E OUTROS PASSÍVEIS DE PENHORA – PARALISAÇÃO POR DESÍDIA DO CREDOR – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DAS NOTAS PROMISSÓRIAS E DOCUMENTOS PARTICULARES – RECURSO IMPROVIDO. [...] III. Verificada a paralisação do feito executivo por prazo superior àquele previsto na lei para a pretensão executória, por inércia e desídia única do credor, tal circunstância leva à consumação da prescrição intercorrente. Precedentes do TJMS.” (TJ-MS, Apelação Cível N. 2010.005027-1, 3ª Turma Cível, Relator Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 28.7.2010). Destaquei.

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - AUSÊNCIA DE BENS DO DEVEDOR – PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – INOCORRÊNCIA – NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE PARA DAR ANDAMENTO AO FEITO - RECURSO PROVIDO. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que ‘pressupõe a prescrição diligência que o credor, pessoalmente intimado, deve cumprir, mas não cumpre no prazo prescricional’.” (TJ-MS, Apelação Cível N. 2012.013955-9, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Vladimir Abreu da Silva, j. 5.7.2012). Destaquei.

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – INTIMAÇÃO PESSOAL DO EXEQUENTE – NECESSIDADE – RECURSO PROVIDO. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que ‘é necessária a intimação pessoal do autor da ação de execução para o reconhecimento da prescrição intercorrente’.” (TJ-MS, Apelação Cível N. 2011.031356-1, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j. 10.7.2012). Destaquei.

Logo, não caracterizada a prescrição intercorrente, impõe-se a reforma da sentença, com o retorno dos autos ao juízo *a quo*, em razão da possível necessidade de instrução do feito, para que dê o regular processamento aos embargos à execução.

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, conheço do recurso e **dou-lhe** provimento para reformar a sentença e para determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para o regular processamento dos embargos à execução.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR, APÓS O RELATOR DAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 2.10.2012)

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Revisor)

Após analisar os autos, acompanho o relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Vogal)

Peço vênia para dissentir do eminente relator e pronunciar, na espécie, a ocorrência da prescrição intercorrente, mantendo, por isto, a douta sentença profligada.

Com foi descrito pelo d. Relator, a execução foi ajuizada em 16.11.1995 e, em data de 28.08.1996 o processo foi remetido ao arquivo, depois de o exequente requerer a suspensão do feito.

Dali só foram desarquivados na data de 22.11.2007, quando o exequente protocolizou pedido de bloqueio das contas correntes dos executados, ocorrendo o bloqueio na conta de Lourenço Filisbino de Paula, o qual opôs embargos à execução alegando a prescrição intercorrente, acatada pelo juiz. Trata-se da sentença aqui combatida.

O e. Relator reformou a sentença entendendo que não havia ocorrido o fenômeno da prescrição intercorrente porque, estando suspenso o processo, haveria que ter sido o credor intimado para dar andamento ao feito para, somente depois, ante sua inércia, configurar-se prescrição.

Divirjo desse r. Entendimento.

Os tribunais têm entendido que “a suspensão da execução, por período superior ao prazo de prescrição da dívida, importa na incidência da prescrição intercorrente”⁷.

Vale dizer, o prazo para ocorrência da prescrição intercorrente, nesses casos, é o mesmo prazo prescricional que regula a dedução da pretensão à tutela jurisdicional do direito material. Desse modo, se certo direito tem prazo prescricional de dois anos, por exemplo, não poderá a execução ficar paralisada por período maior que este, sob pena de ser a exigibilidade judicial do direito fulminada pela prescrição intercorrente⁸.

Nesse sentido, foi editada a Súmula 150 do STF, anunciando que a execução prescreve no mesmo prazo de prescrição da ação.

Nota-se, *in casu*, que o título executivo se trata contrato de aluguel de renegociação de crédito firmado, ainda, no ano de 1995, constante às fls. 06 dos autos em apenso, ao qual se encontra vinculada uma nota promissória, que foi anexada às fls. 07.

A execução se fez com base na nota promissória, porque o contrato de fls. 06 não é título executivo extrajudicial, uma vez que não está subscrito, como exige o artigo 585, II, do CPC, por duas testemunhas. Aliás, não está subscrito por qualquer testemunha, não servindo de substrato, portanto, para respaldar a pretensão executiva, subsistindo para tal fim, tão-somente, a nota promissória, a qual, sabidamente, tem prazo prescricional de três anos.

Ora, processo foi mantido no arquivo desde o ano de 1996 até 2007, ou seja, **por onze anos**, sem qualquer providência do credor para pleitear a penhora em bens dos devedores, citados ainda no ano de 1995, e nesse interregno fluiu o prazo prescricional porque se a execução é da nota promissória e esta prescreve em 03 anos para a execução, muito mais do que isto se passou com o processo completamente paralisado, sem qualquer providência do credor ao longo de todo esse período.

Ou seja: quedou-se inerte por tempo muito maior do concedido pela lei para o escoamento do prazo prescricional da dívida cobrada.

Quanto ao argumento do e. Relator de que o credor não foi intimado para dar andamento ao feito, esclareço que não **há necessidade de intimação** do credor para tal fim, porque **tal regra vige para a hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito**, fundada no artigo 267, III, do CPC, e não em razão da prescrição, que é decisão de mérito.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme e outro. Execução. Editora RT, 2007. p. 337.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e outro. Execução. Editora RT, 2007. p. 338.

Para a hipótese de prescrição intercorrente, que se verifica pela paralisação do processo por período superior ao prazo prescricional para a ação (Súmula 150 do STF), o juiz pode agir de ofício ou mediante provocação do réu, sem necessidade de prévia oitiva do autor.

E, quando se requer a declaração da prescrição – intercorrente ou não – **o direito sobre o qual se funda a ação já se extinguiu**. Tanto que existe declaração judicial da prescrição e **o conteúdo declaratório da sentença com tais contornos é, sabidamente, *ex tunc***, pelo que de nada adiantaria a mera intimação do autor para promover o andamento de um feito que já foi atingido pela prescrição.

A propósito, expressei este entendimento em livro de minha autoria, ocasião em que ressaltei que *“se ocorrer a prescrição intercorrente – que se verifica quando a parte dá causa à paralisação injustificada do processo por tempo suficiente a se consumir a prescrição da própria pretensão, no lapso temporal previsto em lei – também não mais haverá necessidade de provocação do interessado. A exigência antes era feita pela jurisprudência com base na redação do próprio artigo 219, § 5º, em que se definia que o juiz não poderia agir de ofício em tal situação processual. Com a modificação agora operada, todavia o juiz poderá decretar também de ofício a prescrição intercorrente”*⁹.

Observo que a prescrição intercorrente caracterizou-se diante da inércia da exequente, após a remessa dos autos ao arquivo em 1996, não tomou nenhuma providência no feito dentro de interregno superior **onze** anos. Ressalto que era seu dever manifestar-se nos autos independente de intimação ou provocação judicial, diante de seu exclusivo interesse de receber seu crédito.

A propósito, veja-se os seguintes julgados:

“EMENTA – EXECUÇÃO – INÉRCIA DO EXEQUENTE – PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR 10 (DEZ) ANOS – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Constatada a paralisação do processo de execução por inércia e responsabilidade única do exequente, tal circunstância conduz, inexoravelmente, à consumação da prescrição intercorrente, independente de intimação da parte interessada.” (TJMS- Apelação Cível - Execução - N. 2008.015671-0/0000-00 - Ponta Porã. Relatora Exma. Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. 2ª Turma Cível, Julgado em 15.03.2011).

“APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO TÍTULO EXTRAJUDICIAL – NOTA PROMISSÓRIA – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – INÉRCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – RECURSO IMPROVIDO.

A declaração da ocorrência de prescrição intercorrente é uma medida excepcional, que só deve ser tomada após a paralisação do feito executivo por todo o prazo prescricional, diante da desídia do exequente em tomar providências para impulsionar o feito. Evidencia-se a prescrição intercorrente se a parte credora, após dez anos do arquivamento do feito, busca o prosseguimento da execução de Nota Promissória.” (TJMS. Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.020459-5/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Rêmolo Letteriello, 4ª Turma Cível, Julgado em 25.8.2009)

A suspensão do processo, assim, não pode ser eterna, já que se esbarra num preceito de direito material, qual seja: a prescrição intercorrente que, *in casu*, já se verificou.

Câmara Leal¹⁰, aponta três fundamentos da prescrição, quais sejam: a) o da necessidade de fixar as relações jurídicas incertas, evitando as controvérsias; b) o castigo à negligência; e c) o do interesse público”.

9 PAVAN, Dorival Renato, *Comentários às Leis n.11.187 e 11.232, de 2005, e 11.382, de 2006*. São Paulo: Pillares. 2007. P.72.

10 Da prescrição e decadência”. São Paulo: Editora Saraiva, 1939, p. 12.

Assim, o móvel da decretação da prescrição é que o processo não pode se constituir em fonte de *instabilidade* para o direito, o qual (processo) não pode se perpetuar indefinidamente, com sacrifício da harmonia social.

Em recentíssima decisão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA consignou-se esse entendimento:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. SÚMULA 314/STJ. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente” (Súmula 314/STJ).

2. Agravo regimental não provido.(AgRg no REsp 1250257/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 21/09/2012)”.

E em outro recurso:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PARALISAÇÃO DO FEITO POR DEZ ANOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Configura-se a prescrição intercorrente quando o Tribunal de origem manifestasse no sentido de que, apesar de o Estado não ter sido intimado da decisão em que se determinou a remessa dos autos ao arquivo provisório, o exequente fica por mais de dez anos sem se manifestar nos autos, caracterizando assim sua inércia e falta de interesse em prosseguir no feito.2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 60.821/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 30/04/2012)

Não existe razão para se impor tratamento diferente à execução normal, entre particulares, já que os acórdãos se referem à execução fiscal.

E mais recentemente, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA voltou a ratificar esse entendimento, com farta citação jurisprudencial no mesmo sentido, como se infere do julgamento do AREsp 232.083, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, publicado em **2.509.2012**:

“[...] Sobre a matéria, a jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que o prazo da prescrição intercorrente se conta a partir do arquivamento provisório da execução fiscal, após o período de suspensão do § 2º do art. 40 da LEF, sendo desnecessária a intimação da Fazenda quanto à suspensão por ela mesma pedida.”

“[...] Outrossim, como bem salientou o i. juiz substituto em segundo grau Fernando César Zeni no julgamento da Apelação Cível nº 842.389-2, tratando de questão análoga à presente, o despacho que ordenou o arquivamento provisório do feito [...] não é imprescindível ao prosseguimento do feito, logo, a não intimação da Fazenda Pública não implica em qualquer prejuízo ao exequente. Por isso não pode ser acatada a alegação de violação ao princípio da publicidade dos atos processuais.

O prazo de sessenta dias de suspensão foi estipulado pela própria Fazenda Pública, ao seu final era seu dever e de ninguém mais impulsionar o feito.

No caso, não se está diante da suspensão do processo realizada de ofício, mas sim por requerimento da própria Fazenda, depois de ocorrida a citação.

Decorrido este prazo, caberia a Fazenda Pública do Estado do Paraná verificar se houve resposta aos ofícios expedidos e requerer o que de direito, inclusive para alienação do que já fora penhorado. O arquivamento do feito é conseqüência lógica do pedido da parte exequente de suspensão do processo.

Ainda que não houvesse despacho do juiz, transcorrido o prazo da suspensão, é adequado proceder ao arquivamento do feito independentemente de intimação da parte exequente, porque, tendo esta requerido a suspensão, a ela cabe o ônus retomar o andamento processual.

Decorrido tal prazo, independentemente de intimação cabia ao credor comparecer aos autos para verificar se foram juntados os ofícios aguardados.

[...] Quando o pedido de suspensão é da própria credora e por prazo certo, desnecessária qualquer providência judicial para que ela volte a impulsionar o feito. Isso porque, a execução é feita no seu interesse e desde sempre tinha ciência do prazo que requereu, portanto nenhuma providência judicial se fazia necessária para requerer o que de direito decorrido o prazo que pedira.

Assim, conclui-se, indene de dúvidas, que o processo ficou paralisado por culpa da própria apelante, não se podendo imputar à serventia qualquer responsabilidade.

Conforme se pode depreender, a Fazenda Pública “requereu a suspensão do processo pelo prazo de 60 (sessenta) dias (fl. 44)”.

Em 24 de setembro de 2003, “o d. julgador de primeiro grau determinou o arquivamento provisório dos autos (fl. 48)”. “Somente em 10 de dezembro de 2010 o ESTADO DO PARANÁ voltou a manifestar-se no feito (fl. 50, grifos nossos).

Assim, não vejo como dar guarida às pretensões recursais, considerando que, in casu, o prazo para a prescrição intercorrente inicia-se de maneira automática, um ano após o feito executivo ser suspenso, sendo desnecessária a intimação do exequente acerca do arquivamento. É o que preconiza a Súmula 314/STJ.

Por outro lado, “a inexistência de despacho de arquivamento, por si só, não impede o reconhecimento da prescrição intercorrente” (AgRg no AREsp 169.694/CE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 21/08/2012).

No mesmo sentido: AgRg no REsp 1298131/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 09/08/2012.

No particular, constata-se que o entendimento firmado pelo Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência do STJ, razão pela qual o acórdão recorrido não merece reparos.

No mais, o Superior Tribunal de Justiça, na sistemática do art. 543-C do CPC, quando do julgamento do REsp 1.102.431/RJ, de relatoria do Ministro Luiz Fux, consolidou o entendimento no sentido de que a verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 7/STJ.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial.

Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 24 de setembro de 2012. Ministro BENEDITO GONÇALVES - Relator.

Não me parece razoável que, sem demonstrar o exequente atividade durante o prazo de suspensão do processo - adotando diligências para o êxito da execução -, possa o litígio perdurar indefinidamente, mantendo a instabilidade jurídica e assoberbando o Judiciário com feito que, pela inação do exequente, não caminha para a sua solução E PENALIZA o devedor pela manutenção da existência do processo, com todas as restrições possíveis decorrentes do mero ajuizamento da execução, como se estivesse em curso regular.

Ante o exposto, pedindo vênias ao e. relator, conheço do recurso e lhe dou provimento, para reconhecer a ocorrência da prescrição intercorrente, e, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil, julgar extinta a execução n.º 009.95550100-8 constante dos autos em apenso, com resolução do mérito, com levantamento da constrição ali efetivada, mantendo integralmente a bem lançada sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, VENCIDO O VOGAL, 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. Des. Josué de Oliveira, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 02 de outubro de 2012.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0003110-94.2010.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CIRURGIA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO DE PARANAÍBA – REJEITADA – SOLIDARIEDADE – RECONHECIDA – DEVER DE GARANTIR A SAÚDE – PREPONDERÂNCIA DO DIREITO À SAÚDE – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE – SENTENÇA CONFIRMADA.

1. Se uma pessoa necessita de tratamento médico adequado para assegurar sua saúde, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.

2. O dever do Estado (em sentido amplo) de garantia à saúde, não se limita aos casos de risco de morte, impondo-se ter em consideração a efetiva preponderância do direito fundamental à vida, à saúde, debatido na presente ação.

3. É admissível a ordem de bloqueio de verbas públicas, para pagamento de precatório, fundada no quadro de saúde do interessado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de outubro de 2012.

Des. Josué de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

A JUÍZA DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE PARANAÍBA submete ao reexame necessário a sentença (f. 155-66) pela qual, na ação cominatória de obrigação de fazer¹ com pedido de antecipação de tutela proposta por JOAQUIM NUNES DE FREITAS em face do ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL e do MUNICÍPIO DE PARANAÍBA, afastou as preliminares suscitadas pelos requeridos, julgou procedente o pedido inicial e condenou os réus a providenciarem, no prazo de 90 (noventa) dias, contados do trânsito em julgado, a cirurgia a que o autor necessita se submeter, conforme documentação médica constante dos autos, sob pena de serem bloqueados valores, pertencentes às contas públicas, suficientes para seu custeio integral.

O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL apela (f. 172-80) contra a sentença, alegando que: **a)** não há comprovação nos autos de urgência no quadro clínico do autor que o impeça de aguardar o atendimento

¹ Autos n. 0003110-94.2010.8.12.0018, distribuídos em 24.8.2010.

realizado segundo os trâmites burocráticos inerentes à prestação do serviço público de saúde; **b)** a cirurgia postulada é de natureza eletiva, de sorte que não há motivo para impor sua realização no prazo de 90 (noventa) dias; **c)** logo, o pedido inicial é improcedente, pois, pela falta de urgência, o paciente pode se submeter às regras técnicas e administrativas relativas à saúde pública e aguardar o correspondente agendamento na fila do SUS; **d)** há julgados da Corte Estadual nesse sentido; **e)** o dever do Estado posto pela norma do art. 196 da Constituição Federal deve ser exercitado com base nos recursos previstos em orçamento público e condicionado às regras de execução deste; **f)** a imposição de medida extrema como o bloqueio de verbas públicas só tem pertinência em hipóteses excepcionais, nos termos do art. 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil, e não é o caso dos autos; **g)** a determinação de sequestro de verbas públicas ofende o disposto no art. 100 da CF, pois cria nova hipótese de pagamento, sem a observância rigorosa da ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Requer seja reformada a sentença, julgando-se totalmente improcedente a ação em relação ao ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, ou, sucessivamente, seja excluída a pena de bloqueio das verbas públicas.

Em contrarrazões (f. 185-92), o apelado pugna pelo desprovimento do recurso.

Está certificado (f. 193) que o MUNICÍPIO DE PARANAÍBA não apresentou recurso.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

JOAQUIM NUNES DE FREITAS intentou a presente ação cominatória, com pedido de antecipação de tutela, para compelir o ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL e o MUNICÍPIO DE PARANAÍBA a providenciarem a realização da cirurgia ortopédica a que necessita ser submetido para terapia da patologia que o acomete (coxartrose), denominada “Artroplasia Total de Quadril”.

O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL contestou, argumentando que: **a)** como o procedimento em questão é considerado de alta complexidade e só pode ser realizado em dois hospitais estaduais, localizados ambos no município de Campo Grande, a demora se justifica em razão da grande demanda; **b)** por se tratar de cirurgia eletiva e não emergencial, o autor deve aguardar a fila regular de espera pelo atendimento custeado pelo SUS; **c)** não é possível a cominação de multa à Fazenda Pública.

A seu turno, o MUNICÍPIO DE PARANAÍBA arguiu, preliminarmente, sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda e, no mérito, sustentou a ausência de ilegalidade ou omissão por parte da Secretaria Municipal de Saúde porquanto a responsabilidade pelo custeio do procedimento cirúrgico é do ente estadual.

Na sentença, a julgadora, corretamente, afastou a preliminar de ilegitimidade passiva.

A Constituição Federal (arts. 23, II, e 196) e a Lei n. 8.080/90 (art. 2º) prescrevem que é dever do Estado, em sentido lato (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), promover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde pública.

Ou seja, existe uma relação de solidariedade entre os entes da federação quanto ao dever de cuidar da saúde da população, de modo que qualquer deles possui legitimidade para figurar no polo passivo de ação que visa à efetivação desse direito social.

Assim, a sentença está em plena consonância com a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal, a saber:

“Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.” (AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012.)

“O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.” (RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 31-5-2011, Primeira Turma, DJE de 17-6-2011.)

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados da Corte Constitucional: AI 553.712-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-2009, Primeira Turma, DJE de 5-6-2009; AI 604.949-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-10-2006, Segunda Turma, DJ de 24-11-2006.

Com esse mesmo norte se orientam o Superior Tribunal de Justiça e este Tribunal, como se infere pelos seguintes julgados:

“O funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer destas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Precedentes do STJ.” (STJ, AgRg no REsp 1009622/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 14/09/2010).

“Existindo solidariedade entre os entes da federação sobre o dever de implementar as condições indispensáveis ao exercício do direito à saúde pública, qualquer deles possui legitimidade para figurar no polo passivo de ação que visa à efetivação desse direito social.” (Agravo - N. 2012.012185-1/0000-00 - Porto Murtinho. Quarta Câmara Cível. Relator Des. Josué de Oliveira. j. 31.7.2012.)

Nada obsta, evidentemente, que o MUNICÍPIO DE PARANAÍBA, se satisfizer a dívida por inteiro, exija do ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, com base no art. 283 do Código Civil, a quota que lhe cabe suportar pela gestão plena que possui no Sistema Único de Saúde.

O que não cabe é o MUNICÍPIO se furtar ao processo sob a alegação de ilegitimidade passiva, em virtude da solidariedade dos entes federados em relação ao direito à saúde, lastreado no art. 196 e nas diretrizes do art. 198, ambos da Constituição Federal.

Logo, impõe-se confirmar o capítulo da sentença que rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva do MUNICÍPIO DE PARANAÍBA.

No mérito, consta na sentença que:

a) a petição inicial veio instruída com documentos subscritos pelo profissional médico que assiste o autor, também ouvido em audiência, encaminhando-o para cirurgia por conta da mencionada coxartrose de quadril, estando, pois, comprovada a necessidade do procedimento; **b)** ao responderem aos termos do pedido inicial, os Réus nem mesmo questionaram que se trata de jurisdicionado carente sob o ponto de vista financeiro, que

necessita de atendimento pela rede pública de saúde e impossibilitado economicamente de custar a cirurgia em questão; **c)** em sua contestação e no curso do processo, o réu Estadual, não questionou e/ou suscitou dúvida acerca da necessidade e eficiência do procedimento cirúrgico para o tratamento da patologia que acomete o jurisdicionado; **d)** semelhantemente, não foi tema de controvérsia, a responsabilidade solidária dos entes políticos pelo seu custeio da cirurgia a que necessita se submeter o paciente que não dispõe de recursos financeiros para patrociná-la; **e)** de outro vértice, inserto na própria Constituição Federal, o dever estatal (*latu sensu*) de fornecer medicamentos e custear tratamento médico aos administrados necessitados, não advirá do cumprimento desta obrigação, violação alguma à ordem econômica e orçamentária; **f)** conforme consignado no julgamento do Recurso de Agravo Regimental Nº 2004.001148-2, o Ministro Nilson Naves, ao analisar caso similar ao em apreço, exteriorizou o entendimento de que a simples entrega de um medicamento não tem o condão de lesar os cofres públicos; **g)** logo, é irrefragável o dever estatal de custar e providenciar a realização do procedimento cirúrgico pleiteado pelo autor; **h)** de outro norte, conquanto não haja urgência na realização da cirurgia, fato inclusive reconhecido na decisão inicial que indeferiu a tutela antecipada, certo é que não pode o Estado, sob tal justificativa, postergar sem limites a sua realização, até porque o profissional médico foi claro ao apontar o sofrimento e o desconforto físicos experimentados pelo autor enquanto aguarda sua realização; **i)** a Constituição Federal erige à categoria de direito fundamental o direito à vida, direito este que tem como um de seus desdobramentos o direito à saúde, direito de todos e dever do ente estatal; **j)** porém, não basta que a Norma Maior reconheça formalmente a saúde como direito fundamental, sem que o Estado *latu sensu* adote, no caso concreto, medidas eficazes destinadas a torná-lo realmente efetivo; **k)** nesta linha de raciocínio, se pode constatar, de plano, a total improcedência da tese defendida pelo réu e através da qual busca postergar o cumprimento do dever constitucional de assegurar ao cidadão seu direito à vida e à saúde, consubstanciado, no caso, na realização da dita cirurgia; **l)** é fato incontroverso, o Autor aguarda, injustificadamente, desde maio de 2010 pelo procedimento, sem que o Estado tenha, mesmo ao se manifestar nesta ação, acenado com uma provável data para sua realização; **m)** o fato de a cirurgia não ter o caráter emergencial, não pode servir de escopo para que o Estado, assim entendidos União, Estado e Município, relegue sua realização para um futuro absolutamente incerto, mostrando-se necessária a intervenção direta do Poder Judiciário na “Política Pública” a fim de que seja garantido e efetivado o direito constitucional à vida, ao bem estar e à saúde, quanto mais quando o jurisdicionado aguarda indefinidamente, sujeitando-se à dor e ao desconforto decorrentes da patologia a ser corrigida através do ato cirúrgico; **n)** o acatamento da escusa levantada pelo réu importaria em manifesta e notória desproporcionalidade entre os bens jurídicos em exame, vez que se estaria a negar proteção à vida, à saúde e ao bem estar físico e psíquico do cidadão; **o)** a política pública eficaz é aquela que surte os efeitos dela esperados, e não aquela que, apenas genericamente atende aos interesses da sociedade, deixando de fazê-lo sempre que a situação superar os limites da previsibilidade e normalidade; **p)** a partir do momento em que o Executivo deixa de cumprir com sua crucial atribuição de outorgar ao cidadão uma assistência de saúde integral, tal qual determina a própria Constituição Federal, nasce daí um verdadeiro cenário de ilegalidade, legitimando a interveniência do Poder Judiciário, no sentido de obrigá-lo a cumprir com seu dever constitucional; **q)** assim, o crescimento de ações objetivando obrigar a Fazenda Pública a fornecer os medicamentos necessários e imprescindíveis à saúde do cidadão, longe de constituir um argumento que ampare a tese dos réus, somente vem demonstrar que a atuação estatal se mostra deficitária e, a partir daí, está o Poder Judiciário autorizado, desde que provocado, a ingressar na esfera volitiva do Executivo, visando a compeli-lo a cumprir com suas obrigações constitucionalmente impostas.

As alegações formuladas pelo ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL no sentido de que, devido à eletividade da cirurgia, cabe ao autor aguardar na fila do SUS foram rejeitadas na sentença e, arguidas mais uma vez na apelação cível, não merecem provimento, pelas razões expostas pelo Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

no julgamento da Apelação Cível n. 2012.017181-8, a saber, que não merece prosperar a alegação de falta de urgência na realização do procedimento cirúrgico, pois, atestada a necessidade de realização da cirurgia ora pretendida, fica determinada a obrigação do Estado *lato sensu* ao seu fornecimento, uma vez que o direito à saúde é garantia constitucional.

De fato, “o dever do Estado (em sentido amplo) de garantia à saúde, não se limita aos casos de risco de morte. Deve-se levar em consideração que o direito tutelado nas ações da presente espécie é efetivamente preponderante, tratando-se de direito fundamental – direito à vida, direito à saúde.”²

Esse norte tem sido orientador das decisões desta Corte Estadual, como se infere dos seguintes julgados relativos a pretensões de cirurgia eletiva:

“A garantia constitucional do direito à vida assegura o acesso do cidadão às políticas públicas de saúde, devendo o Estado (em sentido lato) garantir o fornecimento de medicamentos e/ou procedimentos cirúrgicos necessários ao tratamento de doenças, sem impor qualquer empecilho de ordem burocrática.” (Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.017181-8/0000-00 - Campo Grande. Quarta Câmara Cível. Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. j. 10.7.2012.)

“APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO E REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO MÉDICO – NECESSIDADE COMPROVADA – PROTEÇÃO AO DIREITO À VIDA E À SAÚDE – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

Em relação ao tratamento solicitado, embora a prescrição médica não goze de presunção absoluta, é suficiente para demonstrar sua necessidade, mormente se não foi produzida prova em contrário. Por outro lado, constitui dever do Estado assegurar ao cidadão o direito à saúde, constitucionalmente previsto, de forma que não há falar em intervenção do Judiciário na competência de outro poder e nem em tentativa de implementação de políticas públicas, mesmo porque apenas foi assegurado a um paciente a entrega de um medicamento de que necessita para o tratamento de sua patologia, de forma que não há falar em violação à ordem econômica e orçamentária com o cumprimento da decisão.” (Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.014978-7/0000-00 - Campo Grande. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Sideni Soncini Pimentel. j. 24.5.2012.)

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE MATERIAIS NECESSÁRIOS PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA – DEVER DO ESTADO – DIREITO À SAÚDE – RECURSO, NO PONTO, IMPROVIDO.

O direito à saúde está intimamente ligado ao mais supremo valor consagrado na Carta Magna, que é a dignidade da pessoa humana, encontrando-se entre as obrigações mínimas que devem ser satisfeitas pelo Estado (“mínimo existencial”).

O fornecimento de materiais cirúrgicos necessários para a realização de cirurgia em pessoa que sofre de traumatismo na coluna que coloca em risco sua capacidade de locomoção e lhe ocasionam déficit de força em membros inferiores, equipara-se ao fornecimento de medicamentos necessários à manutenção da saúde do cidadão, tendo em vista que ambos têm a mesma finalidade e função, qual seja, garantir a saúde e o bem-estar da pessoa humana, uma vez que a cirurgia deva ser realizada para a pessoa ter efetivado esse direito constitucionalmente garantido.” (Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.005560-0/0000-00 - Campo Grande. Quarta Câmara Cível. Relator Des. Dorival Renato Pavan. j. 8.5.2012.)

² Apelação Cível Nº 70029522950, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 03/06/2009.

“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 a assistência médica indispensável 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. “[...] a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.” (STA 175-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 17-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010).” (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.031095-0/0000-00 - Campo Grande. Quarta Câmara Cível. Relator Des. Josué de Oliveira. j. 17.4.2012.)

Nessa esteira, é direito de todos e dever do Estado lato sensu promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, fornecendo medicamentos, acompanhamento médico e cirurgias, quando o paciente não dispuser de recursos próprios para adquiri-los, razão pela qual não se verifica nenhuma afronta aos princípios da isonomia, já que o Poder Judiciário tem o dever de reparar lesão ou ameaça de lesão a direito, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Dessa forma, não há razão para reformar este capítulo da sentença, pois, apesar de não se tratar de uma cirurgia de emergência, uma vez que a vida do apelado não corre perigo, trata-se de uma cirurgia necessária para o melhoramento da saúde e do bem estar dele.

Tampouco merece acolhida o argumento do apelante de que seria descabido o bloqueio de verbas públicas, nos termos do art. 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil,³ porque não há urgência na realização da cirurgia e por ofender o disposto no art. 100 da Constituição Federal.⁴

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido que, se for descumprida a determinação judicial, o magistrado pode determinar as medidas necessárias, entre elas o bloqueio de valores, para a efetivação da tutela, conforme estabelecido no § 5º do art. 461, do CPC, admitindo sua aplicação também à Fazenda Pública, como se infere dos seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA. – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – ART. 461, § 5º, DO CPC – BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE.

[...]

3 CPC: “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994) [...] § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994) § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 2002)”

4 CF: “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).”

4. Tem prevalecido no STJ o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado.

5. Embora venha o STF adotando a “Teoria da Reserva do Possível” em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada...” (REsp 784241/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 23/04/2008)

“PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE DAR. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. AFERIÇÃO DA EFICÁCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, CAPUT E § 5º DO CPC.

[...]

4. Em casos como o dos autos, em que a efetivação da tutela concedida está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, a ponderação das normas constitucionais deve privilegiar a proteção do bem maior que é a vida.

5. Recurso especial provido em parte.” (REsp 1062564/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 23/10/2008)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ART. 461, § 5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E, DESDE LOGO, NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.” (AgRg no Ag 881.151/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/10/2007, DJ 18/10/2007 p. 297)

“ADMINISTRATIVO – FAZENDA PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – CABIMENTO – ART. 461, § 5º, E ART. 461-A DO CPC – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

[...]

2. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao sequestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, uma vez tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica.

3. O direito à saúde deve prevalecer sobre o princípio da impenhorabilidade dos recursos públicos...

4. Não há que se sujeitar os valores deferidos em antecipação de tutela ao regime de precatórios, pois seria o mesmo que negar a possibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando o Supremo Tribunal Federal apenas resguarda as exceções do art. 1º da Lei 9.494/97...” (AgRg no REsp 935083/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2007, DJ 15/08/2007 p. 268)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE SAÚDE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS ANECESSITADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FAZENDA PÚBLICA. INADIMPLEMENTO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.

[...]

6. Depreende-se do art. 461, §5.º do CPC, que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o sequestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição de medicamento objeto da tutela indeferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável...” (REsp 836.913/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/05/2007, DJ 31/05/2007 p. 371)

A seu turno, o Supremo Tribunal Federal concluiu ser admissível a ordem de bloqueio de verbas públicas, para pagamento de precatório, fundada no quadro de saúde do interessado, como se verifica pelos seguintes julgados:

“PRECATÓRIO. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. CONSTRICÇÃO FUNDADA NO QUADRO DE SAÚDE DO INTERESSADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE PRETERIÇÃO OU QUEBRA DE ORDEM CRONOLÓGICA. VIOLAÇÃO DA AUTORIDADE DA ADI 1.662. 1. Não cabe reclamação contra ato futuro indeterminado. A reclamação pressupõe a prática de ato específico para que possa ser conhecida. 2. Por ocasião do julgamento da ADI 1.662 (rel. min. Maurício Corrêa), a Corte decidiu que a ausência de previsão orçamentária ou o pagamento irregular de crédito que devesse ser solvido por precatório não se equiparam à quebra de ordem cronológica ou à preterição do direito do credor (art. 100, § 2º, da Constituição). 3. Naquela assentada, a Corte não ponderou acerca da influência do direito fundamental à saúde e à vida na formação das normas que regem a sistemática de pagamentos de precatório. Portanto, ordem de bloqueio de verbas públicas, para pagamento de precatório, fundada no quadro de saúde do interessado, não viola a autoridade do acórdão prolatado durante o julgamento da ADI 1.662. 4. Ressalva do ministro-relator, quanto à possibilidade do exame da ponderação, cálculo ou hierarquização entre o direito fundamental à saúde e a sistemática que rege os precatórios em outra oportunidade. 5. Reclamação conhecida parcialmente e, na parte conhecida, julgada improcedente.” (Rel 3982, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2007, DJe-162 DIVULG 13-12-2007 PUBLIC 14-12-2007 DJ 14-12-2007 PP-00049 EMENT VOL-02303-01 PP-00064 RTJ VOL-00204-01 PP-00238)

“1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de verbas públicas. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Art. 100, caput e parágrafo 2º da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.” (AI 597182 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda

Turma, julgado em 10/10/2006, DJ 06-11-2006 PP-00042 EMENT VOL-02254-07 PP-01384 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 73-75)

Ante o exposto, conheço do reexame necessário e da apelação cível e nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, 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. Des. Josué de Oliveira, Paschoal Carmello Leandro e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 23 de outubro de 2012.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0006692-56.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – VEÍCULO USADO VENDIDO COM GARANTIA – NECESSIDADE DE REPAROS CONSTANTES E PERÍODO SEM UTILIZAÇÃO PELO ADQUIRENTE – DANO MORAL VERIFICADO – SENTENÇA CONFIRMADA.

O vício do produto, ainda que solucionado pelo fornecedor no prazo legal, pode ensejar a reparação por danos morais, se estiverem presentes os elementos que caracterizam o constrangimento à esfera moral do consumidor, como ocorre no caso em que o adquirente fica submetido a dissabores que ultrapassam a barreira do razoável, porquanto impossibilitado de utilizar o veículo por dezessete dias e, embora adquirido com garantia e totalmente revisado, o automóvel teve necessidade de reparos constantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, não conhecer da preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de outubro de 2012.

Des. Josué de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

Peugeot Citroën do Brasil Automóveis Ltda., na ação de responsabilização civil c.c. reparação por danos materiais e morais¹ que Vilson César Ronchi promove em seu desfavor e de Motor 3 France Ltda., por conta de vícios de fabricação em um automóvel que o autor adquiriu da segunda requerida e conduziu à primeira requerida para a revisão de 20.000 km, apela (f. 274-88) contra a sentença (f. 254-71) que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais e condenou solidariamente as requeridas a pagarem, a título de dano moral, o valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), atualizado monetariamente pelo IGP-M/FGV a partir da sentença e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, contados também da sentença, até a data do efetivo pagamento, e, em razão da sucumbência recíproca, condenou as partes ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas e despesas processuais, mais honorários advocatícios fixados em 20% do valor da condenação.

Suscita preliminar de cerceamento de defesa, por não ter sido realizada prova pericial para constatar os vícios de fabricação e, no mérito, sustenta que restou demonstrado que o bem se encontrava em perfeitas

¹ Autos n. 0006692-56.2010.8.12.0001, distribuídos em 9.2.2010 à 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande.

condições de uso e nenhuma das alegações feitas pelo autor nas ordens de serviço é suficiente para caracterizar qualquer defeito no produto, sendo os gastos com a manutenção do automóvel algo comum a todos os proprietários de veículos.

Aduz que não estão presentes os requisitos ensejadores do pedido de indenização por danos morais, pois não houve nenhuma situação de gravidade e efetiva lesão à honra, mas, quando muito, apenas de mero aborrecimento.

Acrescenta que o valor fixado na sentença para a indenização por dano moral é excessivo.

Requer seja decretado o cerceamento de defesa ou, sucessivamente, afastada a condenação por dano moral ou, se mantida, seja reduzido o valor fixado na sentença.

MOTOR 3 FRANCE LTDA. também apela (f. 318-29), sob alegação de inexistência de vício no produto, pois tudo não teria passado de lamúrias alusivas ao preço da revisão dos vinte mil quilômetros, e, por conseguinte, de inexistência do dever de indenizar, por ausência de qualquer prova de abalo à honra ou prejuízo de ordem moral à pessoa do apelado, bem assim do excesso no valor arbitrado.

Requer seja reformada a sentença, para julgar os pedidos iniciais totalmente improcedentes ou, sucessivamente, para reduzir o *quantum* arbitrado.

Em contrarrazões (f. 348-53), o apelado bate-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira.

1. Síntese fática.

Infere-se dos autos que VILSON CÉSAR RONCHI adquiriu da concessionária MOTOR 3 FRANCE LTDA., no dia 18 de agosto de 2008, um automóvel seminovo, modelo C3- Exclusive Completo, cor preta, cujo valor de mercado fora avaliado em R\$ 30.620,00 (trinta mil e seiscentos e vinte reais).

Segundo o autor: **a)** desde o início da compra do automóvel, este apresentou problemas mecânicos, tais como: alto consumo de combustível, cheiro de queimado e superaquecimento, tendo informado diversas vezes sobre os defeitos à vendedora, mas esta não os reparou a contento; **b)** no dia 19 de agosto de 2009, um ano e um dia após a compra do veículo, retornou à concessionária MOTOR 3 FRANCE LTDA. para realizar a revisão de 20 mil quilômetros, com o propósito de pagar o custo divulgado pelo endereço eletrônico, R\$ 363,00 (trezentos e sessenta e três reais), mas se viu surpreendido com a notícia de que foram detectados problemas no motor e a troca das peças ficaria no importe de R\$ 1.968,29; **c)** tentou se valer da garantia de 12 (doze) meses, acordada no ato da compra, o que não foi acatado pela segunda requerida; **d)** o carro permaneceu no pátio por 17 (dezessete) dias e que o fato lhe causou sérios aborrecimentos; **e)** por várias vezes tentou solucionar seus problemas, via e-mail e pelo Fale Conosco (Departamento de Atendimento ao Cliente da Citroën), mas sempre obteve respostas curtas e vagas da requerida, restando infrutíferas todas as tentativas de acordo; **f)** teve a iniciativa de buscar o PROCON para tentar ajustar a situação, mas não houve o acordo esperado, uma vez que a requerida MOTOR 3 alegou que o veículo estava fora da garantia e que a troca das peças na revisão foi necessária devido a um desgaste natural, sendo esta troca executada frente à autorização do requerente; **g)** com isso, ajuizou a presente ação com o intuito principal de ser ressarcido em dobro do valor gasto com as trocas das peças e ao pagamento de indenização por danos morais.

Citadas, as requeridas ofereceram contestação.

A primeira requerida, Peugeot Citroën do Brasil Automóveis Ltda. alegou, em síntese, que não se encontra comprovado o vício de fabricação e a diminuição do valor do bem, além do nexo de causalidade na conduta do fornecedor, e que não houve ilícito, de sorte que os pedidos indenizatórios não merecem prosperar.

Já a segunda requerida, MOTOR 3 FRANCE, afirmou que o veículo, por ser seminovo, não possuía garantia adicional e que a garantia oferecida é a garantia legal, estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, ou seja, de 90 dias (noventa dias), contados da entrega do bem; que as notas de serviços do requerente não contavam quaisquer queixas relacionadas ao motor e por essa razão não pode ser obrigada a restituir o valor das peças reparadas; que a substituição das peças deu-se por culpa exclusiva do requerente, que deixou o motor superaquecer, desgastando-as prematuramente, e por isso, não se trata de vício, mas de mau uso do veículo, pela má qualidade do combustível ou pela ausência de água no motor.

Após o trâmite regular do processo, sobreveio a sentença apelada, por meio da qual foi julgado parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, mediante a condenação solidária das requeridas ao pagamento de indenização a título de danos morais, fixados no valor de R\$ 6.000,00, por entender que esse valor atende satisfatoriamente aos interesses da vítima, compensando-lhe os prejuízos e constrangimentos e representando, assim, desestímulo às requeridas, além das custas e despesas processuais já mencionadas.

Foram interpostos dois agravos retidos: um, pela requerida PEUGEOT CITRÔEN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA. (f. 144), contra a decisão que inverteu o ônus da prova em favor do autor; outro, pela requerida MOTOR 3 FRANCE LTDA. (f. 202-6), contra a decisão que deu por prejudicada a prova pericial. Nenhum desses recursos, porém, foi objeto de pedido de julgamento pela respectiva agravante, por ocasião de seus apelos.

Após este breve relato, passo à resolução das questões jurídicas deduzidas no apelo.

2. Preliminar.

PEUGEOT CITRÔEN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA. suscita preliminar de cerceamento de defesa, tendo em conta que não foi realizada prova pericial apta a verificar a existência ou não do vício de fabricação afirmado pelo autor.

Na audiência de conciliação realizada no dia 14.12.2010 (f. 195-6), os patronos das requeridas informaram ter interesse na produção da prova pericial oportunamente pleiteada, mas o patrono do autor informou que o veículo já fora vendido a terceiro.

Em virtude da informação do patrono do autor, o magistrado deu por prejudicada a prova pericial requerida.

Contra essa decisão interlocutória, apenas a litisconsorte MOTOR 3 FRANCE LTDA. interpôs agravo retido (f. 202-6), ao passo que a requerida PEUGEOT CITRÔEN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA. deixou transcorrer o prazo sem se manifestar.

Por conseguinte, precluiu seu direito de se insurgir contra o indeferimento da produção da prova pericial, em virtude da proibição posta no art. 473 do Código de Processo Civil, inexistindo motivo, portanto, para se conhecer da preliminar de cerceamento de defesa.

Saliente-se, ademais, que a requerida MOTOR 3 FRANCE LTDA., em sua apelação, não só deixou de suscitar referida preliminar como nem sequer postulou o julgamento do agravo retido, o qual, portanto, não será conhecido, por força do disposto no art. 523, § 1º, do CPC.

3. Mérito.

Quanto ao mérito, a sentença apresentou a solução apropriada para a questão litigiosa, ao aplicar o Código de Defesa do Consumidor por força de seus arts. 3º, § 2º; 6º, VI; e 14, § 3º, a fim de reconhecer que o caso dos autos é de responsabilidade objetiva das requeridas, afastando, assim, a necessidade de indagar se estas agiram com culpa no evento danoso.

Julgou improcedente o pedido de restituição de valores, por haver decaído o direito do autor em relação a este pedido.

Este capítulo da sentença não foi objeto de recurso.

Em relação aos danos morais, tendo em conta que os documentos de f. 29, 31 e 32 demonstram reiterados defeitos no veículo do autor, caracterizando a falha na prestação de serviço, o julgador fez incidir a regra do art. 27 do Código Consumerista, segundo o qual prescreve “*em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria*”.

Inferiu que, no caso dos autos, a indenização por danos morais tem função compensatória, justificável porque os dissabores a que o requerente foi submetido ultrapassaram a barreira do razoável, uma vez que ficou impossibilitado de utilizar o veículo por dezessete dias e, embora adquirido com garantia e totalmente revisado, o automóvel teve necessidade de reparos constantes.

De fato, o vício do produto, ainda que solucionado pelo fornecedor no prazo legal, pode ensejar a reparação por danos morais, se estiverem presentes os elementos que caracterizam o constrangimento à esfera moral do consumidor, identificados pelo Juízo *a quo* no caso dos autos, como se depreende do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“- O vício do produto ou serviço, ainda que solucionado pelo fornecedor no prazo legal, poderá ensejar a reparação por danos morais, desde que presentes os elementos caracterizadores do constrangimento à esfera moral do consumidor.” (REsp 324.629/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/2002, DJ 28/04/2003, p. 198.).

Dessa forma, tem-se que a sentença apreciou coerentemente as provas produzidas nos autos e foi proferida em conformidade com a lei e a jurisprudência pertinente ao caso, motivos pelos quais não merece nenhuma alteração.

Os argumentos apresentados pelas recorrentes demonstram seu inconformismo quanto ao resultado da demanda, mas não possuem juridicidade suficiente para modificar a sentença.

O valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) fixado para a indenização por dano moral figura-se moderado, suficiente para satisfazer a pretensão autoral e compensar-lhe os dissabores sofridos, à semelhança do seguinte julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL.

[...]

2. Enquadramento da vítima no conceito ampliado de consumidor, pois, embora não tenha mantida relação negocial com a empresa demandada, sofreu dano moral causado por defeito na prestação de serviço da empresa recorrente.

[...]

5. Pacificado o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o valor da indenização por dano moral somente pode ser alterado na instância especial quando ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no caso em tela, em que, consideradas as suas peculiaridades, foi arbitrado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

6. AGRAVO DESPROVIDO.” (AgRg nos EDcl no REsp 1192871/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 26/09/2012. Destaquei.).

Confira-se, no mesmo sentido, no Superior Tribunal de Justiça: AgRg no Ag 1262810/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011.

Logo, também este capítulo da sentença deve ser confirmado.

4. Conclusão.

Ante o exposto, conheço de ambos os recursos, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECERAM DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, 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. Des. Josué de Oliveira, Paschoal Carmello Leandro e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 23 de outubro de 2012.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0003823-23.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MÉRITO - PRISÃO ILEGAL EXECUTADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO - PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA – FALHA DO SERVIÇO PÚBLICO – DEVER DE INDENIZAR – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - MINORADO – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO - DESNECESSIDADE - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 4 de outubro de 2012.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O **Estado de Mato Grosso do Sul** interpôs recurso de apelação contra decisão proferida pelo juízo da 5ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos desta capital que, nos autos da ação de indenização por danos morais, julgou procedente o pleito formulado na inicial, a fim de condenar o réu ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de compensação pelos danos morais sofridos por **Elenilton Borges de Oliveira**, com a aplicação dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 11.960/09).

Aduz que a detenção ilegal do recorrido foi ocasionada por sua culpa exclusiva, na medida em que deixou de pagar os alimentos devidos e, posteriormente, por não possuir cópia da quitação do referido débito alimentar.

Afirma que os agentes que efetivaram a prisão do recorrido agiram em estrito cumprimento do dever legal, mormente porque não há provas nos autos da ocorrência de qualquer humilhação, abuso ou atentado à integridade física, psíquica ou moral, capaz de ensejar alguma indenização.

Alega que o valor arbitrado, a título de dano moral, deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Prequestiona diversas matérias.

Pugna, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 141/149.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **Estado de Mato Grosso do Sul** contra decisão proferida pelo juízo da 5ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos desta capital que, nos autos da ação de indenização por danos morais, julgou procedente o pleito formulado na inicial, a fim de condenar o réu ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de compensação pelos danos morais sofridos por **Elenilton Borges de Oliveira**, com a aplicação dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 11.960/09).

O Estado busca a modificação da sentença, ou seja, que o pedido seja julgado totalmente improcedente, haja vista não ter o requerente trazido aos autos provas suficientes de que tenha ocorrido dano, culpa ou dolo na conduta estatal e ainda nexos de causalidade entre os dois, não havendo, portanto o que indenizar. Subsidiariamente, pede pela minoração da verba arbitrada a título de dano moral.

Sem preliminares.

Mérito

De acordo com o § 6º, do art. 37 da CF, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público é objetiva:

“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”

Desta forma, presume-se que o constituinte, com relação à responsabilidade civil do Estado, adotou a teoria do risco administrativo, segundo a qual o dever destas pessoas jurídicas é de indenizar terceiros pelos danos causados pelos seus agentes, quando do desenvolvimento de suas atividades. Esse dever decorre independentemente de eles terem agido com dolo ou culpa, bastando apenas para a vítima demonstrar o nexo de causalidade entre o ato ou fato e dano por ela sofrido. Então, se o Estado, por suas pessoas jurídicas de direito público ou pelas de direito privado prestadoras de serviços públicos, causar danos ou prejuízos aos indivíduos, deve reparar esses danos, indenizando-os, bastando que sejam acionados.

A Ilustre Civilista Maria Helena Diniz, com a precisão que lhe é peculiar, assim se tem manifestado sobre a existência dos danos morais:

“Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte seu sofrimento”

Assim, estabelecida a obrigação indenizatória do Estado, cujo fundamento é a própria Constituição, resta apurar os valores a serem pagos a título de danos morais, ressaltando-se que esta matéria é pacífica na jurisprudência e doutrina pátrias.

Enquanto os danos materiais são facilmente verificados e os valores a serem pagos como indenização também, o mesmo não se pode dizer com relação aos danos morais.

Deste modo, a tormenta maior que cerca o dano moral diz respeito à fixação do *quantum*, pois o dano moral atinge o íntimo da pessoa, de forma que o seu arbitramento não depende de prova de prejuízo material. E, mesmo diante da dificuldade, ante a falta de reais parâmetros, a doutrina e jurisprudência vêm se manifestando no sentido que ficará ao arbítrio do juiz a apreciação deste valor, levando-se em conta algumas considerações e diretrizes de critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender) e objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa).

Nesse sentido, o STJ observa que o juiz, ao arbitrar o valor da indenização por danos morais, deve motivadamente atender à peculiaridade de cada caso concreto e tomar em consideração à sua dupla finalidade: reparatória e pedagógica. Enquanto a primeira visa dar satisfação à vítima pelo dano sofrido, a segunda visa desestimular eventual reincidência do autor da lesão. Evidentemente que o resultado final também leva em consideração as possibilidades e necessidades das partes, de modo que não seja insignificante a ponto de estimular a prática do ilícito, nem tão elevado que cause o enriquecimento indevido da vítima.

Nosso Tribunal Superior, ao julgar casos de prisão ilegal onde está presente o nexo causal entre o ato praticado pelos agentes públicos e o dano moral sofrido, tem em conta, como fundamentação de suas decisões, o princípio da responsabilidade objetiva do Estado para condenação em indenização por danos morais, limitando-se a discutir o valor a ser pago ao ofendido. Em oportuno:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS.

1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal.

2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser focado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir.

3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais.

4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado.

5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF.

6. Recurso especial provido. (STJ; REsp 220982/RS - Recurso Especial nº 1999/0057692-6; Rel. Min. José Delgado; T1 - Primeira Turma; DJ 03/04/2000)

No caso sub judice é patente a obrigação indenizatória do Estado, pois havendo falha no serviço público que tenha causado dano à pessoa, como a prisão indevida, gera a responsabilidade objetiva em indenizar, uma vez que cabia exclusivamente ao Poder Público a alimentação do sistema de informação da polícia e sua inércia ao fazê-lo, culminou na prisão do apelado, fato gerador do dano.

Depois de consideradas todas essas circunstâncias, vejo que o valor arbitrado na sentença deve ser minorado, entendendo como justo, razoável e adequado a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), eis que estipulada com ponderação e moderação, dentro daquilo que vem sendo norteadado pela jurisprudência.

Do prequestionamento

Por fim, quanto ao prequestionamento realizado pelo recorrente, tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca do dispositivo legal invocado.

Nesse sentido, o posicionamento deste Sodalício, *in verbis*:

“APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO BANCÁRIO - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - [...] - PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO - DESNECESSIDADE - RECURSO IMPROVIDO.” (TJMS; Apelação Cível nº 2009.006947-2; Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Órgão Julgador: 5ª Turma Cível; julgamento: 02.04.2009)

Dessa maneira, nego provimento ao pedido de manifestação expressa de cada um dos dispositivos veiculados.

Conclusão

Isso posto, conheço do recurso interposto pelo **Estado de Mato Grosso do Sul** e dou-lhe parcial provimento, a fim de minorar a condenação ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos por **Elenilton Borges de Oliveira**, para o patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 04 de outubro de 2012.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0007393-80.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO – DANOS MATERIAIS – COMPROVADOS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – DANOS MORAIS – COMPROVADOS – HÁ DEVER DE INDENIZAR – MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* – IMPOSSIBILIDADE – VALOR RAZOÁVEL – SENTENÇA MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de outubro de 2012.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Banco Santander (Brasil) S/A e Cleto Gonçalves da Silva interpõem Apelações contra sentença proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível que, nos autos da Ação de indenização por danos morais e materiais, julgou procedentes os pedidos iniciais condenando a instituição financeira ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00, atualizado monetariamente pelo IGPM e acrescido de juros de 1% ao mês desde a sentença e, indenização por danos materiais no valor de R\$ 5.762,00, corrigido monetariamente pelo IGPM desde cada desembolso, com juros de 1% ao mês a partir da citação. Condenou ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Em suas razões o **Banco Santander (Brasil) S/A** alega que restou incontroverso o inadimplemento do apelado, acarretando a busca e apreensão de seu veículo, não havendo qualquer ilícito por parte do recorrente. Assevera que o oficial de justiça expôs em sua certidão as condições do veículo de forma genérica, qual seja, “em bom estado de conservação”, não servindo para comprovar os danos materiais alegados pelo recorrido quando da devolução do veículo, assim, pede que seja julgado improcedente o pedido de indenização por danos materiais.

Igualmente pleiteia o recorrente, quanto aos danos morais, afirmando que em nenhum momento violou ordem judicial, tendo removido o veículo apreendido assegurado por uma liminar concedida judicialmente para tal fim, não havendo nexos causal entre o ato e o alegado dano. Entende que no caso em estudo, tratou-se de mero aborrecimento do recorrido, que deixou de cumprir com o pagamento do

financiamento, levando o recorrente à apreender o veículo, com ordem judicial e devolvê-lo apenas após a quitação do contrato. Não havendo que se falar em indenização.

Em caso de manutenção do entendimento, pede que o *quatum* arbitrado de R\$ 10.000,00 seja reduzido conforme os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Pleiteia ao final, a inversão integral do ônus de sucumbência.

Já o recorrente **Cleto Gonçalves da Silva** pede a majoração do valor da indenização por danos morais de R\$ 10.000,00 para R\$ 1.000.000,00 por entender que só assim serão amenizados os danos sofridos e atendidos os critérios sugeridos pela doutrina e pelos Tribunais Superiores.

Contrarrazões em fls. 589-597 e 599-648.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Banco Santander (Brasil) S/A e Cleto Gonçalves da Silva interpõem Apelações contra sentença proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível que, nos autos da Ação de indenização por danos morais e materiais, julgou procedentes os pedidos iniciais condenando a instituição financeira ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 e indenização por danos materiais no valor de R\$ 5.762,00.

Do apelo do Banco Santander (Brasil) S/A

Dos danos materiais

Em suas razões o **Banco Santander (Brasil) S/A** alega que restou incontroverso o inadimplemento do apelado, acarretando a busca e apreensão de seu veículo, não havendo qualquer ilícito por parte do recorrente. Assevera que o oficial de justiça expôs em sua certidão as condições do veículo de forma genérica, qual seja, “em bom estado de conservação”, não servindo para comprovar os danos materiais alegados pelo recorrido quando da devolução do veículo, assim, pede que seja julgado improcedente o pedido de indenização por danos materiais.

O **Banco Santander (Brasil) S/A** ao receber o veículo, quando da busca e apreensão, recebeu o mesmo em “*bom estado de conservação*”, como se pode constatar pelo documento de fls. 55, ou seja, deveria zelar e cuidar do bem para mantê-lo na forma em que o mesmo chegou em seu poder.

Contudo, vê-se pela certidão de fls. 49-50 que houve várias avarias detectadas, *in verbis*:

“[...] informo a Vossa Excelência que quando da restituição do bem ao requerido este não funcionou e havia sinais que havia adulteração no painel – módulo da central eletrônica, o qual encontrava-se fora de sua posição original e o chicote do veículo com várias avarias, fios descascados no assoalho do veículo, carpete solto junto a fiação e fios cortados. Como o veículo não estava funcionando, o mesmo foi REMOVIDO do pátio da AUTO NÍVEL TRANSPORTES através de GUINCHO da própria Auto Nível e foi levado para a AUTO MASTER – CONCESSIONÁRIA FORD na Av. Ceará, 71.

[...] Após, fui até a Concessionária FORD – AUTO MASTER e em contato com a Sra. EDNÉIA – gerente de peças e serviços da empresa a mesma mostrou o veículo e foi constatado o seguinte: o veículo fora guinchado da Auto Nível Transportes para a AUTO MASTER dia 09.09.2010, às 10:00hs, veículo sem funcionamento, com sinais de ter sido adulterado, chicote solto, painel com sinais de ter sido removido, painel onde consta a

quilometragem, marcador de combustível, temperatura e conta giro. O módulo solto, carpete solto, fios descascados e soltos vários pedaços no assoalho do veículo. Painel do veículo foi trocado, o que está no veículo é do 2008/2009 e não é o mesmo que é ORIGINAL do veículo, ou seja, 2007, fato constatado pelos documentos originais do veículo e pela parte técnica da FORD. O painel que está no veículo atualmente foi trocado e foi confeccionado pela FORD após 01 ano de fabricação do veículo do requerido. O reservatório de partida a frio estão com os fios soltos e também no módulo da central eletrônica, tudo solto os engates, ou seja, fora de sua localização original. Módulo de alarme solto, fios cortados e soltos em diversos setores do veículo, assoalho, no motor e no painel, carpete solto e os fios do chicote também soltos e cortados. O PAINEL FOI TROCADO e consta no velocímetro a km de 7.173 e quando da última revisão na concessionária a km original feita nesta capital era de 9.000 e a última revisão em Três Lagoas-MS, na concessionária era de 28.000, ou seja, O PAINEL FOI ADULTERADO, TROCADO por outro que não o original do veículo, fato constatado pela equipe técnica da FORD DO BRASIL.[...]"

Não há como o recorrente argumentar que a descrição do veículo quando da busca e apreensão foi muito genérica, uma vez que o oficial tem fé pública e os danos relatados na restituição não passariam despercebidos, considerando a gravidade e quantidade deles.

Diante da comprovação dos danos materiais e dos gastos do recorrido, entendo que o ressarcimento é medida que se impõe. Assim, mantenho a sentença neste ponto.

Dos danos morais

Argumenta ainda o recorrente, quanto aos danos morais, que em nenhum momento violou ordem judicial, tendo removido o veículo apreendido assegurado por uma liminar concedida judicialmente para tal fim, não havendo nexos causal entre o ato e o alegado dano.

Entende que no caso em estudo, tratou-se de mero aborrecimento do recorrido, que deixou de cumprir com o pagamento do financiamento, levando o recorrente à apreender o veículo, com ordem judicial e devolvê-lo apenas após a purgação da mora. Não havendo que se falar em indenização.

Em caso de manutenção do entendimento, pede que o *quatum* arbitrado de R\$ 10.000,00 seja reduzido conforme os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

No que diz respeito à impossibilidade de indenização por danos morais, tenho que mais uma vez está fadado ao insucesso o recorrente, explico.

Sobre o dano moral leciona o Desembargador Rui Stoco:

“O chamado dano moral corresponde à ofensa causada à pessoa a “parte subjecti”, ou seja, atingindo bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os atributos da personalidade”. (Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 7ª ed. Revista dos Tribunais. 2007. p. 128) (grifei)

Explícita encontra-se na lei, art. 927 do Código Civil, a obrigação de indenizar quando causar ato ilícito a outrem.

Ainda nas palavras do Des. Rui Stoco encontramos:

“Mas esta obrigação deve ter como antecedente os pressupostos fundamentais da responsabilidade civil, ou seja, os elementos formadores daquela obrigação: um comportamento (ação ou omissão) do agente, o elemento subjetivo (dolo ou culpa), o nexos

de causalidade entre a conduta e o resultado e a ocorrência de um dano efetivo, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial (moral)”.(p. 173) (destaquei).

Neste sentido, é o posicionamento desta E. Quinta Turma Cível:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – DANO MORAL – INEXISTÊNCIA DE PROVA DE DANO – AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE – RECURSO PROVIDO. Não havendo provas de que há danos causados pelo fato tido como ilícito, não há que se falar em nexo de causalidade ou dever de reparar qualquer dano. APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DANO SUPOSTAMENTE SUPORTADO – RECURSO IMPROVIDO. Ante a inexistência de provas de que suposto ato ilícito tenha, de fato, gerado dano à moral, não há que se falar em majoração da indenização arbitrada.”. (TJ/MS. Apelação Cível - Ordinário - N. 2007.008012-6/0000-00 - Naviraí. Relator - Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. Quinta Turma Cível. 26.11.2009)

Assim, tenho que no caso dos autos, o direito à indenização por danos morais é patente, tendo em vista o dissabor experimentado pelo recorrido, mesmo tendo cumprido com seu compromisso de purgar a mora.

Ademais, restou plenamente demonstrado nos autos que o recorrido sofreu abalo moral, constrangimento com a apreensão do carro e transtornos de grande monta quando do recebimento de seu veículo totalmente avariado, devendo ser mantida a sentença que condenou o recorrente ao pagamento de indenização por danos morais.

Do apelo de Cleto Gonçalves da Silva

Cleto Gonçalves da Silva pede a majoração do valor da indenização por danos morais de R\$ 10.000,00 para R\$ 1.000.000,00 por entender que só assim serão amenizados os danos sofridos e atendidos os critérios sugeridos pela doutrina e pelos Tribunais Superiores.

Pois bem, para que exista dever de reparar é necessário que o dano tenha nascido da conduta. Não seria moral e nem jurídico que um indivíduo fosse responsabilizado pelo que não deu causa, por advir de prática de terceiro ou da própria vítima, ou ainda, decorrente de fenômeno irresistível da natureza.

No caso em tela o que está sendo ponderado, é a conduta do apelado, sua forma de agir diante das situações, gerando assim o dever de indenizar.

E, constatado o dever do apelado de indenizar e o direito do apelante ao recebimento de verba indenizatória, relativamente ao *quantum* devido saliento, inicialmente, que a indenização por dano moral deve abranger três causas: a compensação de perda ou dano derivado de uma conduta; a imputabilidade desse prejuízo a quem, por direito, o causou; e a prevenção contra futuras perdas e danos.

O valor arbitrado pelo magistrado singular de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), demonstra-se totalmente suficiente e razoável, possuindo tal verba, assim, caráter punitivo-educativo-repressor, estando a pena assentada na razão do desestímulo ao ato lesivo, inibindo atentados ou investidas contra valores alheios, frustrando novas práticas danosas, com real repercussão econômica na esfera do agente, cujo potencial econômico-social deve ser também valorizado, pois a reparação irrisória, sem reflexo em seu patrimônio, tornar-se-ia meramente simbólica e sem qualquer função penalizadora.

Este entendimento encontra respaldo neste E. Tribunal de Justiça:

“E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INÉPCIA DA INICIAL – AFASTADA – ENDOSSO-MANDATO – ILEGITIMIDADE DO BANCO – PROTESTO INDEVIDO – DÍVIDA PAGA – DANO MORAL PURO QUE INDEPENDE DE PROVA PARA A SUA INDENIZAÇÃO – QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE SE MOSTRA RAZOÁVEL, NÃO DEVENDO SER MAJORADO NEM REDUZIDO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. O dano moral decorrente da ofensa é presumido, não sendo necessária a produção de prova para sua demonstração, basta a ocorrência da manutenção indevida do nome de consumidor em órgão de proteção de crédito, para gerar o dever de indenizar. Não existindo parâmetros para a fixação do valor do dano, a indenização por danos morais deve ser fixada pelo julgador segundo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a evitar a configuração de enriquecimento ilícito, devendo atender sempre à função compensatória ao ofendido e punitiva ao ofensor.” (TJ/MS. Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.013738-7/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves. Primeira Turma Cível. 20.4.2010)

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANO MORAL – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM RAZOÁVEL – MULTA DIÁRIA – MANTIDA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSIDADE – INVERSÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Dano moral corresponde à ofensa causada à pessoa, atingindo bens e valores como a imagem, o bom nome, a intimidade. O quantum indenizatório deve ser estipulado de forma a punir o ofensor e compensar o ofendido.” (TJ/MS. Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.004016-0/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Quinta Turma Cível. 25.2.2010)

Dispositivo

Ante as razões delineadas, desnecessárias maiores considerações. Assim, **conheço de ambos os recursos, contudo, NEGO-LHES PROVIMENTO**, mantendo incólume a sentença de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 04 de outubro de 2012.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0202187-85.2009.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ERRO DO DETRAN DE NÃO ALTERAR O CADASTRO DE LIBERAÇÃO DE VEÍCULOS – PERDA DE VENDA DO VEÍCULO EM VIRTUDE DE RESTRIÇÃO – DANO MORAL – NÃO CONFIGURADO – MERO ABORRECIMENTO – ABALO MORAL OU PSÍQUICO NÃO COMPROVADO – NÃO HÁ DEVER DE INDENIZAR – ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – INVERTIDO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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 novembro de 2012.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O DETRAN/MS interpõe recurso de apelação contra decisão de 1º Grau, em que foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais em favor do apelado José Otávio Neto Filho.

Segundo o que consta dos autos, o autor teve sua motocicleta apreendida em 2006, tendo esta permanecido no pátio do DETRAN/MS até 09/05/2008, quando quitou as pendências do veículo o retirou do referido local. Pois bem, em 2009 decidiu vende a motocicleta, contudo, havia uma restrição em virtude de um roubo/furto ocorrido no pátio do DETRAN/MS e, assim, o autor perdeu a oportunidade de venda da sua motocicleta, em virtude de não haver sido realizada a “baixa” de tal observação.

Aduz o apelante que não se pode banalizar o instituto do dano moral, de forma que o ato praticado por si não foi suficientemente intenso de forma impor tanta dor, sofrimento ou humilhação a ponto de gerar o dever de indenizar o dano moral. Requer seja reduzido o valor da indenização, bem como seja a correção monetária aplicada de acordo com o artigo 1º F da Lei 9.494/97, com a modificação trazida pela Lei 11.960/2009.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

O DETRAN/MS interpõe recurso de apelação contra decisão de 1º Grau, em que foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais em favor do apelado José Otávio Neto Filho.

Em detida análise dos autos, principalmente às provas colacionadas, conclue-se que ocorreu um erro sem nenhum prejuízo ou desgaste devidamente comprovados, restando ao apelado José Otávio Neto Filho, apenas a “suposta” (sem qualquer prova cabal) situação de ter perdido a venda de seu veículo em virtude de uma ocorrência de furto registrada em sua motocicleta.

A teoria clássica do ônus da prova determina que ao autor compete a produção de prova quanto ao fato constitutivo do direito alegado na inicial, ocorrendo, todavia, que o apelado, nestes autos, não se desincumbiu de tal ônus que lhe cabia. Os documentos trazidos ao feito não são suficientes para trazer ao julgador a certeza quanto ao modo de ser dos fatos alegados, sendo oportuno mencionar os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart na obra “Prova” (RT, 2009, p. 57), segundo os quais *“a prova se destina ao passado, à reconstrução de um fato pretérito ou, enfim, à verificação desse fato, gerando no juiz a convicção de certeza sobre sua efetiva ocorrência”*.

Diante de tais ponderações, conclui-se que não é devido ao apelado qualquer indenização em decorrência de não ficarem demonstrados os danos morais que alega ter sofrido, não tendo ainda, conseguido convencer este julgador quanto a alegada “perda do negócio de venda” de sua motocicleta.

Neste sentido, é o entendimento desta E. Quinta Turma Cível:

“E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – DANO MORAL – INEXISTÊNCIA DE PROVA DE DANO – AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE – RECURSO PROVIDO. Não havendo provas de que há danos causados pelo fato tido como ilícito, não há que se falar em nexo de causalidade ou dever de reparar qualquer dano. APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DANO SUPOSTAMENTE SUPORTADO – RECURSO IMPROVIDO. Ante a inexistência de provas de que suposto ato ilícito tenha, de fato, gerado dano à moral, não há que se falar em majoração da indenização arbitrada.” (TJ/MS. Apelação Cível - Ordinário - N. 2007.008012-6/0000-00 - Naviraí. Relator - Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. Quinta Turma Cível. 26.11.2009)

Observe o escólio do prof. Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra “Responsabilidade Civil”, 7ª edição, p. 552:

“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.”

Ainda, nas palavras de Rui Stoco:

“O chamado dano moral corresponde à ofensa causada à pessoa a ‘parte subjecti’, ou seja, atingindo bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os atributos da personalidade.” (Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 7ª ed. Revista dos Tribunais. Pg. 128)

Assim, no presente caso, tenho que autor não conseguiu demonstrar os danos que alegou terem sido causados, não ficando provado que a situação vivenciada foi capaz de atingir seu ânimo psíquico e intelectual, uma vez que se trata de mero desconforto ou dissabor, não tendo o condão de ensejar a responsabilidade civil do **DETRAN**.

Não existindo nos autos prova da ocorrência do dano moral, que não se presume, o desconforto provocado à outra parte não é bastante para gerar dever reparatório.

Assim, diante da ausência de danos suportados, é indevido o pagamento de qualquer importância, pois há a quebra do nexo causal.

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

CONCLUSÃO:

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo DETRAN/MS, dando-lhe provimento.

Em virtude do resultado deste julgamento, fica o autor/apelado condenado ao pagamento integral das custas e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), fixando-os com moderação, de forma a não ser nem valor irrisório, pois seria aviltante, atentando contra o exercício da advocacia; nem em montante desproporcionalmente demasiado, pois, assim, constituiria ônus excessivo para a parte contrária.

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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 22 de novembro de 2012.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0008535-90.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – BUSCA E APREENSÃO – EXTINÇÃO – ABANDONO PROCESSUAL NÃO CARACTERIZADO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO E DO PRAZO DE 30 DIAS – NECESSIDADE – RECURSO PROVIDO.

Se não forem cumpridas todas as etapas previstas no art. 267, III e § 1º do CPC não resta caracterizado o abandono processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª 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, 27 de novembro de 2012.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Banco Itauleasing S.A. interpõe *apelação cível* (f. 69/75) contra sentença (f. 65) que, na *ação de reintegração de posse* movida em face de **Eloander Fernandes Santos Junior**, julgou extinto o processo sem resolução de mérito, com suporte no artigo 267, III, do CPC porque, apesar de intimado pessoalmente, deixou de impulsionar o feito por mais de trinta dias. Custas pelo recorrente.

Sustenta que seu advogado não foi intimado para fornecer o endereço da recorrida a fim de que fosse providenciada sua citação, razão pela qual, nos termos da jurisprudência que colaciona, requer torne a sentença insubsistente, determinando o retorno dos autos para regular prosseguimento. Ao final, pleiteia provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Trata-se de *apelação* interposta contra a sentença em que se extinguiu o feito sem resolução de mérito por abandono do autor, o qual teria deixado de promover diligência sob sua responsabilidade para dar andamento regular ao processo.

A insurgência merece prosperar.

Consta dos autos que o oficial de justiça certificou que deixou de proceder a apreensão do bem e a citação da recorrida por não encontrá-la no endereço declinado na inicial (f. 52-3). Diante disso, o juiz determinou a intimação pessoal do autor para promover o referido ato, em dez dias, sob pena de extinção do feito (f. 55).

Com a devida vênia, ocorreu um desrespeito ao Código Procedimental Civil, visto que, ao prever a extinção do processo sem resolução de mérito quando o autor não promover atos e diligências que lhe competir, abandonando a causa por mais de trinta dias, exige-se a ocorrência de duas situações distintas, sucessivas e cumulativas, visto que, num primeiro momento deve ser realizada a intimação do advogado para promover a diligência (art. 267, III), somente com sua inércia durante o prazo então determinado e restando paralisado o feito por mais de trinta dias é que surgirá o segundo em que a intimação se dará de forma pessoal para suprir a falta em quarenta e oito horas, pena de extinção e arquivamento (§ 1º).

No caso, o juiz indeferiu a expedição de ofício ao Detran para bloquear o veículo e determinou a intimação do recorrente para promover o efetivo andamento do feito no prazo de 5 dias e que decorrido o lapso sem manifestação, deveria efetuar o ato na forma pessoal para andamento no feito (f. 57).

Ocorre que ele se manifestou no prazo concedido, requerendo a expedição de ofícios objetivando localizar o endereço do recorrido (f. 60), o que foi indeferido, momento que ordenou a intimação pessoal para promover diligências no prazo de 48 horas sob pena de extinção (f. 61), o que foi feito, sem intimar o advogado do indeferimento e nem aguardar os 30 dias.

Logo, não se observou uma das fases para autorizar a extinção do processo na forma em que se deu, visto que somente após a intimação do advogado e se este não tivesse se manifestado e permanecesse inerte por mais de 30 dias é que ocorreria a intimação pessoal do representante legal do recorrente para sanar a falha em 48 horas, pena de extinção e arquivamento do feito.

Em caso semelhante:

PROCESSUAL CIVIL - BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO - ABANDONO DA CAUSA NÃO CARACTERIZADO - EXTINÇÃO DO FEITO - IMPOSSIBILIDADE - PUBLICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS E INTIMAÇÃO PESSOAL DO AUTOR - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 267, § 1º, DO CPC - REQUERIMENTO DO RÉU - IMPRESCINDIBILIDADE - SÚMULA 240 DO STJ.

- Para que o processo possa ser extinto sem julgamento do mérito, com base no art. 267, II e III, do CPC, a legislação processual brasileira impõe a observância de dois requisitos essenciais, quais sejam, a publicação dos despachos e a intimação pessoal da parte, isso porque, o princípio da publicidade informa todo o processo, sendo essencial para a validade dos despachos e decisões, sob pena de nulidade.

- A intimação há que ser feita primeiramente ao advogado, para dar prosseguimento ao feito, sob pena de extinção e, porventura não atendida, será feita, pessoalmente, à própria parte. - [...] - Recurso provido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.11.015494-8/001 – TJMG - Rel. Des. Domingos Coelho – j. 05.09.2012)

Conclusão

Por todo o exposto, **voto por se dar provimento ao recurso** a fim de tornar **insubsistente** a sentença, determinando o retorno dos autos para regular prosseguimento.

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. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 27 de novembro de 2012.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0033411-75.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – ISSQN – SERVIÇO DE INFORMÁTICA – COMPETÊNCIA PARA SUA COBRANÇA – LC 116/03 – LOCAL DO ESTABELECIMENTO DO PRESTADOR – RECURSO NÃO PROVIDO

À exceção de serviços de construção civil e dos elencados nos incisos I a XXII do art. 3º da LC 116/03, o ISSQN é devido ao Município do local da sede do prestador de serviços.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de setembro de 2012.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Lamper Locação e Serviços de Digitalização Ltda. interpõe *apelação* (f. 169-82) contra sentença (f. 151-4) que, no *mandado de segurança* impetrado contra ato do **Secretário Municipal de Receita do Município de Campo Grande**, revogou a liminar concedida e denegou a segurança condenando-a ao pagamento das custas processuais. Sem honorários advocatícios (Súmulas 512, do STF e 105, do STJ).

Sustenta que: I) de acordo com o artigo 4º da Lei Complementar 116/2003, o local do estabelecimento prestador é aquele em que o contribuinte desenvolve a atividade de prestar serviço; II) utiliza o sistema de preenchimento de notas fiscais eletrônicas da impetrada e esse fato não define a competência tributária, eis que existe um campo específico na nota fiscal eletrônica para informar onde o serviço foi prestado e, por ser este de digitalização, a unidade profissional materializa-se no próprio profissional que o executa; III) não se aplica ao caso o entendimento constante no REsp 1.117.121, por se tratar de serviços de engenharia consultiva, enquanto nestes autos a questão versa sobre a incidência de serviço comum. Colaciona jurisprudência em favor de sua tese e, ao final, pede o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 196/202.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou às f. 209-17 pelo provimento do recurso.

VOTO

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

Alega a recorrente que é prestadora de serviços *in loco* em diversos municípios do Estado, nos quais é retido o ISSQN no momento do pagamento, e que pelos mesmos serviços o Município de Campo Grande também cobra o tributo.

Impetrou mandado de segurança, cuja ordem foi negada por entender o magistrado de primeiro grau que a exigibilidade do tributo pelo Município de Campo Grande decorre da existência de relação jurídico-tributária formada com a impetrante, por considerar como local do fato gerador o domicílio do estabelecimento prestador, sentença contra a qual se insurge de acordo com o argumentos relatados.

Em que pesem seus argumentos, o recurso não merece prosperar.

A questão cinge-se em verificar se o Município de Campo Grande é competente para cobrar o ISSQN sobre os serviços prestados pela recorrente em outros entes políticos estaduais.

A matéria é regulada pela Lei Complementar Federal 116/2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza de competência dos Município e do Distrito Federal, a qual prevê em seu artigo 3º: “*O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local [...]*.”

Considera-se estabelecimento prestador, consoante o artigo 4º da referida norma, “*o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.*”

Assim, a regra é que o tributo incide no local em que o prestador fixa o seu estabelecimento e desenvolve a sua atividade, ou seja, exige-se que a empresa tenha um vínculo com o município que caracterize em uma unidade econômica ou profissional, com exceção dos serviços decorrentes da construção civil e aqueles elencados nos incisos I a XXII do artigo 3º mencionado, que será devido no local da prestação, independentemente de qualquer vínculo.

Essa questão já foi objeto de apreciação em sede de recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.117.121/SP:

TRIBUTÁRIO - ISS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - CONSTRUÇÃO CIVIL - PROJETO, ASSESSORAMENTO NA LICITAÇÃO E GERENCIAMENTO DA OBRA CONTRATADA - COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO ONDE SE REALIZOU O SERVIÇO DE CONSTRUÇÃO - CONTRATO ÚNICO SEM DIVISÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS.

1. A competência para cobrança do ISS, sob a égide do DL 406/68 era o do local da prestação do serviço (art. 12), o que foi alterado pela LC 116/2003, quando passou a competência para o local da sede do prestador do serviço (art. 3º).

2. Em se tratando de construção civil, diferentemente, antes ou depois da lei complementar, o imposto é devido no local da construção (art.12, letra “b” do DL 406/68 e art.3º, da LC 116/2003).

3. Mesmo estabeleça o contrato diversas etapas da obra de construção, muitas das quais realizadas fora da obra e em município diverso, onde esteja a sede da prestadora, considera-se a obra como uma universalidade, sem divisão das etapas de execução para efeito de recolhimento do ISS.

4. Discussão de honorários advocatícios prejudicada em razão da inversão dos ônus da sucumbência.

5. Recurso Especial conhecido e provido.

6. Recurso especial decidido sob o rito do art. 543-C do CPC. Adoção das providências previstas no § 7º do art. 543-C do CPC e nos arts. 5º, II e 6º da Resolução STJ nº 8/2008. (REsp 1117121/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, j. 14/10/2009).

Nota-se que, de acordo com o entendimento da Corte Superior, o ISS somente é devido ao Município do local em que se presta o serviço nas hipóteses de construção civil e naquelas elencadas nos incisos I a XXII do artigo 3º da referida norma. Nos demais casos é competente para a cobrança o ente político do estabelecimento do prestador.

Na espécie, o objeto social da recorrente é de locação de veículos e de aparelhos e manutenção de informática (f. 25), portando, não é de construção civil e não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 3º da LC 116/2003.

Também não restou comprovado que possui qualquer unidade profissional nos municípios em que presta os serviços contratados, não sendo suficiente para caracterizá-la a presença do funcionário que se desloca eventualmente com aquela finalidade.

Saliente-se que recentemente o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar caso relativo à prestação de serviços de informática, reconheceu que o município competente para a cobrança do ISS é o da sede do prestador de serviço, em aplicação ao REsp 1.117.121/SP:

TRIBUTÁRIO. ISS. LEI COMPLEMENTAR 116/2003. SERVIÇO DE INFORMÁTICA. COMPETÊNCIA PARA SUA COBRANÇA. FATO GERADOR. LOCAL DO ESTABELECIMENTO DO PRESTADOR.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.117.121/SP, Min. Eliana Calmon, DJe de 29.10.2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento segundo o qual, na ocorrência do fato gerador sob a égide da LC 116/2003, à exceção de serviços de construção civil, o ISSQN é devido ao Município do local da sede do prestador de serviço.

2. In casu, verifica-se que a prestação de serviços de informática (comércio de produtos novos e usados e locação de equipamentos de informática) é o fato gerador, ocorrido sob a égide da Lei Complementar 116/2003, que passou a competência para o local da sede do prestador do serviço.

3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1280592/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 01/03/2012)

Não bastasse, a relação jurídica tributária (inscrição municipal e a utilização da nota fiscal de serviço eletrônico) existe com o recorrido conforme se verifica dos documentos de f. 48-69, de modo que não há qualquer circunstância que possa modificar a conclusão do magistrado de primeiro grau.

Conclusão

Diante do exposto, contra o parecer da PGJ, **voto por se negar provimento** ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, 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. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Paulo Rodrigues.

Campo Grande, 25 de setembro de 2012.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0101932-06.2009.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REGRESSIVA – SEGURO – COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO CONTRATO – RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS NA OCORRÊNCIA DO SINISTRO – RECURSO PROVIDO.

É dispensável a apresentação da apólice quando existem outros documentos que comprovem a relação jurídica entre a seguradora e o segurado, bem como o pagamento da indenização.

Pelo valor que efetivamente pagou, o segurador possui direito de propor ação regressiva contra o causador do dano.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª 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, 27 de novembro de 2012.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Companhia de Seguros Minas Brasil interpõe *apelação cível* (f. 314/32) contra sentença (f. 303/10) que, na ação *regressiva de ressarcimento de danos* movida em face de **Madeira MS Ltda. – ME e Adelson Luciano da Silva**, julgou improcedente o pedido que visava ressarcir-se do pagamento de indenização de seguro por danos de acidente de veículo porque não ficou comprovada a existência da apólice, condenando-a ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa corrigido desde a propositura da ação.

Sustenta que: I) sem prejuízo de ter juntado posteriormente o comprovante da apólice (f. 120), esclarece que instruiu a inicial com um documento denominado endosso de cancelamento da apólice de seguro com data de 16/10/2006 apenas para demonstrar a relação jurídica com o segurado que é emitido em razão da perda total resultante do sinistro ocorrido em 15/10/2006, mas que o contrato estava vigente à época do evento, já que celebrado pelo período de 31/08/2006 a 31/08/2007; II) não há dúvida que efetuou o pagamento da indenização; III) a apólice é expedida apenas para o segurado, não ficando cópia em poder da companhia que fica com os registros internos; IV) caso entenda não haver prova do contrato, o direito ao ressarcimento prevalece em virtude do pagamento feito na qualidade de terceiro interessado ou não. Ao final pleiteia provimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de apelação contra a sentença em que se julgou improcedente o pedido da seguradora que visava ressarcir-se do pagamento de indenização de seguro por danos de acidente de veículo porque não ficou comprovada a existência da apólice, condenando-a ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa corrigido desde a propositura da ação.

Revelam os autos que a apelante ajuizou ação regressiva, alegando que celebrou com Elismar Pereira da Rocha contrato de seguro, apólice 6685126, vigência de 31/08/2006 a 31/08/2007, por meio do qual obrigou-se a garantir o veículo vectra, placa HMM-5969. Em 15/10/2006, o bem segurado, que estava sendo conduzido por Augusto Brandão Cunha, colidiu com uma carreta Volvo, placa AEE 1216 de propriedade da primeira apelada e dirigida pelo segundo. Pretende o ressarcimento de pagamento despendido com os danos causados ao veículo segurado.

O juiz, sob o fundamento de que não foi comprovada a existência da relação jurídica existente entre seguradora e segurado, deixando de juntar documento essencial à propositura da ação, nos termos dos artigos 333, I, e 293, do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido.

A meu ver assiste razão à recorrente porque, apesar de a apólice não ter sido juntada, há outros documentos que demonstram a relação jurídica, já que, conforme se depreende da jurisprudência, é dispensável sua apresentação desde que existam outros elementos que permitem alcançar o mesmo resultado. Confira-se:

ACÇÃO REGRESSIVA - SEGURO - APÓLICE - DOCUMENTO DISPENSÁVEL PROPOSITURA ACÇÃO - PRELIMINAR REJEITADA - CULPA COMPROVADA - BOLETIM OCORRÊNCIA - PRESUNÇÃO VERACIDADE - DEVER RESSARCIR. Dispensável a apresentação da apólice para propositura da ação regressiva, desde que sejam juntados com a inicial, documentos outros que demonstrem ter aquele que busca o ressarcimento, suportado os encargos com o dano. O boletim de ocorrência, por ser um documento elaborado por uma autoridade policial, goza da presunção de veracidade que nele se contém, podendo o mesmo revestir-se de grande importância na ausência de outras provas que possam convencer satisfatoriamente o Magistrado. Preliminar rejeitada e apelação não provida. (APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0074.06.030152-5/001 - TJMG - REL. DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - j. 15/05/2007)

No caso, encontram-se nos autos: I) o documento de f. 120 emitido pela seguradora, no qual consta número da apólice (6685126), nome do segurado e dados do veículo e a data da vigência do contrato; II) boletim de acidente de trânsito emitido pelo Departamento de Trânsito de Polícia Rodoviária Federal contendo os dados gerais do acidente, os veículos envolvidos e seus respectivos condutores e dinâmica do evento (f. 29/34); III) aviso de sinistro (f. 36); IV) orçamento, consulta de pagamento e venda de salvados (f. 40-2, 46 e 48); v) cópia da sentença em que o espólio do condutor falecido, na qual foi julgado parcialmente procedente o pedido de indenização por danos materiais (despesas médicas) e morais em face dos recorridos (f. 257/73).

Em todos esses documentos constata-se tratar-se da mesma apólice, segurado e veículo envolvido no sinistro.

Assim, ultrapassada essa etapa da comprovação da relação jurídica, impõe-se examinar o pedido de ressarcimento em razão da sub-rogação decorrente do contrato.

Assiste-lhe razão também nesse ponto.

Dispõe a Súmula 188 do Supremo Tribunal Federal: *O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até o limite previsto no contrato de seguro.*

O artigo 786, *caput*, do Código Civil estabelece *Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.*

De acordo com o conjunto probatório acostado aos autos, inclusive da sentença que julgou parcialmente procedente o pleito indenizatório por danos materiais e morais em face dos recorridos (f. 257-73), o condutor da carreta foi o responsável pelo acidente. Veja-se:

In casu, com a dinâmica do evento, indiscutível é a responsabilidade do condutor da carreta (v1) pelo ocorrido, mormente levando-se em conta o estatuído no art. 28, da Lei nº 9.503/97 (CTN).

O croqui do Boletim de Ocorrência demonstra que a colisão ocorreu na pista da direita e pelo lado direito do veículo, diferentemente como deseja os requeridos.

Incontrastável portanto, a responsabilidade solidária dos requeridos em ressarcir à vítima pelos danos a ela advindos em decorrência do ilícito sobre que versa a demanda. [...]

Ante o exposto, e com fulcro na manifestação do representante do Ministério Público, JULGO PROCEDENTE em parte a Ação de Indenização proposta pelo Espólio de Augusto Brandão Cunha em desfavor de Madeireira MS Ltda. M.E e Adelson Luciano da Silva, condenando-os a repararem os danos sofridos pelo autor, conforme abaixo discriminado:

A título de danos materiais, condeno os réus ao pagamento das despesas médicas suportadas pelo autor, através de recibos fornecidos pelo hospital, honorários e despesas com remédios, devem estas ser ressarcidas pelos requeridos, inclusive as posteriores, até o falecimento do autor, em sede de liquidação de sentença, na modalidade por arbitramento, para que seja apurado o quantum debeatur postulado pelo autor, a ser pago de uma só vez.

[...]

A título de danos morais, condeno os réus no pagamento de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), devendo incidir sobre esse valor, correção monetária a partir da data da propositura da ação e juros de 1% ao mês a partir da citação dos réus. [...]

A par disso, restou comprovado o pagamento da indenização de R\$ 29.244,95 ao segurado (f. 44-6) e também demonstrado que a seguradora obteve R\$ 12.200,00 com a venda dos salvados, resultando na quantia de R\$17.044,95 que a ela deve ser ressarcida.

Neste sentido:

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO REGRESSIVA DE INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – TRANSAÇÃO RELATIVA À FRANQUIA ENTRE SEGURADO E CAUSADOR DO DANO – DIREITO À COBRANÇA DOS PREJUÍZOS PELA SEGURADORA – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS – INCIDÊNCIA A PARTIR DO DESEMBOLSO – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

É lícito à seguradora acionar o causador de danos ao veículo por ela segurado para ressarcimento das despesas que foi forçada a suportar com o seu reparo.

Em se tratando de ação regressiva ajuizada pela seguradora contra o causador do sinistro, em decorrência da sub-rogação, a responsabilidade é aquiliana, porquanto extracontratual, devendo, portanto, incidir a correção monetária e os juros moratórios a partir do efetivo prejuízo, que no caso conta-se da data do desembolso pela seguradora. (Apelação Cível - Sumário - N. 2010.028393-5/0000-00 - Campo Grande, Relator - Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins, Primeira Turma Cível, j. 22.06.2011)

Conclusão

Ante o exposto, **voto por se dar provimento** ao apelo a fim de julgar procedente o pedido para condenar os recorridos ao pagamento R\$ 17.044,95, que é a diferença do valor da indenização constante dos documentos (R\$ 29.244,95 - f. 44-6) menos a importância da venda dos salvados (R\$ 12.200,00 – f. 48) a título de ressarcimento de dano decorrente de acidente de veículo, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo IGPM/FGV, ambos a contar do desembolso (21/11/2006, data da compensação do cheque, f. 44), bem como inverter a sucumbência para determinar que eles arquem com as despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o montante da condenação, nos termos do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

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. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 27 de novembro de 2012.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0005753-42.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA –APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INDEFERIMENTO DA REMATRÍCULA – INDISCIPLINA DA ALUNA – RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE PAIS E ESCOLA ABALADA – RECUSA JUSTIFICADA DO COLÉGIO – AUSÊNCIA DE DANOS MORAIS – RECURSO IMPROVIDO.

A recusa da escola para matricular a aluna no próximo ano letivo constitui situação corriqueira no âmbito da atividade educacional, já que pautada pelo regimento interno do colégio. Assim, o indeferimento da matrícula baseou-se na indisciplina e na falta da relação de confiança da mãe com a escola, situação que não causou constrangimento passível de dano moral indenizável.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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 novembro de 2012.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Letícia Quevedo de Oliveira interpõe recurso de apelação em face da sentença (f. 283-284v) que, nos autos da ação de indenização por danos morais que move em face de **Escola de Ensino Fundamental General Osório**, julgou improcedente o pedido articulado na inicial, condenando-lhe ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários sucumbenciais no montante de R\$1.000,00 (mil reais), cuja verba fica suspensa por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Em suas razões recursais (f. 291-306) alega que a confissão da escola apelada em negar a matrícula de sua filha para o próximo ano letivo de forma desarrazoada, já faz prova do ato ilícito cometido.

Sustenta que a escola desrespeitou o art. 5º da Lei 9.870/99 que diz “*os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual*”, faltando melhor interpretação ao texto de lei, pois o termo “observado” não significa qualquer condicionante.

Aduz que atendidas as exigências documentais, não há porque indeferir o pedido de matrícula; que a alegação de indisciplina da aluna também não prospera, já que houve apenas uma única anotação de briga em seu caderno, sendo dissabores comuns de crianças em idade escolar.

Requer o provimento do recurso condenando a escola-apelada em indenizar os danos morais causados à autora.

Contrarrazões apresentadas às f. 312-326 pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Leticia Quevedo de Oliveira** contra a sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais que ajuizou contra a **Escola de Ensino Fundamental General Osório**

Colhe-se dos autos que a autora ajuizou a presente ação de conhecimento de natureza condenatória (danos morais), porque teve a matrícula da sua filha indeferida para o ano letivo de 2011; disse no curso da ação que a conduta da escola-apelada foi ilícita, já que tal negativa foi injustificada e feita em alto som, de modo que, apesar de estar na repartição somente com a diretora pedagógica, os demais pais ouviram a conversa, sentindo-se humilhada, pelo que pediu danos morais por tal comportamento da apelada.

O juízo singular julgou improcedente o pedido articulado na inicial, ao argumento de que não restou comprovado o ato ilícito por parte da escola, ressaltando que *“a prova oral colhida no feito dá conta de que a autora não foi tratada de modo vexaminoso nem humilhada como por ela defendido”* (f. 284) e, condenou-lhe ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários sucumbenciais no montante de R\$ 1.000,00 (mil reais), cuja verba ficou suspensa por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Recorre a autora alegando que a confissão da escola apelada em negar a matrícula de sua filha para o próximo ano letivo de forma desarrazoada, por si só, faz prova do ato ilícito cometido.

Sustenta que a escola desrespeitou o art. 5º da Lei 9.870/99 que diz *“os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual”*, faltando melhor interpretação ao texto de lei, pois o termo “observado” não significa qualquer condicionante.

Aduz que atendidas as exigências documentais, não há porque indeferir o pedido de rematrícula; que a alegação de indisciplina da aluna também não prospera, já que houve apenas uma única anotação de briga em seu caderno, sendo dissabores comuns de crianças em idade escolar.

Requer o provimento do recurso para condenar a escola-apelada em indenizar os danos morais suportados. O faz, a meu ver, sem razão.

Para que se possa falar em dano moral é preciso que a pessoa seja atingida em sua honra, sua reputação, sua personalidade, seu sentimento de dignidade, passe por dor, humilhação, constrangimentos, tenha os seus sentimentos violados. Simples aborrecimento do dia-a-dia não pode ensejar indenização por esta espécie de dano, visto que faz parte do cotidiano, não trazendo maior consequência ao indivíduo.

Em relação aos danos morais a doutrina têm se posicionado no sentido de que:

“Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita

do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações jurídicas em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos”.¹

A propósito, preleciona Guilherme Couto:

“Não é todo o sofrimento, dissabor ou chateação que geram a ofensa moral ressarcível. É necessário que a mágoa ou a angústia, além de efetivas, sejam decorrência do desdobramento natural de seu fato gerador. Existem aborrecimentos normais, próprios da vida em coletividade, e estes são indiferentes ao plano jurídico.”²

Sobre o tema, colaciono um julgado desta Câmara, que se amolda ao caso em questão, *in verbis*:

[...] Para que o dano moral seja indenizável, é preciso que haja repercussão em sua honra, imagem, bom nome, personalidade, não bastando um simples descontentamento, um mero dissabor.[...]. (TJMS – Apelação Cível n.002583-4, Rel. Des. Júlio Siqueira Cardoso, 5ª Turma, j. 06.08.2009).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça também já decidiu “*mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige*” (STJ, REsp 606.382/MS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 04/03/2004, DJ 17/05/2004 p. 238).

O fato narrado na inicial causou desconforto à apelante pelo fato de ter que procurar nova instituição de ensino para a sua filha; entretanto, não vislumbro a possibilidade da conduta da escola caracterizar o dano moral indenizável.

Ao contrário, a recusa da apelada em fazer a matrícula da aluna constitui situação corriqueira no âmbito da atividade educacional, já que pautada pelo regimento interno do colégio. Ademais, o indeferimento da matrícula baseou-se na indisciplina e na falta da relação de confiança da mãe com a escola, como bem pontuou a diretora da escola em seu depoimento (f. 252):

“Que por várias vezes durante o ano conversaram com a autora tentando estabelecer a relação de confiança necessária para a correta prestação do serviço educacional; que isso não foi possível e, em razão disso, estava ocorrendo prejuízo no trabalho pedagógico da criança e no próprio desenvolvimento desta; que por essas razões foi inviável a permanência da criança na escola [...]”

Ademais, não restou provada a situação de constrangimento à apelante, porque o indeferimento de matrícula não constitui qualquer ofensa ou humilhação capaz de dar ensejo ao dano moral. Fosse assim, qualquer indeferimento de pleito administrativo daria ensejo a dano moral!

Nessas condições, o doutrinador citado remete-nos a refletir que:

“[...] não será apenas o desconforto, mero enfado, o susto passageiro, sem outras consequências, o dissabor momentâneo, a maior irritabilidade ou a idiossincrasia que

1 Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 99.

2 *Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 22/23.

ensejará a admissão da compensação por dano moral.

O dano moral não se compadece com a natureza íntima e particularíssima do indivíduo, cujo temperamento exacerbado e particular se mostra além do razoável extremado do indivíduo comum, que o faz reagir de maneira muito pessoal à ação dos agentes externos. Também a especial maneira de ver, de sentir, de reagir, própria de cada um, não pode ser objeto de consideração.

Deve-se considerar não só as circunstâncias do caso, mas também levar em conta – como padrão, standard ou paradigma – o homo medius.³

Portanto, não vejo como responsabilizar a escola-apelada ao pagamento de danos morais, por ser evidente a inexistência destes.

Conclusão

Posto isso, conheço do recurso, mas **nego-lhe provimento**, mantendo intacta a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 29 de novembro de 2012.

³ Rui Stoco, *Tratado de Responsabilidade Civil*, 7ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 1683-1684.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0017495-30.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – HONORÁRIOS – CAUSA DE PEQUENO VALOR – CONDENAÇÃO EM PERCENTUAL SOBRE VALOR DA CAUSA – MONTANTE APURADO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO – MAJORAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Tratando-se de ação de conhecimento de natureza condenatória, porém de pequeno valor, ou seja, de pouco mais de dois salários mínimos, recomenda-se que os honorários sejam fixados em valor certo - e não em percentual -, pela regra do § 4º do art. 20 do CPC, uma vez que a fixação na percentagem prevista no § 3º do mesmo artigo, ocasionará quantia irrisória e ofensiva ao princípio da razoabilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 27 de setembro de 2012.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Aline Fernanda Bonfim interpõe recurso de apelação objetivando majorar os honorários que foram fixados na sentença da ação monitória que ingressou em face a E. G. M. Cavaleiro & Cia Ltda.

Alega que os arbitrados, R\$ 247,83 (duzentos e quarenta e sete reais e oitenta e três centavos), ainda que correspondente a 20% do valor da causa, são ínfimos e não remuneram o advogado com a dignidade merecida.

Defende a aplicação ao caso vertente do § 4º do art. 20 do CPC, por ser a demanda de pequeno valor, sugerindo ao final a elevação para R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Aline Fernandes Bonfim ingressou com ação de cobrança contra E.G.M. Cavalheiro & Cia. Ltda., pretendendo receber o valor líquido de R\$ 1.239,17. Citada, a ré não ofereceu resposta à ação, levando o juízo a julgar procedente a pretensão da autora, condenando a referida ré a pagar-lhe a importância de R\$ 1.239,17, com juros e correção a contar de 19.11.2010, além de custas e honorários, estes fixados em 20% sobre o valor da condenação, o que a princípio corresponde a R\$ 247,83.

A autora recorre, pedindo apenas a majoração dos honorários, por entendê-los irrisórios, sugerindo a fixação em R\$ 1.000,00.

O recurso merece parcial provimento, por ser evidente que o percentual máximo previsto no § 3º do artigo 20 do CPC não remunera condignamente o trabalho do patrono da demandante.

Ainda que se leve em conta tratar-se de ação destituída de complexidade, sem oposição do réu, o advogado tem escritório na mesma comarca em que o feito tramitou e atuou com absoluta presteza, evidenciando que o resultado do percentual fixado não atinge sequer 50% do salário mínimo vigente, não trazendo em seu bojo a menor condição de compensar o trabalho desenvolvido pelo causídico.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery lecionam que:

“Princípio da causalidade. Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isto porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo. O fato de, por exemplo, o réu reconhecer o pedido imediato (CPC 269 II), ou deixar de contestar tornando-se revel, não o exime do pagamento dos honorários e custas, porque deu causa à propositura da ação (CPC 26) [...]”¹

Ora, tratando-se de ação de conhecimento de natureza condenatória, porém de pequeno valor, há de se aplicar a regra do § 4º do art. 20 do CPC, como, aliás, recomenda a jurisprudência:

ACÇÃO DE COBRANÇA DE PEQUENO VALOR. Honorários fixados em percentual sobre a condenação. Valor ínfimo. Verba honorária majorada. Recurso provido. (TJRS; AC 70028007375; Porto Alegre; Décima Nona Câmara Cível; Rel. Des. Guinther Spode; Julg. 12/05/2009; DOERS 26/05/2009; p.71).

[...] ACÇÃO DE COBRANÇA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE SEGURO OBRIGATÓRIO. CAUSA DE PEQUENO VALOR. Honorários que devem ser fixados nos termos do que dispõe o artigo 20, § 4o, do Código de Processo Civil. Sentença parcialmente reformada. Apelação parcialmente provida. (TJSP; APL 0008069-90.2009.8.26.0362; Ac. 5204395; Mogi Guaçu; Vigésima Sexta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Mário Antonio Silveira; Julg. 15/06/2011; DJESP 04/07/2011).

[...] Nas causas de pequeno valor os honorários são fixados de forma equitativa pelo juiz, nos termos do § 4º do art. 20, CPC, não ficando adstrito aos limites percentuais estabelecidos no § 3º. [...]. (TJMG; APCV 1.0327.06.022407-5/0011; Itambacuri; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Edilson Olímpio Fernandes; Julg. 16/09/2008; DJEMG 26/09/2008).

[...] Tratando-se de causa de pequeno valor, no caso R\$ 547,80 (quinhentos e quarenta e sete reais e oitenta centavos), é aplicável à espécie o disposto no § 4º do art. 20 do CPC, sendo os honorários de advogado fixados segundo discricção equitativa do juiz. Apelo desprovido. Unânime. (TJRS; AC 70005779566; Porto Alegre; Segunda Câmara Especial Cível; Rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho; Julg. 29/09/2003).

¹ *Código de processo civil comentado*, 3ª ed., 2005: RT, p. 296.

Com essa fundamentação, tenho que R\$ 800,00 (oitocentos reais), ou seja, pouco mais de um salário mínimo, remunera condignamente o advogado da apelante.

Conclusão

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para fixar os honorários advocatícios em **RS 800,00** (oitocentos reais), com juros e correção monetária a partir da data da publicação do acórdão

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. Luiz Tadeu Barbosa Silva

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 27 de setembro de 2012.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0019834-93.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO SOB O RITO DO ARROLAMENTO SUMÁRIO – ISENÇÃO DE RECOLHIMENTO DO ITCD INCIDENTE SOBRE BEM MÓVEL (VEÍCULO) – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – ART. 126, INC. I, DA LEI Nº 1.810/97 (CTE) – COMPETÊNCIA CONFERIDA À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 179 DO CTN – RECURSO PROVIDO.

Nos inventários processados sob o rito de arrolamento sumário, ante a ausência de previsão legal de isenção do ITCD incidente sobre bens móveis, não é possível ao juízo a concessão desse benefício, por força do artigo 179 do CTN, que confere à autoridade administrativa a competência para aferição do direito do contribuinte à isenção de tal tributo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 13 de dezembro de 2012.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Estado de Mato Grosso do Sul, terceiro interessado nos autos de inventário do espólio de Paulo Pereira Lima, ajuizado por Joanildes Fanaia Carrelo Lima, interpõe recurso de apelação objetivando reformar a sentença na parte que concedeu “*a inventariante a isenção do pagamento do ITCD, vez que trata-se de valor de pequena monta, bem como sua condição de miserabilidade na forma da lei.*” (f.65)

Em suas razões (f.70-78) alega que o artigo 126 do Código Tributário Estadual não prevê isenção para a hipótese dos autos, pois trata-se de transmissão *causa mortis* de bem móvel (veículo), ou seja, não há dispensa de recolhimento do tributo pela isenção justamente por falta de amparo legal.

Sustenta que a isenção de tributos, bem como a decretação de não incidência deles, decorre de lei, não podendo o magistrado *a quo* chamar para si a responsabilidade pela concessão de tal benefício, “*mormente em se tratando de matéria tributária cuja interpretação, nesses casos, é absolutamente literal (art. III do CTN).*” (f.75).

Ao final pugna pelo provimento do recurso para que seja determinado o recolhimento do do tributo devido, bem como, que seja condicionado a expedição de formal de partilha, alvarás ou cartas de adjudicação sem o recolhimento do valor devido.

O apelado apresentou contrarrazões (f.84-86) pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo **Estado de Mato Grosso do Sul**, terceiro interessado, nos autos do inventário do espólio de Paulo Pereira Lima, ajuizado por Joanildes Fanaia Carrelo Lima, objetivando reformar a sentença na parte que concedeu “*a inventariante a isenção do pagamento do ITCD, vez que trata-se de valor de pequena monta, bem como sua condição de miserabilidade na forma da lei.*” (f.65).

Conforme relatado, o apelante alega que o artigo 126 do Código Tributário Estadual não prevê isenção para a hipótese dos autos, pois trata-se de transmissão *causa mortis* de bem móvel (veículo), ou seja, não há dispensa de recolhimento do tributo pela isenção, justamente por falta de amparo legal.

Sustenta que a isenção de tributos, bem como a decretação de não incidência deles, decorre de lei, não podendo o magistrado *a quo* chamar para si a responsabilidade pela concessão de tal benefício, “*mormente em se tratando de matéria tributária cuja interpretação, nesses casos, é absolutamente literal (art. 111 do CTN).*” (f.75).

Ao final pugna pelo provimento do recurso para que seja determinado o recolhimento do tributo devido, bem como que seja condicionado a expedição de formal de partilha, alvarás ou cartas de adjudicação ao recolhimento do valor devido.

Feita esta digressão, passo ao exame da matéria.

O Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* é tributo de competência privativa dos Estados-membros, tanto na instituição como nas concessões de imunidades e mesmo isenções, tal como disciplinado no inc. I do art. 155 da Constituição Federal:

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

I – transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos.”

O Código Tributário do Mato Grosso do Sul (Lei n. 1.810/97), por sua vez, prevê em seu artigo 126 os casos de isenção do ITCD:

“Art. 126 – São isentos do ITCD:

I – as doações de bens e direitos cujos valores não ultrapassem o valor equivalente a 780 UFERMS;

II – as transmissões *causa mortis*, bem imóvel:

a) sendo rural, sua área não ultrapasse o módulo da região e que seja destinado aos herdeiros;

b) sendo urbano, apresente construção residencial de padrão popular ou inferior e seja utilizada como habitação dos herdeiros.

Parágrafo único – A isenção prevista no inciso II só se aplica na herança que tenha um único bem imóvel a ser partilhado.”

Anda sobre a isenção do ITCD, o artigo 179 do Código Tributário Nacional dispõe que:

Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para concessão.

§ 1º Tratando-se de tributo lançado por período certo de tempo, o despacho referido neste artigo será renovado antes da expiração de cada período, cessando automaticamente os seus efeitos a partir do primeiro dia do período para o qual o interessado deixar de promover a continuidade do reconhecimento da isenção.

§ 2º O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no artigo 155.

Inquestionável que o arrolamento sumário, a rigor, é procedimento de jurisdição voluntária, embora esteja no capítulo destinado ao inventário contencioso.

Ora, se o arrolamento sumário é procedimento de jurisdição voluntária, obviamente que o ITCD deve se sujeitar ao lançamento administrativo, a teor do § 2º do art. 1.034 do CPC. Logo, não cabe dentro do bojo do arrolamento sumário a discussão acerca da isenção ou não do tributo, já que tal benefício poderia ter sido objeto de pedido administrativo, como prevê o Código Tributário do Estado.

Sobre a incompetência do juízo do inventário, processados sob o rito do arrolamento sumário, para reconhecer a isenção do ITCD, por força do art. 179 do CTM, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg no AREsp 125099, relatado pelo Ministro Massami Uyeda, esclarece que:

Cuida-se de agravo regimental interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão, da lavra desta Relatoria, assim ementada: “AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - INVENTÁRIO - ISENÇÃO DE ITCMD CONCEDIDA POR LEI ESTADUAL - NORMA LOCAL - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 280/STF - AGRAVO IMPROVIDO”. Busca a recorrente a reforma do decisum, argumentando, em síntese, que “[...] não se trata no presente caso de aplicação ou não da legislação estadual que versa sobre os limites de isenção do ITCMD”. É o relatório. A irresignação merece prosperar. Com efeito.

A rigor, o melhor exame da matéria aponta que, na hipótese, não se está diante da análise de direito local, senão da exegese do artigo 179 do CTN a propósito de se analisar a competência do juízo do inventário para conceder isenção fiscal relativa ao ITCMD.

Sobre a matéria, ressalte-se que, nos termos do artigo 1013 da lei processual civil, no bojo de inventário, procedimento mais complexo do que àquele previsto na hipótese de arrolamento, compete ao juízo cível (do inventário) analisar o pedido de isenção referente ao imposto de que ora se trata, a despeito da competência administrativa atribuída à autoridade fiscal pelo artigo 179 do CTN.

Sucedee, todavia, que os artigos 1031 e seguintes do CPC regulam procedimento a ser observado no âmbito do arrolamento sumário, cujo rito é mais singelo que o do arrolamento comum previsto no artigo 1038 e do inventário propriamente dito, não abarcando, nesta medida, o cálculo judicial do imposto de transmissão causa mortis (artigo 1034 do CPC).

Ora, antes do trânsito em julgado da sentença de homologação da partilha ou adjudicação proferida no procedimento de arrolamento sumário inexistente a intervenção da Fazenda Pública, a qual, contudo, condiciona a expedição dos respectivos formais, à luz do quanto disposto no artigo 1031, § 2º, do CPC.

Destarte, nos inventários processados sob o rito do arrolamento sumário, nos quais, diga-se, é inviável o pagamento ou quitação do tributo de transmissão causa mortis, bem como tendo em vista a ausência de intervenção da Fazenda Pública até a prolação da sentença de homologação da partilha ou adjudicação, afigura-se incompetente o Juízo do inventário para reconhecer a isenção do ITCMD, por força do disposto no artigo 179 do CTN, o qual atribui à autoridade administrativa a competência para aferir o direito do contribuinte à isenção não concedida em caráter geral.

Nesse mesmo sentido já se decidiu, em processo submetido ao rito o artigo 543-C do CPC, senão confira-se:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. ARROLAMENTO SUMÁRIO POST MORTEM. RECONHECIMENTO JUDICIAL DA ISENÇÃO DO ITCMD. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 179, DO CTN. 1. O juízo do inventário, na modalidade de arrolamento sumário, não detém competência para apreciar pedido de reconhecimento da isenção do ITCMD (Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer Bens ou Direitos), à luz do disposto no caput do artigo 179, do CTN, verbis: “Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para concessão. [...]” 2. Como cediço, a abertura da sucessão (morte do autor da herança) reclama a observância do procedimento especial de jurisdição contenciosa denominado “inventário e partilha”, o qual apresenta dois ritos distintos: “um completo, que é o inventário propriamente dito (arts. 982 a 1.030) e outro, sumário ou simplificado, que é o arrolamento (arts. 1.031 a 1.038)” (Humberto Theodoro Júnior, in “Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais”, Vol. III, 36ª Ed., Ed. Forense, pág. 240). 3. O artigo 1.013, do CPC, rege o procedimento para avaliação e cálculo do imposto de transmissão causa mortis no âmbito do inventário propriamente dito, assim dispondo: “Art. 1.013. Feito o cálculo, sobre ele serão ouvidas todas as partes no prazo comum de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório e, em seguida, a Fazenda Pública. § 1º Se houver impugnação julgada procedente, ordenará o Juiz novamente a remessa dos autos ao contador, determinando as alterações que devam ser feitas no cálculo. § 2º Cumprido o despacho, o juiz julgará o cálculo do imposto.” 4. Consequentemente, em sede de inventário propriamente dito (procedimento mais complexo que o destinado ao arrolamento), compete ao Juiz apreciar o pedido de isenção do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis, a despeito da competência administrativa atribuída à autoridade fiscal pelo artigo 179, do CTN (Precedentes do STJ: REsp 138.843/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 08.03.2005, DJ 13.06.2005; REsp 173.505/RJ, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19.03.2002, DJ 23.09.2002; REsp 143.542/RJ, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 15.02.2001, DJ 28.05.2001; REsp 238.161/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.09.2000, DJ 09.10.2000; e REsp 114.461/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 09.06.1997, DJ 18.08.1997). 5. É que a prévia oitiva da Fazenda Pública, no inventário propriamente dito, torna desprocedente o procedimento administrativo, máxime tendo em vista o teor do artigo 984, do CPC, verbis: “Art. 984. O juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas.” 6. Por seu turno, os artigos 1.031 e seguintes, do CPC, estabelecem o procedimento a ser observado no âmbito do arrolamento sumário, cujo rito é mais simplificado que o do arrolamento comum previsto no artigo 1.038 e o do inventário propriamente dito, não abrangendo o cálculo judicial do imposto de transmissão causa mortis. 7. Deveras, o caput (com a redação dada pela Lei 7.019/82) e o § 1º (renumerado pela Lei 9.280/96) do artigo 1.031, do CPC, preceituam que a partilha amigável (celebrada entre partes capazes) e o pedido de adjudicação (formulado

por herdeiro único) serão homologados de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas. 8. Entrementes, o artigo 1.034, do CPC (com a redação dada pela Lei 7.019/82), determina que, “no arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio” (caput), bem como que “o imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros” (§ 2º). 9. Outrossim, é certo que, antes do trânsito em julgado da sentença de homologação da partilha ou adjudicação (proferida no procedimento de arrolamento sumário), inexistente intervenção da Fazenda Pública, a qual, contudo, condiciona a expedição dos respectivos formais, à luz do disposto no § 2º, do artigo 1.031, do CPC, verbis: “Art. 1.031. [...] § 2º Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só serão expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos. (Incluído pela Lei nº 9.280, de 30.5.1996)” 8. Consectariamente, nos inventários processados sob a modalidade de arrolamento sumário (nos quais não cabe o conhecimento ou a apreciação de questões relativas ao lançamento, pagamento ou quitação do tributo de transmissão causa mortis, bem como tendo em vista a ausência de intervenção da Fazenda até a prolação da sentença de homologação da partilha ou da adjudicação), revela-se incompetente o Juízo do inventário para reconhecer a isenção do ITCMD, por força do disposto no artigo 179, do CTN, que confere, à autoridade administrativa, a atribuição para aferir o direito do contribuinte à isenção não concedida em caráter geral. 9. Ademais, prevalece o comando inserto no artigo 192, do CTN, segundo o qual “nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas”, impondo-se o sobrestamento do feito de arrolamento sumário até a prolação do despacho administrativo reconhecendo a isenção do ITCMD. 10. Assim, falecendo competência ao juízo do inventário (na modalidade de arrolamento sumário), para apreciar pedido de reconhecimento de isenção do ITCMD, impõe-se o sobrestamento do feito até a resolução da questão na esfera administrativa, o que viabilizará à adjudicatária a futura juntada da certidão de isenção aos autos. 12. Recurso especial fazendário provido, anulando-se a decisão proferida pelo Juízo do inventário que reconheceu a isenção do ITCMD. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008” (REsp 1150356/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 25/08/2010).

Assim, reconsidera-se a decisão agravada para dar provimento ao próprio recurso especial e reformar o v. acórdão local que concedeu a isenção do ITCMD, ressalvando-se, todavia, a possibilidade de a regra isentiva ser aplicada na via administrativa.

Pois bem. Embora dois sejam os principais procedimentos de sucessão, o do inventário solene regido nos arts. 982 a 1030 do CPC e o do rito do arrolamento (arts. 1031 a 1038), apenas no primeiro é que se admite a discussão acerca do imposto, tanto na esfera administrativa como na judicial (art. 1013 do CPC):

Art. 1.013. Feito o cálculo, sobre ele serão ouvidas todas as partes no prazo comum de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório e, em seguida, a Fazenda Pública.

§ 1º Se houver impugnação julgada procedente, ordenará o juiz novamente a remessa dos autos ao contador, determinando as alterações que devam ser feitas no cálculo.

§ 2º Cumprido o despacho, o juiz julgará o cálculo do imposto.

No arrolamento o mesmo já não ocorre, quer por força do silêncio do art. 179 do CTN, quer por força do *caput* do art. 1.034 do CPC, que estabelece que ***não serão conhecidas ou apreciadas questões***

relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio, seguido do seu já citado § 2º:

O imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias administrativas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros.

Conjugando, portanto, o art. 179 do CTN com o 1.034 do CPC, não há margem de dúvida de que, no caso versando, a isenção do imposto em questão não está a cargo do juízo do inventário, mas sim da autoridade administrativa.

Deste modo, em procedimento de jurisdição voluntária, ou seja, inventário processado pelo rito do arrolamento sumário, não tem o juízo competência para isentar a inventariante do pagamento do imposto *causa mortis*, o que torna inviável a preservação da sentença.

Em casos semelhantes, esta 5ª Câmara Cível assim decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL – ALVARÁ JUDICIAL PARA FINS DE SAQUE DE PIS E FGTS – PEDIDO DEFERIDO – PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA – REJEITADA – MÉRITO – ITCMD IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO – ISENÇÃO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 126, I DA LEI Nº 1.810/97 – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Não houve julgamento extra petita, houve tão somente interpretação do pedido para uma efetiva prestação jurisdicional.

Nos inventários processados sob a modalidade de arrolamento sumário (nos quais não cabe o conhecimento ou a apreciação de questões relativas ao lançamento, pagamento ou quitação do tributo de transmissão *causa mortis*, bem como tendo em vista a ausência de intervenção da Fazenda até a prolação da sentença de homologação da partilha ou da adjudicação), revela-se incompetente o Juízo do inventário para reconhecer a isenção do ITCMD, por força do disposto no artigo 179, do CTN, que confere, à autoridade administrativa, a competência para aferição do direito do contribuinte à isenção não concedida em caráter geral. (TJMS, Apelação Cível n. 2012.019466-5, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Quinta Câmara, j. 5.7.2012).

APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO – IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS – ITCMD - DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO – NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS CONSTANTES NA LEI ESTADUAL N. 1.810/97 – RECURSO PROVIDO. Se os bens a serem partilhados não atendem aos requisitos de previstos no art. 126 da Lei Estadual n. 1.810/97, não é cabível a declaração de isenção do ITCMD.” (TJMS, Apelação Cível n. 2007.006472-0, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Câmara, j. 26.11.2009).

Conclusão

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para reformar a sentença e reconhecer a incidência do imposto de transmissão *causa mortis* (ITCMD) incidente sobre o valor do bem a ser partilhado, ficando condicionado a expedição de formal de partilha, alvarás ou cartas de adjudicação ao recolhimento do valor devido.

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. Vladimir Abreu da Silva

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2012.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0053308-55.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO DE CONTRATO – INADIMPLÊNCIA DO PROMITENTE COMPRADOR – MULTA CONTRATUAL DEVIDA – EXAGERO DO PERCENTUAL CONSTANTE DO CONTRATO – TAXA DE FRUIÇÃO – PERCENTUAL MENSAL – REDUÇÃO – RECURSO PROVIDO.

São abusivas, segundo precedentes jurisprudenciais, a cláusula penal e taxa de fruição prevendo a retenção de 50% dos valores das parcelas pagas e 0,05% ao dia incidente sobre o valor do contrato, devendo a multa contratual ser fixada em 10% sobre o montante das parcelas pagas, mais a taxa de fruição em 1% ao mês, esta incidente sobre o valor de mercado do bem imóvel.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 13 de dezembro de 2012.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Adriana Lins de Almeida interpõe recurso de apelação visando reformar a sentença proferida nos autos da ação declaratória que propôs em desfavor de Hedge Desenvolvimento Urbano Ltda., na parte que, reconhecendo seu direito à restituição do que pagou pela compra e venda de terreno, deste haja a retenção em prol da apelada de 50% (cinquenta por cento) de tal montante, além da taxa de fruição fixada em 0,5% (meio por cento) ao dia e sobre o valor do contrato, incidente no período que permaneceu inadimplente e na posse do imóvel, corrigidos pelo IGPM e com incidência de juros de mora de 1% ao mês.

Alega que a multa contratual em 50% (cinquenta por cento) do valor pago e a fixação da taxa de fruição em 0,05% (zero vírgula zero cinco por cento) ao dia durante período de inadimplência são elevadas, vulneram o consumidor, contrariam o Código de Defesa do Consumidor (art. 53) e refogem aos precedentes deste Tribunal, requerendo a redução de tais verbas.

Contrarrazões às f. 98-104.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Na parte dispositiva da sentença o magistrado reconheceu o direito da apelante em ser restituída do valor que pagou à apelada pela aquisição de terreno, com abatimento de:

a) 50% (cinquenta por cento) a título de multa;

b) 0,05% ao dia calculado sobre o valor do contrato durante o período de inadimplência e na posse do imóvel, a título de taxa de fruição (fruição que daria, em tese, 1,5% ao mês).

Daí a irresignação da apelante.

1. Multa contratual

Consta no parágrafo segundo da cláusula oitava do contrato que:

Em atendimento ao disposto no Art. 53 da Lei 8.078/90, obriga-se o VENDEDOR, no caso da rescisão por culpa do COMPRADOR, seja ela por inadimplência ou pela quebra de quaisquer outra cláusula deste contrato, a devolver ao COMPRADOR, 50% (cinquenta por cento) das parcelas descritas na Cláusula Segunda deste contrato, que tiverem sido devidamente pagas, descontando todas as despesas do VENDEDOR, e a Taxa de aluguel (taxa de fruição e ocupação. (f. 12).

Vê-se que dita cláusula é, de fato, exorbitante, quebrando o princípio da equidade, norteador da relação consumerista, colocando a promitente compradora em desvantagem frente a promitente vendedora.

Neste sentido tem sido o entendimento deste Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL, C.C. PERDAS E DANOS – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, MEDIANTE PAGAMENTO DE PARCELAS MENSAS – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE ESTIPULA, A FAVOR DA VENDEDORA, PERDA PARCIAL DAS PARCELAS PAGAS PELO COMPRADOR – CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INDENIZAÇÃO, A TÍTULO DE FRUIÇÃO DO IMÓVEL CABÍVEL TÃO-SOMENTE NAS HIPÓTESES EM QUE SE ENCONTRA O COMPRADOR NA POSSE DO BEM, NOS TERMOS DO PARÁGRAFO QUINTO, DA CLÁUSULA SÉTIMA, DO CONTRATO – INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS SOBRE O VALOR A SER RESTITUÍDO À DEVEDORA – RECURSO IMPROVIDO. I- É nula a cláusula que estipula dedução de encargos, na hipótese de restituição de parcelas pagas em contrato de compra e venda de imóvel, e estabelece a perda parcial das referidas parcelas, em prol do vendedor, por ser esta abusiva e ferir disposições do CDC (Artigo 53, caput e 51, II e IV, do CDC). II - [...]” (TJMS, Apelação Cível N. 2005.013065-2, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, 1ª Turma Cível, j. em 11.4.2006) (sublinhei)

Deste modo, entendo que a sentença merece reparo, para que seja a multa penal reduzida para **10% sobre o montante das parcelas pagas**, por consistir em percentual que melhor reflete os objetivos da cláusula contratual, de maneira equânime e proporcional, o que inclusive tem sido adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INADIMPLEMENTO DOS PROMISSÁRIOS COMPRADORES. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. RETENÇÃO DE 10% (DEZ POR CENTO). RAZOABILIDADE. ART. 924, CC/1916. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO. - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça uniformizou-se pela redução da parcela a ser retida pelo promitente

vendedor, nos casos de desfazimento do contrato de promessa de compra e venda, em percentual razoável sobre o saldo devedor” (STJ, REsp 210380/SP, Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 01.03.2004 p. 186).

Mister destacar que a apelada efetuará o desconto deste percentual do valor a ser restituído à apelante e que esta restituição deverá ser feita em parcela única.

2. Taxa de fruição

Sabe-se que em consequência da rescisão do contrato de compra e venda de imóvel, deve ocorrer a devolução das parcelas pagas, retornando as partes ao status quo ante, ou seja, aos termos anteriores à contratação.

O § 6º da cláusula oitava do contrato particular de promessa de compra e venda entabulado entre as partes prevê desconto, a título de fruição do imóvel, *no valor de 0,05% a.d.c. (zero vírgula zero cinco por cento ao dia corrido), do valor deste contrato* (f. 12).

Assim, diante da constatação de que a apelante usufruiu do bem imóvel sem efetuar o pagamento das parcelas pactuadas, decisão coerente é aquela que permite à apelada descontar da apelante a vantagem econômica auferida por esta com a fruição sobre o bem.

Vale esclarecer que, mesmo a apelante tendo pago parte do valor do imóvel, tal importância lhe será restituída, não existindo razão para qualquer tipo de limitação sobre o valor a ser pago pela fruição. Todavia, o montante constante da sentença, ou seja, 0,05% ao dia e sobre o valor do contrato, é, de fato, exacerbado.

Tem sido admitida nesta 5ª Câmara o percentual de 1% (um por cento) ao mês e incidente sobre o valor de mercado do imóvel, já que este é o valor justo para a aplicação da taxa de fruição, por corresponder justamente o benefício presumivelmente auferido pela promitente-compradora inadimplente.

A realização do cálculo de fruição, usando como base o valor atual de mercado do imóvel, é a maneira mais justa, pois o promitente comprador que deixou de adimplir as parcelas do contrato de compra e venda pagará um valor a título de aluguel pelo que realmente utilizou.

Em caso semelhante, esta Câmara assim decidiu, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS, REINTEGRAÇÃO DE POSSE E DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS – TAXA DE FRUIÇÃO PELO PERÍODO DE UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL – PERCENTUAL DE 1% AO MÊS QUE INCIDE SOBRE VALOR ATUAL DE MERCADO DO IMÓVEL – RETENÇÃO DO SINAL/ARRAS – POSSIBILIDADE – ART. 418 DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1 - O efeito da revelia previsto no artigo 319 do Código de Processo Civil somente se aplica à matéria de fato, não atingindo a matéria de direito.

2 - A porcentagem de 1% ao mês, referente à taxa de fruição, deve ser calculada sobre o valor atual de mercado do imóvel, sendo esta a maneira mais coerente e justa, pois o comprador que deixou de adimplir as parcelas do contrato de compra e venda pagará um valor a título de aluguel pelo que realmente utilizou.

3 - Se os promitentes-compradores, em razão de sua inadimplência, deram causa a rescisão contratual, possível a retenção do sinal pago por eles a título de arras pela promitente-vendedora. (TJMS, Apelação Cível n. 2007.011152-4, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, 5ª Turma, j. 23.07.2009).

Conclusão

Posto isso, conheço do apelo e dou-lhe provimento para fixar em 10% (dez por cento) a multa contratual (sobre o montante corrigido das parcelas pagas) e 1% (um por cento) ao mês a fruição, esta sobre o valor atual de mercado do bem imóvel, aferível em avaliação, na fase de liquidação de sentença.

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. Vladimir Abreu da Silva

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2012.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0006932-48.2011.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – QUEDA DE MERCADORIA EM CIMA DE CLIENTE EM SUPERMERCADO – NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADA – NEXO CAUSAL DEMONSTRADO – DANO MORAL CONFIGURADO – RECURSO DO REQUERIDO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1- O supermercado demandado, por exercer a comercialização de produtos, está submetido à regra do art. 3.º, do CDC, tornando-se responsável independentemente da existência de culpa pelas condutas danosas causadas ao consumidor.

2- Demonstrado que a autora sofreu um acidente dentro do estabelecimento do réu, experimentando lesões corporais e, não tendo o réu comprovado, como seria de rigor, a culpa exclusiva da vítima, deixando de trazer aos autos, articulação de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários, e ainda, considerando-se que o zelo pela integridade física dos consumidores por parte de estabelecimentos comerciais é inerente ao próprio negócio, dúvida não pode haver da sua responsabilidade civil.

3- Reveste a hipótese de *danum in re ipsa*, prescindindo da prova do prejuízo concreto, o acidente sofrido no interior do supermercado. Hipótese em que o réu adotou postura negligente, ao expor mercadorias no estabelecimento sem as devidas cautelas propiciando as circunstâncias nas quais se desencadeou o acidente. Ausência do dever de cuidado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª 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, 4 de dezembro de 2012.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

SUPERMERCADOS NOVA ESTRELA LTDA., inconformado com a sentença proferida nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais nº 0006932-48.2011.8.12.0021 que lhe promove LÉIA CAPELLARI, interpõe o presente recurso de apelação cível.

O juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais); danos materiais

no valor de R\$ 211, 90 (duzentos e onze reais e noventa centavos); bem como lucros cessantes no valor equivalente a um salário mínimo pelo período de três meses, tudo devidamente acrescido dos devidos encargos legais.

Em suas razões recursais o apelante alegou em síntese que não há provas donexo causal entre a lesão sofrida pela autora-apelada e o acidente narrado na inicial. Argumentou, também, que ainda que demonstrado onexo causal, não há provas de que tenha agido com culpa na ocorrência do fato danoso, até porque, o sinistro decorreu da própria desídia da vítima. Afirmou que o fato de a apelada ter derrubado sobre ela os cabos que estavam pendurados não configura situação tão vexatória a ponto de ser elevada ao patamar de dano moral, tratando-se de mero aborrecimento. Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo.

Devidamente intimada, a apelada não apresentou contrarrazões ao recurso de apelação.

Os autos vieram conclusos a este relator.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por SUPERMERCADOS NOVA ESTRELA LTDA., em face da sentença proferida nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais nº 0006932-48.2011.8.12.0021 que lhe promove LÉIA CAPELLARI.

O juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais); danos materiais no valor de R\$ 211, 90 (duzentos e onze reais e noventa centavos); bem como lucros cessantes no valor equivalente a um salário mínimo pelo período de três meses, tudo devidamente acrescido dos devidos encargos legais.

Em suas razões recursais o apelante alegou em síntese que não há provas donexo causal entre a lesão sofrida pela autora-apelada e o acidente narrado na inicial. Argumentou, também, que ainda que demonstrado onexo causal, não há provas de que tenha agido com culpa na ocorrência do fato danoso, até porque, o sinistro decorreu da própria desídia da vítima. Afirmou que o fato de a apelada ter derrubado sobre ela os cabos que estavam pendurados não configura situação tão vexatória a ponto de ser elevada ao patamar de dano moral, tratando-se de mero aborrecimento. Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo.

Cinge-se a presente demanda em pedido de indenização em decorrência de acidente sofrido dentro do estabelecimento comercial demandado que causou à autora lesão em um dos dedos da sua mão esquerda, fato este que lhe teria causado danos morais e materiais.

O apelo é tempestivo. Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, merece ser conhecido.

Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Quanto à questão de fundo, cumpre registrar que a relação estabelecida entre as partes é típica de consumo, estando sujeita à incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, dispõe o art. 2.º do CDC que:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Por sua vez, também dispõe o art. 17, do CDC, que:

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Sobre o assunto, leciona Cláudia Lima Marques:

“O consumidor é uma definição também ampla em seu alcance material. No CDC, o consumidor não é uma definição meramente contratual (o adquirente), mas visa também proteger vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais. Visa também defender toda uma coletividade vítima de uma publicidade ilícita, como a publicidade abusiva ou violadora da igualdade de raças, de credo e de idades no mercado de consumo, assim como todas as vítimas do fato do produto ou do serviço, isto é, dos acidentes de consumo, tenham ou não usado os produtos e serviços como destinatários finais. É uma definição para relações de consumo contratuais e extracontratuais, individuais ou coletivas.”¹

No contexto da disposição legislativa, não se pode olvidar que a autora, ao adentrar no estabelecimento comercial demandado, com o objetivo de adquirir mercadorias, passou a ostentar a condição de consumidora, passando a gozar das prerrogativas e da proteção legal conferida pelo CDC.

De outro turno, o art. 3.º, do CDC dispõe que:

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Assim, o supermercado demandado, por exercer a comercialização de produtos, está submetido à regra do art. 3.º, do Diploma Protetivo, tornando-se responsável independentemente da existência de culpa pelas condutas danosas causadas ao consumidor.

Da responsabilidade civil objetiva e nexos causal

Em se tratando de supermercados, ao colocar produtos à disposição para aquisição pela clientela, também executa a prestação do serviço necessária ao alcance do primeiro objetivo, devendo zelar pela integridade daqueles que ingressam no interior do estabelecimento comercial, adotando padrões de segurança compatível com a atividade realizada.

No que diz respeito à responsabilidade do demandando, dispõe o art. 14, do CDC que:

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

Nessa senda, adotada a regra da responsabilidade objetiva, cumpre ao demandante demonstrar a existência do dano, da conduta comissiva ou omissiva e do respectivo nexo de causalidade entre ambos.

¹ *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 83.

De outro turno, sua responsabilidade somente poderá ser afastada quando da presença de uma das circunstâncias presentes no § 1.º, do aludido dispositivo legal:

“§1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

[...]

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

No caso dos autos, restou incontroverso que a autora, sofreu um acidente no interior do estabelecimento comercial requerido, ao ser atingida por rodos e vassouras que despencaram do expositor por cima de seu corpo. Tal fato, alegado pela autora em sua petição inicial, restou comprovado através dos depoimentos das testemunhas ouvidas na audiência de instrução e julgamento de f. 140/147, que foram uníssonas em afirmar que ela sofreu um acidente dentro do supermercado requerido.

Daí, tem-se como demonstrado o nexo causal entre o acidente narrado na inicial e os danos sofridos pela autora. Acresça-se que o fato de os documentos juntados com a inicial, relativos ao tratamento médico da autora terem datas posteriores ao acidente sofrido em 28.9.2011 – cerca de um mês após - não afasta o nexo causal demonstrado à sociedade pela prova testemunhal produzida em juízo. Até porque, é de conhecimento geral, que uma lesão não tratada adequadamente no momento oportuno, pode se agravar posteriormente.

Ademais, o laudo pericial acostado à fl. 101/105, comprovou que a autora é portadora de redução funcional do quinto dedo da mão esquerda na proporção de 10% .

De outro lado, não restou comprovada nos autos a culpa exclusiva da vítima, ônus este, que cabia ao réu-apelante, nos termos do que dispõe o art. 333, II, do CPC.

Portanto, demonstrado que a autora sofreu um acidente dentro do estabelecimento do réu, experimentando lesões corporais e, não tendo o réu comprovado, como seria de rigor, a culpa exclusiva da vítima, deixando de trazer aos autos, articulação de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários, e ainda, considerando-se que o zelo pela integridade física dos consumidores por parte de estabelecimentos comerciais é inerente ao próprio negócio, dúvida não pode haver da sua responsabilidade civil.

Dessa forma, exsurge a responsabilidade civil do demandado pelos danos decorrentes da falha na prestação do serviço. Nos termos da legislação consumerista, a despeito da desnecessidade de demonstração da conduta culposa por parte do consumidor, tem-se que esta restou caracterizada, devendo o demandado responder pelos danos daí advindos.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA DE CLIENTE EM SUPERMERCADO. RAMPA DE ACESSO SEM CORRIMÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. À luz das disposições do Código de Defesa do Consumidor, é objetiva

a responsabilidade do supermercado pelos danos causados com a queda do cliente em razão da falta de segurança na rampa de acesso. Corrimãos que foram instalados somente após o sinistro. Dano moral verificado no caso concreto. Valor da condenação fixado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem assim observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da condenação. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70035105501, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 25/08/2010)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA EM SUPERMERCADO. PISO COM FALHA (BURACOS). FALTA DO DEVER DE CUIDADO E SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 14, CDC. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. CABIMENTO. Consoante o artigo 14 do CDC, a ré responde pelos danos independentemente de culpa, eximindo-se da responsabilidade no caso de comprovação da tese sustentada na contestação, qual seja, de culpa exclusiva da vítima, o que, de acordo com a prova produzida, não se verificou. Hipótese dos autos em que a prova é suficiente para atestar que a autora sofreu uma queda no interior do estabelecimento, gerando-lhe lesões e fraturas, em razão de o piso do supermercado apresentar falhas (buraco) que deram causa a queda. Demonstrada a ausência do dever de cuidado e segurança pelo supermercado, impõe-se o dever de indenizar. Para a fixação do valor da indenização por dano moral, além das peculiaridades de cada caso em concreto, deve o julgador se ater aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como observar a natureza jurídica da indenização. Considerando a natureza jurídica da reparação pelos danos morais, bem assim a extensão dos danos, de ser mantido o quantum estabelecido pela sentença. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70039973896, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 27/04/2011)

Dos danos morais

Quanto aos danos morais, conforme pacífica jurisprudência, tem-se que o caso em tela reveste a hipótese de *danum in re ipsa*, o qual é desnecessária a comprovação da ocorrência de prejuízo concreto, presumindo-se, conforme as mais elementares regras da experiência comum. Trata-se, portanto, de dano moral puro.

O prejuízo moral, *in casu*, é corolário lógico da dor física experimentada pela autora, que sofreu lesão devido à conduta negligente da ré, vendo sua integridade física violada.

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho tem-se, igualmente, a compreensão da desnecessidade de prova, quando se trata de dano moral puro (*in* Programa de Responsabilidade Civil, 5ª ed., 2ª tiragem, 2004, p. 100):

“[...] por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.

Nesse ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. [...] Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti* que decorre das regras de experiência comum”.

Sobre a desnecessidade da prova do prejuízo de ordem moral, em situação análoga, colaciona-se jurisprudência do STJ:

RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA EM SUPERMERCADO. PISO ESCORREGADIO. DANO MORAL. CABIMENTO. PROVA DO PREJUÍZO. DISPENSA. QUANTUM. RAZOABILIDADE. RECURSO ACOLHIDO. I - A prova do dano moral se satisfaz, na espécie, com a demonstração do fato que o ensejou e pela experiência comum. Não há negar, no caso, o desconforto, o aborrecimento, o incômodo causado pela própria queda, sem contar a alteração na rotina da autora, representada pela obrigatoriedade de comparecimento às sessões fisioterápicas. [...]. (RESP 496528 / SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, T4 - QUARTA TURMA, j. em 06/05/2003, DJ 23.06.2003 p. 388).

Inarredável, pois, o dever do réu-apelante de ressarcir à autora-apelada quanto aos danos morais sofridos.

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Supermercado Nova Estrela Ltda, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Rubens Bergonzi Bossay e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 04 de dezembro de 2012.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0374776-07.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TRANSPORTE ESPECIAL PARA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO EM OUTRO DOMICÍLIO – IMPRESCINDIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DE TAXI DURANTE UM CERTO PERÍODO DEMONSTRADA – DEVER DO ESTADO DE FORNECER – RESTITUIÇÃO DOS VALORES EFETIVAMENTE COMPROVADOS NOS AUTOS – HONORÁRIOS À DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL INDEVIDO – RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E IMPROVIDO – RECURSO DO RÉU CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I – 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 (táxi) aos portadores de doença que não possuem condições de utilizar-se do transporte regular para deslocamento até estabelecimento de saúde adequado à realização de tratamento.

II - Todos tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, mormente quando se trata de patologia gravíssima e o transporte especial (taxi) foi imprescindível durante certo tempo, para o seu deslocamento até o local de tratamento.

III – Os valores a serem restituídos devem estar comprovados documentalmente nos autos. O fato de estar demonstrado nos autos que o autor se locomoveu até a cidade de Jaú mensalmente durante o período compreendido entre os anos de 2006 a 2009 não é prova de que tenha efetivamente se utilizado do transporte via táxi entre as cidade de Bauru e Jaú, tampouco que tenha desembolsado tais valores.

IV - É desnecessária a fixação de honorários em favor da Defensoria Pública se a parte vencida foi o próprio Estado, haja vista que, aquela sendo órgão da estrutura deste, haveria inexecuibilidade diante do instituto da confusão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Sebastião Brites Filho e dar ao apelo do Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 20 de novembro de 2012.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Sebastião Brites Filho, inconformado com a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido nos autos de ação de obrigação de fazer nº 0374776-07.2008.8.12.0001 que move em face do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe o presente recurso de apelação cível.

Em suas razões recursais, alega em síntese que o julgador de primeiro grau laborou em equívoco ao julgar parcialmente procedente o pedido nestes autos, já que se preocupou tão somente em resguardar os interesses financeiros do apelado em detrimento da saúde e qualidade de vida do apelante. Argumentou que o direito fundamental à vida prevalece sobre os interesses financeiros do Estado. Assevera que tanto no período pós-operatório, como atualmente, o autor necessita do transporte via táxi, uma vez que ainda realiza tratamento quimioterápico e, portanto, encontra-se imunodeprimido e suscetível a diversas complicações. Ressalva que não possui condições financeiras de custear o transporte terrestre via táxi, necessitando do auxílio do Estado, que não pode se mostrar indiferente ao problema de saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento institucional. Aduziu ainda, que é imprescindível a restituição dos valores gastos com o custeio do táxi no período compreendido entre 2006 e 2009, eis que comprovado nos autos, que a viagem era realizada mensalmente. Prequestionou diversos normativos legais. Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo.

O Estado de Mato Grosso do Sul também apelou, alegando, em síntese, que a ajuda de custo deferida ao autor dessa ação não ilimitada como ele supõe, já que a verba é limitada e tem uma dotação orçamentária que não aumenta sem aprovação específica da Assembleia Legislativa através de lei específica. Argumenta que o Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Assistência à Saúde, regulamentou, na Portaria/SAS/Nº 055 de 24 de fevereiro de 1999, a rotina do tratamento fora do domicílio no Sistema Único de Saúde – SUS, com inclusão desses procedimentos e seus respectivos valores na tabela de procedimentos do Sistema de informações ambulatoriais do SIA/SUS, nos arts. 11, 12, 13 e 14. Assevera que o valor a ser concedido ao indivíduo que faz tratamento fora do domicílio não fica ao talante de cada um, não podendo ele, escolher o que melhor aprover do ponto de vista de transporte e depois apresentar a conta ao Poder Público. De outro lado, sustenta que é impossível o pagamento pelo Estado de Honorários à Defensoria Pública. Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo.

Devidamente intimados, apenas o autor Sebastião Brites Filho apresentou contrarrazões ao recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Trata-se de apelações cíveis interpostas por ambas as partes nestes autos de ação de obrigação de fazer que Sebastião Brites Filho move em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

O magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o réu no custeio de transporte terrestre, via táxi, no trajeto de ida e volta entre as cidades de Bauru-SP até Jaú-SP no valor de R\$ 200,00 mensais, para tratamento junto ao Hemonúcleo Regional de Jaú, no Hospital Amaral de Carvalho, no período compreendido entre os anos de 2006 a 2009, conforme comprovantes de f. 23/25 (6 viagens), totalizando R\$ 600,00 (seiscentos reais), devendo tal valor ser corrigido monetariamente pelo IGPM e acrescido de juros legais, desde as datas em que deveria ser pago. Condenou, ainda, o réu, ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, no valor de R\$ 1.000,00 e o autor a pagar honorários em favor do Procurador do Estado, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Sebastião Brites Filho, em suas razões recursais, alega em síntese que o julgador de primeiro grau laborou em equívoco ao julgar parcialmente procedente o pedido nestes autos, já que se preocupou tão somente em resguardar os interesses financeiros do apelado em detrimento da saúde e qualidade de vida

do apelante. Argumentou que o direito fundamental à vida prevalece sobre os interesses financeiros do Estado. Assevera que tanto no período pós-operatório, como atualmente, o autor necessita do transporte via táxi, vez que ainda realiza tratamento quimioterápico e, portanto, encontra-se imunodeprimido e suscetível a diversas complicações. Ressalva que não possui condições financeiras de custear o transporte terrestre via táxi, necessitando do auxílio do Estado, que não pode se mostrar indiferente ao problema de saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento institucional. Aduziu ainda, que é imprescindível a restituição dos valores gastos com o custeio do táxi no período compreendido entre 2006 e 2009, eis que comprovado nos autos, que a viagem era realizada mensalmente. Prequestionou diversos normativos legais. Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo.

O Estado de Mato Grosso do Sul apela, alegando em síntese, que a ajuda de custo deferida ao autor dessa ação não ilimitada como ele supõe, já que a verba é limitada e tem uma dotação orçamentária que não aumenta sem aprovação específica da Assembleia Legislativa através de lei específica. Argumenta que o Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Assistência à Saúde, regulamentou, na Portaria/SAS/Nº 055 de 24 de fevereiro de 1999, a rotina do tratamento fora do domicílio no Sistema Único de Saúde – SUS, com inclusão desses procedimentos e seus respectivos valores na tabela de procedimentos do Sistema de informações ambulatoriais do SIA/SUS, nos arts. 11, 12, 13 e 14. Assevera que o valor a ser concedido ao indivíduo que faz tratamento fora do domicílio não fica ao talante de cada um, não podendo ele, escolher o que melhor aprovar do ponto de vista de transporte e depois apresentar a conta ao Poder Público. De outro lado, sustenta que é impossível o pagamento pelo Estado de Honorários à Defensoria Pública. Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo.

Passo à análise dos recursos simultaneamente.

1- Da obrigação de custear o transporte terrestre via táxi

In casu, demonstrou o autor por meio dos documentos juntados que é portador de “leucemia mielóide crônica” estando em tratamento contínuo junto ao Hemonúcleo Regional de Jaú, no Hospital Amaral de Carvalho, em Jaú-SP, desde o dia 06 de abril de 2006, onde se submeteu a freqüentes consultas, exames, sessões de quimioterapia e procedimentos cirúrgicos, conforme se comprova pelos documentos juntados com a inicial.

Nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesta acepção, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se manifestado, *in verbis*:

“CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. HEPATITE C. RESTRIÇÃO. PORTARIA/MS N.º 863/02.

A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não “qualquer tratamento”, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

O medicamento reclamado pela impetrante nesta sede recursal não objetiva permitir-lhe, apenas, uma maior comodidade em seu tratamento. O laudo médico, colacionado aos autos, sinaliza para uma resposta curativa e terapêutica “comprovadamente mais eficaz”, além de propiciar ao paciente uma redução dos efeitos colaterais. A substituição do medicamento anteriormente utilizado não representa mero capricho da impetrante, mas se apresenta como condição de sobrevivência diante da ineficácia da terapêutica tradicional. [...].

Recurso provido.” (RMS n.º 17.903/MG, Órgão Julgador 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 20 de setembro de 2004, p. 215). (grifei).

De fato, a necessidade do autor em realizar tratamento fora de seu domicílio restou amplamente comprovado pelos documentos juntados a exordial, inclusive na perícia médica realizada nos autos, posto que em nosso Estado não existe um local que preste o tratamento necessário para promover a melhora de seu estado de saúde.

A Portaria Federal nº 055/1999, mencionada pelo juízo “a quo”, editada para regulamentar a rotina do tratamento fora do domicílio (TFD) no sistema único de saúde – SUS autoriza, inclusive, referida providência, a fim de “*garantir acesso de pacientes de um município a serviços assistenciais de outro município*”, dada a importância de se operacionalizar as redes assistenciais de complexidade diferenciada.

Nota-se, portanto, que o transporte para tratamento fora do domicílio pelo SUS é direito de todos quando imprescindível a um eficaz tratamento de saúde.

O que se observa, no caso em análise, é uma notória desproporcionalidade entre os bens jurídicos colocados em exame, vale dizer, entre tutelar, de imediato, a saúde do autor, ou impedir um eventual e pouco provável prejuízo financeiro do Estado. Equilibrando tais direitos, logicamente o Poder Judiciário deverá optar por proteger o direito à saúde e à vida digna do ser humano.

O direito à saúde e à vida, garantidos constitucionalmente, não podem ser condicionados a qualquer política econômica. Não pode, ainda, ser restringido o acesso de qualquer cidadão à saúde sob argumentos meramente administrativos.

Assim, não se pode negar vigência à norma constitucional que garante o direito à saúde, mediante políticas sociais e econômicas, visando a redução do risco de doenças ou de outros agravos, sob o argumento de que a verba repassada pela União é limitada e tem uma dotação orçamentária que não aumenta sem aprovação específica da Assembleia Legislativa através de lei específica.

Eventuais formalidades e previsões burocráticas, não podem prevalecer em detrimento de um direito constitucionalmente garantido. As políticas públicas de saúde devem ser aplicadas a fim de ajudar a sociedade e não para criar entraves a tratamento digno de saúde, notadamente quando se mostra mais eficiente e dispendioso aos cofres públicos.

Nesse sentido, seguem alguns julgados deste Tribunal de Justiça em casos análogos ao presente, confira-se:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA PESSOA DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO ESTATAL (SENTIDO GENÉRICO) – DEVER IMPOSTO PELA NORMA INSCULPIDA NO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – CUMPRIMENTO DE FORMALIDADES BUROCRÁTICAS – PRESCINDIBILIDADE – NÃO CONFIGURAÇÃO DE AFRONTA COMETIDA À ORDEM ECONÔMICA E ORÇAMENTÁRIA – TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196 da Constituição Federal de 1988).

É obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves (REsp Nº 507.205 – PR, do qual foi relator o Ministro José Delgado).

A subserviência a meras formalidades e previsões burocráticas contidas em Portarias, não pode prevalecer em detrimento de um direito constitucionalmente garantido.

Não advirá, o fornecimento de medicamento a um administrado necessitado, lesão alguma aos cofres públicos, ainda mais quando tal obrigação encontra-se constitucionalmente prevista, realidade fática que torna inaplicável em casos análogos ao presente a teoria da reserva do possível.

Irrelevante haver no domicílio da autora tratamento para sua doença, uma vez que tal fato não lhe impede que busque outro centro especializado em que há atendimento pelo SUS. (TJMS, n. 2009.013047-2, Rel. Exmo. Des. Rêmolio Letteriello, Quarta Turma Cível, J. 21.07.2009)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TRATAMENTO MÉDICO FORA DO DOMICÍLIO – PAGAMENTO DE DESPESAS DE DESLOCAMENTO (PASSAGENS, ALIMENTAÇÃO, ESTADA) – PORTARIA QUE GARANTE O TRATAMENTO DEVIDAMENTE JUNTADA AOS AUTOS – PATOLOGIA GRAVE – CÂNCER – PROVA DE QUE REALIZA TRATAMENTO NA CIDADE DE BARRETOS – PROVA DE QUE TEM RETORNO PÓS-CIRÚRGICO MARCADO – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – DEVER DE GARANTIR SAÚDE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Ao contrário do que sustentou o juízo a quo em sua sentença, o feito encontra-se devidamente instruído com a Portaria SAS nº 055, de 24 de fevereiro de 1999, que dispõe sobre a rotina do tratamento fora do domicílio no Sistema Único de Saúde, impondo ao Estado o dever de auxiliar o apelante em todos os gastos decorrentes de transporte, alimentação e estadia, porquanto portador de moléstia grave, conforme se infere de uma simples análise das folhas 114-117 dos presentes autos.

Estando comprovado que o apelante é pessoa carente e portador de patologia grave, submetido a tratamento fora do domicílio, é dever do Estado custear as despesas necessárias ao retorno pós-cirúrgico, conforme lhe é atribuído pela Constituição Federal (art. 196).

Recurso conhecido e provido. (TJMS, Apelação Cível n. 2006.000580-2, Rel. Exmo. Des. Joenildo de Souza Chaves, Primeira Turma Cível, J. 30.09.2008)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE TRANSPORTE PARA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO DO PACIENTE – DEVER DO ESTADO FORNECER O TRANSPORTE PLEITEADO (ART. 196, DA CF) – SOLIDARIEDADE ENTRE A UNIÃO, O ESTADO E O MUNICÍPIO – POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA DEMANDA EM FACE DE UM, DE ALGUNS OU DE TODOS OS DEVEDORES SOLIDÁRIOS – TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL CONJUGADA COM O MÍNIMO EXISTENCIAL – PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO – MULTA COMINATÓRIA – FINALIDADE – EVITAR A NÃO PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL ESPECÍFICA – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – NÃO NECESSIDADE DE CONSTAR EXPRESSAMENTE O ARTIGO DA CONSTITUIÇÃO OU DA LEI

PARA QUE SE TENHA A MATÉRIA COMO PREQUESTIONADA – QUESTÃO EFETIVAMENTE DECIDIDA – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Nos termos do artigo 196, da CF, há solidariedade na assistência à saúde pela União, pelo Estado e pelo Município, podendo a ação que tem por objeto o fornecimento de medicamento ser ajuizada em face de todos, de alguns ou de apenas um.

A existência de convênios entre a União, Estados e Municípios legitima a Fazenda Pública Estadual a exigir dos demais entes a sua participação nos gastos, independentemente de determinação judicial ou de participação do referido ente no feito.

Havendo laudo médico informando a doença a qual está acometida a parte-autora bem como o tratamento indispensável a ser realizado, somando-se ao fato de a União, o Estado e o Município terem o dever de garantir a saúde a todos os que dela necessitam, não é crível que vise o Estado, por meio de edição de uma Portaria, restringir o alcance de uma norma constitucional (art. 196), a ponto de vedar um direito garantido.

A teoria da reserva do possível deve ser aplicada desde que assegure o mínimo existencial.

A multa cominatória deve ser fixada com o intuito de coibir que o devedor se abstenha de cumprir a determinação ou para que este pratique determinada ação estabelecida na decisão, não podendo, portanto, ser arbitrada em valor ínfimo, sob pena de não cumprir a finalidade pela qual ela foi instituída.

Não é possível a condenação do Estado, de suas autarquias e fundações, ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, uma vez que há nítida confusão entre credor e devedor. (TJMS, Apelação Cível n. 2007.025446-0, Rel. Exmo. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Terceira Turma Cível, J. 01.09.2008)

Desta feita, ante o fato de que o perito judicial atestou a necessidade de tratamento do autor fora do domicílio (TFD) e a inviabilidade de locomoção deste por ônibus convencional no período compreendido entre os anos de 2006 e 2009, e diante da norma estabelecida pelo art. 196 da Constituição Federal que assegura o direito à saúde a todos os cidadãos, inarredável se torna a procedência parcial do pedido, na forma como determinado na sentença de primeiro grau.

2- Do período de custeio

Com relação ao período de custeio do transporte terrestre via Táxi, não merece reforma a sentença de primeiro grau.

Isso porque o perito judicial atestou em seu laudo de f. 150/152 que: “ *o paciente não apresenta no momento,, motivos de necessidade de transporte exclusivamente por táxi no percurso entre Bauru e Jaú (trecho curto), podendo utilizar-se de ônibus convencional. No entanto, no período logo após o seu transplante (2006/2009), o uso de transporte coletivo (ônibus) seria desaconselhado. Como já explicitado anteriormente, 30 dias após a cirurgia o paciente apresentou hemorragia grave sendo necessária outra cirurgia, a de retirada de baço (esplenectomia), o que tornaria imprópria a locomoção por ônibus.*”

Assim, considerando que não existe nos autos, nenhum documento, ou laudo médico que justifique a necessidade de o autor usufruir de transporte terrestre, via táxi, a partir do ano de 2009, a improcedência do pedido quanto a esse aspecto é medida que se impõe.

Da mesma forma, não merece reparos a sentença, quanto aos valores a serem restituídos ao autor, já que efetivamente comprovadas nos autos, apenas as despesas de f. 23/25.

O fato de estar demonstrado nos autos que o autor se locomoveu até a cidade de Jaú mensalmente durante o período compreendido entre os anos de 2006 a 2009 não é prova de que tenha efetivamente se utilizado do transporte via táxi entre as cidade de Bauru e Jaú, tampouco que tenha desembolsado tais valores.

3- Da condenação do Estado ao pagamento de honorários à Defensoria Pública

No que diz respeito à impossibilidade de fixação de honorários a favor da Defensoria Pública, atuante no feito na qualidade de procurador da parte autora-apelada, em demanda ajuizada em face do Estado de Mato Grosso do Sul, merece prosperar a irresignação do réu-apelante.

Isso porque, por tratar-se de demanda ajuizada por parte assistida pela Defensoria Pública, de acordo com o entendimento consolidado pela Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça: *Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.*

E que não destoam da orientação desta E. Turma Cível, *in verbis*:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – ATESTADO MÉDICO PARTICULAR – PROVA DA NECESSIDADE DO FÁRMACO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO ESTADO – INSTITUTO DA CONFUSÃO – CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO – REDUÇÃO DO VALOR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Deveria o ente estatal ter comprovado que os medicamentos dispensados pela rede pública são eficazes para tratamento do paciente, o que não fez, prevalecendo, assim, o declarado no atestado médico de profissional devidamente habilitado, no sentido da necessidade de fornecimento de fármacos específicos.

2. Nos termos da Súmula 421 do STJ: Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. Porém, são devidos honorários advocatícios quando vencido o Município e a parte se fizer representar por defensor público, situação em que não se opera o instituto da confusão.

3. Vencida a Fazenda Pública, o valor dos honorários advocatícios deve ser fixado consoante apreciação equitativa, a partir da natureza e da importância da causa, do trabalho realizado e do tempo exigido para seu serviço, nos termos do que determina o § 4º do art. 20 do CPC.(TJMS. Terceira Turma Cível. Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.010005-0/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. J. 09/08/2011)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – INVALIDAÇÃO CERTIFICADO CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO – IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO - PARTE QUE ENCONTRA-SE CURSANDO O ÚLTIMO NÍVEL TÉCNICO DE ENFERMAGEM – SITUAÇÃO JURÍDICA CONSOLIDADA – SENTENÇA MANTIDA – HONORÁRIOS À DEFENSORIA PÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE – CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Sendo incontroverso que a parte frequentou e concluiu o curso do ensino médio, não se admite a negativa de validade do certificado se à época em que se inscreveu no curso este era válido.

Se a parte, encontra-se frequentando o curso técnico de enfermagem, estando na iminência de concluí-lo, cabe a aplicação da teoria do fato consumado, para ratificar a situação jurídica sedimentada pela liminar concedida.

É desnecessária a fixação de honorários em favor da Defensoria Pública se a parte vencida foi o próprio Estado, haja vista que, aquela sendo órgão da estrutura deste, haveria inexequibilidade diante do instituto da confusão. (TJMS. Terceira Turma Cível. Apelação Cível - Sumário - N. 2010.035709-6/0000-00 - Rio Brillhante. Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay. J. 11/01/2011)

Assim, sem maiores delongas, por tratar de assunto já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça e por esta Turma Cível, neste aspecto dou provimento ao apelo interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, a fim de reformar a sentença recorrida e excluir desta a condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios a favor da Defensoria Pública estadual.

Dispositivo Final

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Sebastião Brites Filho, mas nego-lhe provimento.

Por outro lado, conheço do recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, a fim de reformar a sentença recorrida e excluir desta a condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios a favor da Defensoria Pública estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Sebastião Brites Filho e deram ao apelo do Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do voto do Relator.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 20 de novembro de 2012.

2ª Seção Cível

Mandado de Segurança n. 1600062-07.2012.8.12.0000 - Campo Grande **Relator Des. Marco André Nogueira Hanson**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – NOMEAÇÃO TORNADA SEM EFEITO – LONGO LAPSO TEMPORAL ENTRE O ÚLTIMO ATO DO CONCURSO E A PUBLICAÇÃO DA CONVOCAÇÃO – AUSÊNCIA DE COMUNICADO PESSOAL AO INTERESSADO – NECESSIDADE DA PROVIDÊNCIA – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Quando há longo lapso temporal entre o último ato relacionado ao certame e aquele que nomeia um candidato, os princípios da publicidade, eficiência, interesse e razoabilidade exigem que a Administração Pública, antes de tornar sem efeito o ato de convocação, proceda com o contato pessoal do interessado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a segurança, ratificando a liminar, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o 4º Vogal.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2012.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Rosana da Silva Moutinho, qualificada nos autos, impetrou o presente Mandado de Segurança (feito n. 1600062-07.2012.8.12.0000, da 2ª Seção Cível deste Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul) em face da Secretária de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul, almejando, em sede liminar, a ordem para que a autoridade coatora se abstenha de nomear outro candidato para o Cargo de Gestor de Educação e Segurança de Trânsito do Detran/MS, para a cidade de Dourados/MS, até a resolução do mérito.

Afirmou, em apertada síntese, que se inscreveu no Concurso Público do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul/MS, para concorrer ao Cargo de Gestor de Educação e Segurança de Trânsito do Detran/MS, de Dourados/MS, cujo edital previa uma vaga de livre concorrência para tal unidade da federação, mais cadastro reserva.

Referiu que logrou classificar-se na 3ª (terceira) colocação, sobrevivendo a divulgação do resultado final mediante a publicação do Anexo I do Edital nº 26/2011 – SAD/DETRAN/MS, de 05 de outubro de 2011.

Aduziu que, muito embora estivessem atualizados seu dados junto à Administração Estadual (endereço, telefone, e-mail, etc), sua nomeação foi publicada tão somente no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul (DOE), em 19 de abril de 2011, dificultando a ciência acerca da convocação.

Em razão disso, expôs que a comissão de concurso incorreu em equívoco ao tornar sem efeito sua nomeação, mediante publicação do Decreto “P” n. 2.175, de 31 de maio de 2012, publicado no DOE de 01 de junho de 2012, mormente porque, consideradas as circunstâncias de ter transcorrido considerável prazo entre as publicações do resultado e da nomeação e tratar-se de convocação de candidato constante do cadastro reserva, seria mais razoável que a convocação precedesse de um contato pessoal do interessado.

Assim, invocando os princípios da publicidade, eficiência, razoabilidade e dignidade da pessoa humana, bem como alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, sustentou que detém direito líquido e certo de invalidar o ato administrativo que tornou sem efeito sua nomeação e, por consequência, de ser novamente nomeada mediante intimação pessoal, determinado-se ao Estado de Mato Grosso do Sul a reabertura do prazo para sua posse, para a realização da perícia e para a entrada em exercício no cargo.

Ao final, pleiteou a concessão da segurança.

A medida liminar restou deferida (f. 94-98).

Notificada a autoridade coatora, sobrevieram as informações e defesa, conforme petição protocolada pelo Estado de Mato Grosso do Sul (f. 106-112).

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, esta ofertou parecer (f. 169-174), opinando pela concessão da segurança.

Admito o Estado de Mato Grosso do Sul no polo passivo da demanda. **Procedam-se** as alterações na autuação e no SAJ, inclusive no que tange ao registro do nome da Procuradora do Estado.

VOTO

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

Trata-se de mandado de segurança impetrado por candidata em concurso público em face de Secretária de Estado de Administração, objetivando ordem mandamental para que a autoridade pretensamente coadora anule o ato que tornou sem efeito sua anterior nomeação.

Como relatado, a impetrante sustentou, com fundamento no princípio da eficiência e razoabilidade, que a administração deveria, antes de tornar sem efeito sua nomeação, contatá-la pessoalmente mediante as alternativas disponíveis em seu registro cadastral (endereço, telefone, e-mail, etc.), a fim de dar publicidade ao ato da nomeação.

Assim, pleiteou a concessão da segurança, a fim de anular o ato administrativo que tornou sem efeito sua nomeação e, com isso, ordenar que a autoridade coatora promova a reabertura do prazo para posse, perícia e exercício da função pública de Gestora de Educação e Segurança de Trânsito do Detran/MS.

Tenho que a segurança deve ser concedida, conforme passarei a elucidar.

Como ressabido, não se presta o mandado de segurança para a defesa de qualquer direito, mas tão somente daquele que se revestir das características de liquidez e certeza (art. 5º, LXIX da CF e art. 1º da Lei 12.016/2009).

Consoante lições de José Afonso da Silva, citando Hely Lopes Meirelles

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável pelo mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante; se sua existência for duvidosa, se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais”¹.

No caso, outra não é a situação.

Como já adiantado na decisão liminar, percebe-se dos documentos juntados com a inicial, em especial o edital de abertura do processo seletivo juntado à f. 28-72, que a cidade de Dourados/MS foi contemplada com uma vaga para o Cargo de Gestor de Educação e Segurança de Trânsito do Detran/MS.

Por sua vez, do Anexo I do Edital nº 26/2011 (f. 74), infere-se que a impetrante efetivamente foi aprovada na 3ª colocação, permanecendo no cadastro reserva.

Sobreveio, então, sua nomeação mediante publicação no Diário Oficial do Estado e, não obstante constar do cadastro interno do Portal Estadual de Concursos todos os dados atualizados da impetrante (telefones, endereço e e-mail, conforme documentos de f. 19-26), verifica-se que o Estado entendeu por bem tornar sem efeito a nomeação, sem prévio contato pessoal com a interessada.

Em casos tais, quando há um lapso temporal razoável entre o último ato relacionado ao certame e aquele que nomeia um candidato, os princípios da publicidade, eficiência e razoabilidade, dentre outros tantos, exigem que a Administração Pública, antes de tornar sem efeito o ato de convocação, proceda com o contato pessoal do interessado, a fim de dar a máxima eficácia ao sentido da criação de um sistema de concurso público.

Ora, se o principal critério para selecionar o melhor candidato cinge-se no seu desempenho individual, não há justificativa no ato de simplesmente abrir mão daquele mais bem classificado, sem antes fomentar o interesse público mediante um contato pessoal.

Até porque, não se pode debitar na conta do candidato eventual desinteresse pelo cargo, quando vários meses se passaram desde o último ato do certame e aquele que o nomeou, mormente porque a realidade dos fatos dista muito do ideal firmado na existência de Diários Oficiais, onde dificilmente os cidadãos os acompanham.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou este entendimento, dando mostras de que, na essência da lei infraconstitucional, a razoabilidade deve sobrepujar a formalidade, a fim de assegurar ao candidato um contato pessoal antes da invalidação da nomeação, especialmente quando há lapso considerável entre um último ato do certame e a convocação.

Veja-se, neste sentido, o seguinte aresto:

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 447.

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL E DIVULGAÇÃO NA INTERNET. LONGO LAPSO TEMPORAL ENTRE A HOMOLOGAÇÃO DO RESULTADO FINAL DO CONCURSO E A NOMEAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. Trata-se na origem de mandado de segurança impetrado pela ora recorrente objetivando o seu direito de tomar posse no cargo público de Educadora Infantil para o qual concorreu, ao argumento de que foi nomeada, contudo, por não ter sido comunicada pessoalmente, só tomou conhecimento de tal ato quando transcorrido o prazo para a apresentação dos documentos.

2. É incontroverso que a nomeação da recorrente foi publicada no sítio www.natal.rn.gov.br/sme, na internet, e no Diário Oficial do Município, órgão de divulgação dos atos do Poder Executivo Municipal, conforme previa o Edital do concurso. Ocorre que transcorreu mais de um ano entre a nomeação (1º.1.2009 - fl. 29) e a data em que foi publicada a homologação do resultado final do certame (28.12.2007 - fl. 29).

3. Ora, caracteriza violação ao princípio da razoabilidade a convocação para determinada fase de concurso público, mediante publicação do chamamento em diário oficial e pela internet, quando passado considerável lapso temporal entre a homologação final do certame e a publicação da nomeação, uma vez que é inviável exigir que o candidato acompanhe, diariamente, durante longo lapso temporal, as publicações no Diário Oficial e na internet.

4. E mesmo não havendo previsão expressa no edital do certame de intimação pessoal do candidato acerca de sua nomeação, em observância aos princípios constitucionais da publicidade e da razoabilidade, a Administração Pública deveria, mormente em face do longo lapso temporal decorrido entre as fases do concurso (mais de 1 ano), comunicar pessoalmente o candidato sobre a nova fase, para que pudesse exercer, se fosse de seu interesse, o exame médico.

5. Recurso especial provido.” (REsp 1308588/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDATURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 22/08/2012)”

Importante observar, por oportuno, que nas informações e defesa o Estado de Mato Grosso do Sul sustentou a tese de que o prazo de 6 (seis) meses não poderia ser considerado longo lapso temporal e, por isso, faleceria ao candidato o direito líquido e certo reclamado.

Assim, restando incontroversa a existência do mencionado período, certo é que se mostraria desarrazoado exigir de qualquer candidato que permanecesse seis meses a fio lendo os Diários Oficiais, tudo a indicar que o fato subsume-se sim ao conceito de “longo lapso de tempo”.

Assim, diante do reconhecido direito líquido e certo de o candidato ser contatado pessoalmente antes da invalidação da nomeação, conceder a segurança pleiteada é medida de rigor.

Dispositivo

Em vista do exposto, diante da comprovação da existência do direito líquido e certo a ser tutelado, com o parecer da PGJ, **concedo** a segurança pleiteada por Rosana da Silva Moutinho para, em confirmando a liminar, anular o ato que tornou sem efeito a nomeação da candidata e, com isso, determinar à autoridade coatora que promova a reabertura do prazo para posse, perícia e exercício da função pública de Gestora de Educação e Segurança de Trânsito do Detran/MS na cidade de Dourados/MS.

Sem custas e sem honorários advocatícios, porque indevidos nos termos das Súmulas nº 105 do STJ, nº 512 do STF e do art. 25 da Lei 12.016/2009.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A SEGURANÇA, RATIFICANDO A LIMINAR, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 4º VOGAL.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Joenildo de Sousa Chaves e Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2012.

2ª Câmara Cível
Agravo n. 0022677-97.2012.8.12.0000 - Dourados
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – PENHORA DE BENS MÓVEIS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA DO EXECUTADO – POSSIBILIDADE – EXCEÇÃO PREVISTA NA LEI 8.009/90 – CONFRONTO ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO DEVEDOR E GARANTIA DE SUBSISTÊNCIA DO ALIMENTADO – PREVALÊNCIA DO ÚLTIMO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A impenhorabilidade dos bens de família, compreendido nestes os móveis que guarnecem a residência do devedor, não se aplica a execução fundada em dívida alimentar, seja proveniente de solidariedade familiar ou de ato ilícito, por força do que dispõe o art. 3, III, da Lei 8.009/90.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de setembro de 2012.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

J. A. dos S.S. interpõe Agravo de Instrumento contra a decisão monocrática proferida pelo juízo *a quo*, nos autos de n. 00009074220128120002 em que contende com G. S. de V., devidamente representado por seu genitor D. M. de V., a qual manteve a penhora constituída sobre os bens que guarnecem a residência da agravante.

Aduz a recorrente, em síntese, que:

1- os bens móveis penhorados são essenciais para suprir suas necessidades básicas, sendo impenhoráveis, nos termos do parágrafo único do art. 1º, da Lei 8.009/90;

2- muito embora se trate de crédito alimentar, a execução se refere a verbas pretéritas.

Recebido o recurso, no efeito devolutivo e suspensivo, determinou-se o regular processamento do feito (f.20).

Devidamente intimado, o recorrido deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (f.24).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por J. A. dos S. S, contra a decisão monocrática proferida pelo juízo *a quo*, nos autos de n. 00009074220128120002 em que contende com G. S. de V., devidamente representado por seu genitor D. M. de V., a qual manteve a penhora constituída sobre os bens que guarnecem a residência da agravante.

Aduz a recorrente, em síntese, que:

1- os bens móveis penhorados são essenciais para suprir suas necessidades básicas, sendo impenhoráveis, nos termos do parágrafo único do art. 1º, da Lei 8.009/90;

2- muito embora se trate de crédito alimentar, a execução se refere a verbas pretéritas.

O recurso não merece provimento.

Infere-se dos autos que o recorrido ajuizou, nesta comarca, uma ação de Execução de Alimentos de n. 0811271-77.2011.8.12.0001.

Observa-se, outrossim, que foi remetida uma Carta Precatória, autos de n. 0000907-42.2012.8.12.0002, ao juízo deprecado e procedida a citação da agravante, sendo que esta deixou de efetuar, no prazo legal, o pagamento do débito alimentar, o que ensejou na penhora dos bens móveis que guarneciam sua residência.

Posteriormente, após impugnação da executada, sobreveio a decisão objurgada; a qual colaciono para melhor elucidação da controvérsia:

“I. Indefiro o pleiteado – f. 30/33 -, pois a impenhorabilidade dos bens de família, estabelecida pela Lei n. 8.009/90, não é oponível ao credor de pensão alimentícia, consoante disposto no art. 3º, inciso III, do referido diploma legal (TJMG. Ag 1.0231.09.161405-8/001. REL. DES. ÁUREA BRASIL. Julgado em 02.02.2012). [...]”.

Pois bem, em que pese, num primeiro momento, a concessão de efeito suspensivo ao recurso, dessume-se que não assiste razão à recorrente, eis que a regra prevista no parágrafo único do art. 1º, da Lei 8.009/90, não se aplica ao caso em concreto, tendo em vista o que dispõe o inciso III, do art. 3º, de referida Lei; ou seja, sendo a dívida de natureza alimentar a impenhorabilidade dos bens móveis não é oponível por expressa estipulação legal.

Assim, à luz desses dispositivos, cumpre anotar que a pensão alimentícia, seja decorrente de relação familiar ou de ato ilícito, está prevista no art. 3º, III, da Lei n. 8.009/90, como hipótese de exceção à impenhorabilidade do bem de família.

Nesse sentido:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. AÇÃO REPARATÓRIA POR ATO ILÍCITO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PENSÃO ALIMENTÍCIA. ONOPONIBILIDADE DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. O comando do artigo 3º, III, da Lei nº 8.009/90, excepcionando a regra geral da impenhorabilidade do bem de família, também se aplica aos casos de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito - acidente de trânsito em que veio a falecer o esposo da autora -, e não apenas àquelas obrigações pautadas na solidariedade familiar, solução

que mostra mais consentânea com o sentido teleológico da norma, por não se poder admitir a proteção do imóvel do devedor quando, no pólo oposto, o interesse jurídico a ser tutelado for a própria vida da credora, em função da necessidade dos alimentos para a sua subsistência. Recurso especial provido.” (REsp 437144/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ 10/11/2003). Destacado.

Ação de indenização. Condenação na prestação de alimentos. Constituição de capital na forma do art. 602, § 1º, do Código de Processo Civil. Alegação de impenhorabilidade com base no art. 1º da Lei nº 8.009/90. 1. A impenhorabilidade com base na alegação de ser o bem dado em garantia para o pagamento dos alimentos, na forma do art. 602 do Código de Processo Civil, de família, não é oponível, movida a execução pelo credor de pensão alimentícia, a teor do art. 3º, III, da Lei nº 8.009/90. 2. Recurso especial não conhecido. (REsp 374332/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/11/2002, DJ 24/02/2003, p. 223). Destacado.

Assim, tratando-se de execução de alimentos, como é o caso dos autos, incabível a alegação de impenhorabilidade dos bens móveis que guarnecem a residência da agravante, porquanto ainda que deva ser respeitada a dignidade da pessoa humana do devedor e de seus familiares, este princípio não deve se sobrepor à garantia de subsistência do alimentado em obter um mínimo necessário para sua sobrevivência.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas lhe nego 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. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juiz Paulo Rodrigues e Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 25 de setembro de 2012.

2ª Câmara Cível**Agravo Regimental n. 0025855-54.2012.8.12.0000/50000 - Campo Grande**
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – CAUTELAR DE ARRESTO – LIMINAR – AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA – OFERECIMENTO DE CAUÇÃO – ARTIGO 816, DO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Na cautelar de arresto, é possível que o magistrado condicione o deferimento da liminar à prestação da caução, quando dispensa da justificação prévia, nos termos do artigo 816, II, do Código de Processo Civil.

Se o agravante limita-se a expender, em sede de agravo interno, os mesmos argumentos utilizados por ocasião de seu recurso, não logrando demonstrar erro ou injustiça da decisão, é de se improver o regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 16 de outubro de 2012.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Condomínio Parque Residencial dos Flamingos interpõe Agravo Regimental contra a decisão monocrática proferida pelo então relator, Des. Paulo Alfeu Puccinelli, nos autos de Cautelar de Arresto de n. 0002419-63.2012.8.12.0001 em que contende com Gilmar Ribeiro da Silva Espólio, o qual negou seguimento ao agravo, por entender adequada a decisão que condicionou o pedido liminar à prestação de caução.

O recorrente, em síntese, aduz que:

1- estando presentes os requisitos autorizadores, a medida liminar deve ser deferida, independentemente do oferecimento da caução, já que não é uma obrigação imposta pela lei ao julgador, mas mera faculdade a sua exigência;

2- mesmo sendo dispensada a justificação prévia, é possível também a dispensa da caução, ante ao aspecto da discricionariedade do juiz frente ao disposto no artigo 816, do Código de Processo Civil.

Por fim, pugna pelo juízo de retratação para que seja dispensado o oferecimento da caução ou, não sendo este o entendimento, que seja o presente recurso submetido a julgamento.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por Condomínio Parque Residencial dos Flamingos visando reformar a decisão proferida pelo então relator, Des. Paulo Alfeu Puccinelli, o qual negou seguimento ao agravo, por entender adequada a decisão que condicionou o pedido liminar à prestação de caução.

Em resumo, o agravante alega que o artigo 816, do Código de Processo Civil, está revestido de discricionariedade, não sendo obrigatório o oferecimento da caução quando dispensada a justificação prévia, ficando ao critério do julgador condicionar a liminar a sua prestação.

A súplica não procede.

Com a devida permissão, vejamos os fundamentos da decisão agravada:

Com efeito, infere-se os autos (fls. 13/16) que o condomínio agravante ajuizou a presente ação cautelar de arresto contra o espólio agravado, na qual pleiteia o deferimento de medida liminar para determinar a constrição judicial do saldo de R\$ 11.837,79 (Onze mil, oitocentos e trinta e sete reais e setenta e nove centavos), oriundo da ação de cobrança de débitos condominiais, na qual são partes os litigantes (autos n. 0032402-35.2997.8.12.0001), isto com o fito de impedir o levantamento dessa quantia.

Como cediço, para a concessão da liminar mister se faz que esteja presentes o *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito invocado) e *periculum in mora* (perigo de demora).

Em sede de juízo de cognição sumária, o juiz singular entendeu por presentes tais requisitos, estando o *fumus boni iuris* consubstanciado na alegação feita pelo então agravante quanto ao inadimplemento das taxas condominiais pelo espólio agravado, no período de fevereiro de 2007 a 10 de julho de 2011, questão que deverá ser melhor esclarecida na ação principal a ser proposta.

Quanto ao *periculum in mora*, salientou esse magistrado que tal requisito não se evidencia nestes autos, visto que não demonstrado o sustentado receio de insolvência do agravado com o levantamento da quantia paga na arrematação do imóvel objeto dos autos n. 0032402-35.1997.8.12.0001.

Contudo, inobstante isso, o magistrado a quo concedeu a liminar pleiteada, mediante a prestação de caução pelo agravante, no valor equivalente a dívida discutida, visto que dispensou a justificação prévia.

Tal proceder está em consonância com o disposto no artigo 816, inciso II, do Código de Processo Civil, como se confere abaixo:

“Art. 816 O juiz concederá o arresto independentemente de justificação prévia:

II – se o credor prestar caução (art. 804).”

Como se vê do dispositivo em questão, dispensada a justificação prévia pelo juiz singular é seu dever e não mera faculdade a exigência de prestação de caução pelo requerente do arresto, aqui agravante”.

Analisando-se o provimento impugnado (f. 75-79), bem como as razões recursais, vejo que os argumentos suscitados pelo agravante não são suficientes para o juízo de retratação, pois compartilho do

entendimento de que, não restando demonstrado nos autos o fundado receio de insolvência do devedor, a caução deve ser prestada, nos termos do artigo 816, do CPC.

Veja-se que, embora o agravante alegue que não é um dever do magistrado condicionar a liminar de arresto ao oferecimento da caução, restando evidenciado que o perigo da demora não ficou demonstrado nos autos, dispensando-se a justificação prévia, poderá exigir a prestação da garantia para deferir a liminar requerida pelo credor.

Destaco, outrossim, que o agravante não trouxe aos autos elementos suficientes para comprovarem a alegada insolvência do devedor, não satisfazendo os requisitos necessários à concessão da liminar sem o oferecimento da caução. Assim, ante a ausência de justificação prévia, deve ser exigida a garantia, conforme determinado pela legislação processual civil em vigor.

Se o agravante limita-se a expender, em sede de agravo interno, os mesmos argumentos utilizados por ocasião de seu recurso, não logrando demonstrar erro ou injustiça da decisão, é de se improver o regimental.

Diante do exposto, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão ora guerreada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência da Exma. Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juíza Maria Isabel de Matos Rocha e Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 16 de outubro de 2012.

2ª Câmara Cível**Agravo Regimental n. 0804090-25.2011.8.12.0001/50000 - Campo Grande****Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues**

EMENTA – NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL – NECESSIDADE POR CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS OU PROTESTO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A comprovação da constituição em mora para efeitos da ação de busca e apreensão, refere-se à ciência do devedor por carta registrada expedida por meio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, com intimação pessoal do devedor em seu endereço, o que não ocorreu, já que se deu apenas por meio de simples carta com aviso de recebimento, sem a fé pública inerente ao Cartório de Títulos e Documentos.

Sendo imprescindível a comprovação da mora, há a ausência de um pressuposto de constituição na ação em tela, sendo portanto correta a extinção do processo determinada pelo juiz a quo, com base no art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, razão pela qual não há que se falar em excesso de formalismo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª 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 outubro de 2012.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Banco Itaucard S/A, nos autos em que contende com Eronildes da Silva, interpôs o presente agravo regimental, no qual, em síntese, sustenta que:

1. a comprovação da constituição em mora não é requisito que enseja a extinção da ação;
2. a mora decorre do vencimento do prazo para cumprimento da obrigação contratada, não sendo requisito necessário a comprovação discutida;
3. a notificação extrajudicial foi expedida para o endereço fornecido pela parte requerida no momento da celebração do pacto, não podendo lhe ser imputada qualquer omissão ou erro, com relação a esse encaminhamento; e,
4. não deve sobrepor ao caso completo, o formalismo excessivo, em detrimento do real cumprimento do fim social e do bem comum, a que a lei se destina.

Ao final, requereu o provimento do recurso para que seja julgada procedente a ação de reintegração de posse.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, insurge-se o recorrente Banco Itaucard S/A, da decisão na qual foi negado provimento ao seu apelo.

Eis o respectivo fundamento:

“A hipótese em exame dispensa o julgamento pelo Órgão Colegiado, por questão de economia processual, conforme determina o art. 557 do Código de Processo Civil, que permite ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou do Tribunal Superior.

Conforme relatado, insurge-se o recorrente da decisão prolatada na ação de busca e apreensão que move em face de Eronildes da Silva, requer seja dado provimento ao recurso anulando a sentença ora guerreada, por estar a recorrida devidamente constituída em mora, sendo por fim, determinada a baixa dos autos para que siga seu trâmite normal.

A sentença do juiz a quo indeferiu a petição inicial com base no art. 295, inciso III, do Código de Processo Civil, considerou que o autor descumpriu requisito indispensável, qual seja, a comprovação da mora, eis que a notificação extrajudicial foi enviada ao endereço da financiada por simples carta com aviso de recebimento, sem a fé pública inerente ao Cartório de Títulos e Documentos, o que constitui defeito insanável.

Da Comprovação da Mora

O artigo 3º, do Decreto-Lei nº 911/69 preceitua que a comprovação da mora do devedor é condição de admissibilidade da ação de busca e apreensão:

“Art.3º O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiros a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou inadimplemento do devedor.”

Por sua vez o §2º, do art. 2º do referido diploma legal dispõe que: “ A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para o pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título a critério do credor.”

A comprovação da mora para efeitos da ação de busca e apreensão, não se confunde com a sua ocorrência que se dá mediante o simples vencimento do prazo para pagamento, mas sim, da ciência do devedor por carta registrada expedida por meio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, com intimação pessoal do devedor em seu endereço.

Desse modo, para que haja a constituição em mora é imprescindível a comprovação de sua notificação extrajudicial pessoal e cartorária, para que seja possibilitado inclusive o pagamento por parte do devedor.

No presente caso ocorre que a notificação extrajudicial realizada pelo banco credor é inválida para o fim a que se destina, pois foi apenas por meio de simples carta com aviso de recebimento, sem a fé pública inerente ao Cartório de Títulos e Documentos.

Nesse sentido colhe-se o seguinte julgado do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. MORA. COMPROVAÇÃO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PROVA DO RECEBIMENTO. NECESSIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, em caso de alienação fiduciária, a mora deve ser comprovada por meio de notificação extrajudicial realizada por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos a ser entregue no domicílio do devedor, sendo dispensada a notificação pessoal. 2. Na hipótese, o eg. Tribunal de origem consigna que a notificação extrajudicial foi remetida para endereço diverso do informado no contrato, de modo que não foi atendido o requisito da comprovação da constituição do devedor em mora, indispensável para o prosseguimento da ação de busca e apreensão.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ- AgRg no Ag 41340937/RS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0146748-5 Relator(a) Ministro RAUL ARAÚJO Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 17/04/2012 Data da Publicação/Fonte DJe18/05/2012).

Da extinção do processo

Segundo a Súmula 72 do STJ que assim prevê: “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.”

Sendo imprescindível a comprovação da mora, há a ausência de um pressuposto de constituição na ação em tela, sendo portanto correta a extinção do processo determinada pelo juiz a quo, com base no art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A segunda Câmara Cível deste Tribunal concorda:

“APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - EXORDIAL LIMINARMENTE INDEFERIDA - PROTESTO DO TÍTULO NO VALOR INTEGRAL DO DÉBITO CONSTANTE DO CONTRATO E NÃO APENAS NO VALOR DA PARCELA - POSSIBILIDADE - NOTIFICAÇÃO DA MORA PELO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS VIA AR - AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DE SEU RECEBIMENTO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. [...] A comprovação da mora é imprescindível para o ajuizamento da ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, nos termos da Súmula 72 do STJ. Não havendo prova de que a notificação expedida pelo Cartório de Títulos e Documentos tenha sido recebida pelo devedor, deve-se extinguir o processo, sem julgamento de mérito. (Apelação Cível - Lei Especial - Nº 1000.068664-4 - Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – 13.05.02 – 3ª Turma Cível)” (grifei)

Ademais, não merece ser acolhida a pretensão recursal manifestada, já que os argumentos trazidos a tona pelo apelante foram insuficientes para demonstrar que a sentença de f.36-38 deve ser reformada.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso, por sua manifesta improcedência.

Verifica-se, no presente, que não assiste razão ao recorrente quanto às suas insurgências, inclusive, sequer o recorrente ataca os fundamentos da decisão monocrática em manifesta contrariedade ao princípio

da dialeticidade, insculpido no artigo 514, do Código de Processo Civil, que exige a relação entre o inconformismo do suplicante e a decisão por último lançada.

Necessidade de Comprovação da Constituição em Mora e as Consequência de sua Ausência

A comprovação da constituição em mora para efeitos da ação de busca e apreensão, refere-se à ciência do devedor por carta registrada expedida por meio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, com intimação pessoal do devedor em seu endereço, o que não ocorreu, já que se deu apenas por meio de simples carta com aviso de recebimento, sem a fé pública inerente ao Cartório de Títulos e Documentos.

Sendo imprescindível a comprovação da mora, há a ausência de um pressuposto de constituição na ação em tela, sendo portanto correta a extinção do processo determinada pelo juiz a quo, com base no art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, razão pela qual não há que se falar em excesso de formalismo.

Assim, face o exposto e fundamentado, nego provimento ao agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juiz Vilson Bertelli e Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 23 de outubro de 2012.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0005456-40.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO – PROVA DO FATO – RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO QUE OFERECE ESTACIONAMENTO À LUZ DA SÚMULA 130 DO STJ – DANOS MORAIS – NÃO COMPROVAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSOS DESPROVIDOS.

“A empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”. (Súmula n. 130/STJ)

O furto de veículo em estacionamento se trata de dissabor que exige a comprovação de eventual dano moral.

Se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 6 de novembro de 2012.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

EBS SUPERMERCADOS LTDA., irrisignado a sentença que, nos autos referentes à ação de reparação por danos materiais e morais movida em seu desfavor por ELIZABET PASCULLI e ESPÓLIO DE LEODÉA SAAB PASCULLI, julgou parcialmente procedentes os pedidos, interpõe recurso de apelação (f. 171-178), objetivando a sua reforma.

Afirma não ser “parte responsável pelos argumentos expendidos na inicial” (f. 176), porquanto alega que a parte autora estava em um restaurante no momento do furto. Nesse contexto, assevera que “as autoras já não estavam no local como cliente da apelante, o que faz sumir o liame consumeirista” (f. 176) [sic].

Obtempera não ser responsável pela administração do estacionamento, de maneira a não ter o dever de reparar eventuais danos decorrentes do furto de veículo.

Segue alegando merecer diminuição o valor da condenação a reparar os danos materiais, haja vista que a própria parte autor reconhece que o veículo “furtado estava com grade quebrada e um risco na lateral esquerda” (f. 177), além do fato de as autoras terem efetuado os reparos dos danos ocorridos no veículo furtado com peças novas.

Formula prequestionamento.

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença, para julgar totalmente improcedente a pretensão.

Intimadas, as autoras não apresentaram contrarrazões, consoante certidão de f. 192.

As autoras, ELIZABET PASCULLI e ESPÓLIO DE LEODÉA SAAB PASCULLI, também interpuseram recurso de apelação (f. 182-189)

Em síntese, pugnam pela procedência do pedido de reparação por danos morais. Garantem não se tratar de mero aborrecimento o fato de ir ao supermercado realizar compras e se deparar com o furto de seu veículo.

Pondera que o “furto de um veículo, por si só, gera abalo emocional provocando sensação de frustração, impotência, insegurança, transtornos como necessidade de utilização de outros meios de transporte” tudo a demonstrar o dano moral.

Ao final pede o provimento do recurso para julgar procedente o pedido de reparação por danos morais, condenando o réu a arcar com a integralidade dos ônus sucumbenciais.

Intimada, a parte ré não apresentou contrarrazões, consoante certidão de f. 192.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. (Relator)

EBS SUPERMERCADOS LTDA., irrisignado a sentença que, nos autos referentes à ação de reparação por danos materiais e morais movida em seu desfavor por ELIZABET PASCULLI e ESPÓLIO DE LEODÉA SAAB PASCULLI, julgou parcialmente procedentes os pedidos, interpõe recurso de apelação (f. 171-178), objetivando a sua reforma.

Afirma não ser “parte responsável pelos argumentos expendidos na inicial” (f. 176), porquanto alega que a parte autora estava em um restaurante no momento do furto. Nesse contexto, assevera que “as autoras já não estavam no local como cliente da apelante, o que faz sumir o liame consumeirista” (f. 176) [*sic*].

Obtempera não ser responsável pela administração do estacionamento, de maneira a não ter o dever de reparar eventuais danos decorrentes do furto de veículo.

Segue alegando merecer diminuição o valor da condenação a reparar os danos materiais, haja vista que a própria parte autor reconhece que o veículo “furtado estava com grade quebrada e um risco na lateral esquerda” (f. 177), além do fato de as autoras terem efetuado os reparos dos danos ocorridos no veículo furtado com peças novas.

Formula prequestionamento.

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a sentença, para o fim de julgar totalmente improcedente a pretensão.

Intimadas, as autoras não apresentaram contrarrazões, consoante certidão de f. 192.

As autoras, ELIZABET PASCULLI e ESPÓLIO DE LEODÉA SAAB PASCULLI, também interpuseram recurso de apelação (f. 182-189)

Em síntese, pugnam pela procedência do pedido de reparação por danos morais. Garantem não se tratar de mero aborrecimento o fato de ir ao supermercado realizar compras e se deparar com o furto de seu veículo.

Pondera que o “furto de um veículo, por si só, gera abalo emocional provocando sensação de frustração, impotência, insegurança, transtornos como necessidade de utilização de outros meios de transporte” tudo a demonstrar o dano moral.

Ao final pede o provimento do recurso para julgar procedente o pedido de reparação por danos morais, condenando o réu a arcar com a integralidade dos ônus sucumbenciais.

Dada a identidade da matéria, passo ao exame conjunto de ambos os recursos.

Como é cediço, no direito privado, a responsabilidade civil, consubstanciada no dever de indenizar o dano sofrido por outrem, provém do ato ilícito, caracterizando-se pela violação da ordem jurídica com ofensa ao direito alheio e lesão ao respectivo titular, conforme a regra expressa do artigo 186 do NCC:

“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Merece destaque a lição proferida pelo Jurista Carvalho Santos:

“Determinando o Código que quem violar o direito, ou causar prejuízo a outrem, ainda que por imprudência ou negligência, fica obrigado a reparar o dano, deixa esboçados os lineamentos gerais da doutrina a aplicar. E o juiz, em seu prudente arbítrio, verificará em cada caso até onde vai a culpa do agente e quando esta desaparece para os efeitos da responsabilidade civil, confundindo-se com o caso fortuito ou a força maior”. (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. III, p. 321).

O direito à reparação do dano depende da concorrência de três requisitos, que estão bem delineados no supracitado artigo, razão pela qual, para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: (a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência; (b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; (c) nexos de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Assim, na eventualidade de não restarem provados esses pressupostos, indevida será a obrigação reparatória.

Apesar da irresignação da parte ré, tenho que a sentença não merece reparos no tanto que julgou procedente o pedido de reparação por dano material, uma vez que na hipótese dos autos, as provas são suficientes para demonstrar o dano, que se configurou com a prova do furto do veículo no estacionamento, a culpa pela ausência de diligência e dever de guarda, e o nexos de causalidade entre a conduta do recorrente e o dano.

Quando o cliente de um supermercado vai às compras, deixando o seu veículo no estacionamento, a prova do furto pode ser feita de forma indireta, ou seja, através da comprovação da propriedade do veículo, da nota de compra do caixa, da ocorrência policial e, ainda, por meio de testemunhas que depõem sobre a natural perplexidade do proprietário ante a constatação da falta do seu bem e/ou pela comprovação de que seu bem efetivamente fora furtado no estacionamento da outra parte.

In casu, o conjunto probatório aponta para a veracidade da ocorrência do furto do veículo descrita na inicial nas dependências do supermercado.

Com efeito, o documento fiscal de f. 17 demonstra que efetivamente o veículo descrito a inicial estava no estacionamento do apelante na data do furto, qual seja, 07.9.2007.

Não fosse o bastante, há prova testemunhal atestando que a parte autora realmente fora ao supermercado com o veículo furtado naquela data:

“[...] “Que sei sobre os fatos reside na informação de terceiros de que o veículo da primeira autora foi furtado no Supermercado Comper, Unidade Jardim dos Estados. Naquele dia vi a autora adentrar no estabelecimento, sendo que eu também lá estava realizando compras. Não sei informar se o veículo foi ou não localizado. Conversei com a primeira autora apenas quando ela me pediu para ser sua testemunha, momento em que ela narrou o acima ocorrido, não tendo perguntado sobre eventual localização posterior do veículo. [...]: No dia cumprimentei a autora no pátio do estacionamento da empresa ré, sendo que adentramos juntas e depois cada uma foi fazer suas compras. [...]: Não sei precisar com exatidão mas o veículo era um Gol ou um Voyage, de cor preta, possivelmente preto ou chumbo. Após cada uma ir fazer suas compras conforme acima narrado, apenas vi a autora depois dentro da loja de longe com carrinho de compras.” ”. (f. 143)

Some-se a isso o que consta do boletim de ocorrência (f. 18-19), lavrado na data do furto, onde fora comunicado à autoridade policial o furto no estacionamento da parte ré.

No ponto, cabível ressaltar que o boletim de ocorrência constitui elemento importante da prova colacionada aos autos. Em que pese tenha a ocorrência policial cunho receptivo, unilateral, diante do contexto probatório no qual está inserida, constitui prova relevante, tanto pelo fato de decorrer uma presunção de veracidade *juris tantum*, como também porque não demonstrada, por melhor prova da parte ré, a sua falsidade. Ademais, consoante relatado na inicial, no dia seguinte ao furto o veículo foi encontrado pelas autoridades policiais.

Aqui, calha salientar que embora a parte ré alegue não ter responsabilidade/legitimidade para reparar danos pelo furto, pois a autora teria efetuado compra em restaurante na mesma data, não estando no supermercado no momento do furto, tal alegação não prospera. Isso porque, consoante incontroverso nos autos, a parte autora se dirigiu ao supermercado e após realizar suas compras, ela teria parado no restaurante para almoçar, aliás, prática bastante comum nesta Capital. Logo, absolutamente demonstrada a relação jurídica entre a parte autora e a parte ré.

Continuando, ainda que inexista relação contratual expressa sobre a guarda do veículo entre as partes, a jurisprudência há muito tem se firmando no sentido de que se trata de um dever instrumental, lateral ou acessório, de conduta, que independe de pactuação expressa, sendo inerente a todas as relações negociais, com especial ênfase nas relações de consumo, como é o caso.

Saliente-se que no momento em que o apelante disponibilizou local para que clientes do supermercado possam deixar seus veículos, produz-se na mente das pessoas uma idéia clara de segurança e conforto para efetuar compras, o que facilita a captação de mais consumidores desse estabelecimento.

De tal sorte, entendo que a obrigação de indenizar radica no âmbito do risco profissional do empreendimento, resultante do proveito auferido, ainda que indireto.

Sobre o tema, eis a Súmula n. 130 do STJ, cujo teor é nesse sentido:

“A empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”.

A rigor, o estabelecimento comercial assume a guarda do veículo do cliente que ingressa em seu estacionamento, independentemente deste ser gratuito, de haver instrumento escrito ou de existir comprovante de entrega do veículo, uma vez que se configura a existência de um contrato de depósito.

Nesse passo, quando o estabelecimento comercial oferece estacionamento a seus clientes, este faz parte inarredável do negócio do fornecedor, e a responsabilidade por danos ou furto no veículo é objetiva, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o tema, Sílvio de Salvo Venosa assim preleciona:

“[...] Aí, enfatizamos que não existe contrato de garagem autônomo quando o posicionamento do veículo em determinado espaço decorre de outro contrato, do qual o estacionamento é parte integrante. Assim ocorre quando o estabelecimento comercial oferece estacionamento a seus clientes. Nesse caso, o estacionamento do veículo faz parte inarredável do negócio do fornecedor e a responsabilidade por danos ou furto no veículo é objetiva, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor. Na terminologia mercantil, podemos dizer que o estacionamento em estabelecimentos comercial integra seu aviamento, fazendo parte do negócio. Pouco importa, nessa hipótese, seja oneroso ou gratuito (...)”. (Direito civil. v. 4, 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 172.)

Logo, afaste-se a argumentação do recorrente no sentido de não ter culpa pelo evento danoso, pois essa é até mesmo dispensável, por tratar-se de responsabilidade objetiva.

Outrossim, não prospera a tese de inexistência de nexo de causalidade, porquanto, ao contrário do defendido pelo apelante, presente o liame que une sua conduta (oferecer estacionamento ao consumidor) e o dano (furto do veículo).

Ressalte-se que ao apreciar caso deveras semelhante, este Tribunal já entendeu pelo dever de reparar o dano material, senão vejamos ementa de julgado de minha relatoria, *in verbis*:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO DE DANOS – FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO – PROVA DO FATO – LUCROS CESSANTES DEVIDOS ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO CONCERNENTE AOS DANOS EMERGENTES – RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO QUE OFERECE ESTACIONAMENTO À LUZ DA SÚMULA 130 DO STJ – APELAÇÃO IMPROVIDA.” (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2006.002614-3 - Terceira Turma Cível – Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – j. em 27.3.2006)

Portanto, comprovado a conduta do apelante e o furto do veículo nas dependências de seu estacionamento, exsurge o dever de indenizar.

Por sua vez, como a parte autora efetivamente fez prova dos gastos existentes para reparar seu veículo (f. 24-29), não deve ser diminuído o valor da reparação, mesmo porque as notas fiscais estão bem detalhadas, demonstrando item por item os gastos efetuados.

No tocante ao **dano moral**, ao contrário do que ocorreu em relação aos danos materiais, a parte autora não demonstrou efetivamente os fatos constitutivos de seu direito reparatório, a teor do que dispõe o art. 333, I, do Código de Processo Civil, não sendo possível presumir qualquer dano à sua dignidade em razão do furto de seu veículo.

A rigor, entendo que o furto de veículo em estacionamento se trata de dissabor que exige a comprovação de eventual dano moral sofrido pela parte, sem o que, não há como existir a reparação.

Desse modo, inexistindo provas de que a parte autora tenha tido sua moral abalada, não há como condenar a parte ré ao pagamento de danos morais, sendo que entendo que o fato aqui ocorrido trata-se de mero aborrecimento, que não tem o condão de ensejar a reparação indenizatória.

Sobre o tema, há vários julgados afastando a existência de dano moral pelo simples fato da ocorrência de furtos de veículos em estacionamento, senão vejamos alguns julgados do TJMG e TJSP, *in verbis*:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. AFASTADA. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MATERIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. - Como regra, a interposição de embargos declaratórios interrompe o prazo para interposição de recurso de apelação. Portanto, o prazo de 15 (quinze) dias previsto no art. 508 do Código de Processo Civil, inicia-se após a publicação da decisão que rejeitou ou embargos. Sendo a apelação interposta neste iterim, é tempestiva. - A antecedência prevista em lei para apresentação do rol de testemunhas deve ser respeitada, sendo que o questionado prazo não pode ser encurtado ou mutilado, em nenhuma hipótese. - Em se tratando de relação de consumo, a falha na prestação do serviço, independentemente da perquirição quanto à culpa, gera responsabilidade objetiva ao fornecedor pelos danos suportados pelo consumidor. - Os danos materiais não se presumem; devem ser cabalmente demonstrados, pois que a indenização se dá nos exatos termos dos prejuízos suportados. - O pedido de indenização por dano moral em decorrência de furto de veículo, quando não demonstrado abalo à moral do autor, mas apenas mero aborrecimento, ainda que se trate de um aborrecimento de maior monta, não merece prosperar. (Apelação Cível 1.0024.09.633269-7/001, Rel. Des.(a) Nicolau Masselli, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/02/2012, publicação da súmula em 29/02/2012)

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SHOPPING CENTER. RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO. SÚMULA 130 DO STJ. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. I - O furto de veículos em estacionamento de empresa acarreta o dever de indenizar os clientes pelos danos suportados. (Súmula 130 do STJ) II - O boletim de ocorrência não gera presunção “iuris tantum” de veracidade de seu conteúdo, devendo ser corroborado por outros elementos dos autos a fim de ser tido como prova do ocorrido, como ocorrido “in casu”, mediante a prova testemunhal. II - À reparação por danos morais exige-se ofensa à honra, imagem ou dignidade da pessoa humana, o que não se vislumbra do furto de veículo estacionado em shopping, por si só, configurando dita situação em mero dissabor. (Apelação Cível 1.0027.08.167179-7/001, Rel. Des.(a) João Cancio, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/05/2012, publicação da súmula em 14/05/2012)

“EMENTA: INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. FURTO DE AUTOMÓVEL EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA RÉ PELO VEÍCULO DADO EM DEPÓSITO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº. 130 DO STJ. VALOR DA REPARAÇÃO, CONTUDO, QUE DEVE SER APURADO EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DIANTE DA COMPROVADA SITUAÇÃO DE BEM RECUPERADO DE SINISTRO. SUCATA DO VEÍCULO RECUPERADA PELA POLÍCIA QUE DEVE SER DISPONIBILIZADA À RÉ À CONTA DO AUTOR. AUSÊNCIA, DE TODA SORTE, DE RESPONSABILIDADE DA RÉ PELOS BENS DEIXADOS NO INTERIOR DO VEÍCULO. CONTRATO DE DEPÓSITO QUE ABRANGE APENAS O AUTOMÓVEL. HIPÓTESE, POR FIM, EM QUE INEXISTENTE PREJUÍZO EFETIVO À HONRA DA VÍTIMA. CONDENAÇÃO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AFASTADA. SUCUMBÊNCIA REPARTIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.” (TJSP - 0027696-18.2011.8.26.0554 Apelação – Rel. Des. Vito Guglielmi – j. Em 27.9.2012)

Logo, não merece reparos a sentença.

Quanto ao **prequestionamento** formulado, 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”. (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, 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”. (Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais, São Paulo: RT, 2001, p. 859)

Do dispositivo.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por EBS SUPERMERCADOS LTDA. e **nego-lhe** provimento. Por sua vez, conheço do recurso interposto por ELIZABET PASCULLI e ESPÓLIO DE LEODÉA SAAB PASCULLI e **nego-lhe** provimento.

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

Trata-se de procedimentos recursais de Apelação interpostos por Ebs Supermercados Ltda, Elizabeth Pasculli e Leodéa Saab Pasculli contra decisão proferida pelo juízo da 14ª Vara Cível desta Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais movido em face de Ebs Supermercados Ltda.

Acompanho o relator para negar provimento ao recurso interposto por EBS Supermercados Ltda, para manter a sentença objurgada que condenou o recorrente ao pagamento de danos materiais resultantes do furto do veículo da parte recorrida que se encontrava dentro do estacionamento da empresa apelante.

Acompanho o relator também para negar provimento ao recurso interposto por Elizabeth PasmMculli e Leodéa Saab Pasculli, para manter a sentença recorrida que entendeu não haver dano moral a ser indenizado.

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

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, 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. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 06 de novembro de 2012.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0009525-50.2011.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – SEGURO DE VEÍCULO – RECUSA DE COBERTURA PELA SEGURADORA PORQUE O CONDUTOR ESTAVA SOB EFEITO DE ÁLCOOL – APLICABILIDADE DO CDC NA INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO – CLÁUSULA LIMITATIVA DA COBERTURA REDIGIDA DE MANEIRA CLARA – CIÊNCIA TOTAL DA COBERTURA PELO CONSUMIDOR – BOA-FÉ DA SEGURADORA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos casos que envolvem relação de consumo, tais como contratos de seguro. Assim, em atenção ao Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47/CDC).

O ordenamento jurídico autoriza a limitação, pela seguradora, da extensão da cobertura do contrato de seguro, devendo as cláusulas limitativas serem redigidas de maneira clara, sob pena de afronta ao princípio da boa-fé contratual.

Se a parte tinha total ciência da perda do direito à indenização da apólice, não há razão para se obrigar a seguradora a arcar com a indenização por conta de fato não coberto, qual seja, sinistro automobilístico ocorrido quando o condutor estava sob efeito de álcool.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª 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, 25 de setembro de 2012.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

RICARDO RORIZ DE SOUZA FILHO, irredimido com a sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos nos autos da *ação de reparação de danos materiais e morais* proposta em face de AZUL COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, interpõe recurso de apelação, objetivando sua reforma.

Nas razões do apelo que traz a este Sodalício (f. 195-198), alega que *“a apelada buscou agasalhar sua tese de defesa em fatos que nada se comunicam com o presente feito, mormente por trazer aos autos cópia de Inquérito Policial de situação diversa onde o Apelante estaria sendo indiciado por dirigir embriagado”*.

Aduz que as testemunhas ouvidas em juízo, quais sejam, os policiais rodoviários federais, sequer deram ao trabalho de conduzir coercitivamente ou não o apelante ao DP mais próximo e ali submetê-lo ao exame de bafômetro ou conduzi-lo ao Hospital mais próximo.

Sustenta que não está se furtando de seguir com a verdade dos fatos, pois chegou a mencionar que ingeriu um copo de cerveja, o que equivale a 1,0 mg/L, sendo que a Lei Seca permite dirigir com teor até 6,0 miligramas de álcool por litro.

Destaca que o entendimento do STJ em situações análogas é no sentido de que apenas o teste de bafômetro ou exame de sangue podem atestar o grau de embriaguez do motorista para aferir sua conduta delitiva, o que não foi constatado nos autos.

Menciona que resta clara a obrigação da seguradora apelada em indenizar o bem segurado, inclusive com danos morais na forma de liquidação de sentença.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, com a reforma da sentença recorrida para fins de se julgar procedentes os pedidos formulados na exordial.

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões (f. 204-216), rechaçando os argumentos apresentados nas razões do apelo, objetivando a manutenção da sentença vergastada.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por RICARDO RORIZ DE SOUZA FILHO, contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos contidos nos autos da *ação de reparação de danos materiais e morais* proposta em face de AZUL COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS.

Nas razões do apelo que traz a este Sodalício (f. 195-198), alega que *“a apelada buscou agasalhar sua tese de defesa em fatos que nada se comunicam com o presente feito, mormente por trazer aos autos cópia de Inquérito Policial de situação diversa onde o Apelante estaria sendo indiciado por dirigir embriagado”*.

Aduz que as testemunhas ouvidas em juízo, quais sejam, os policiais rodoviários federais, sequer deram ao trabalho de conduzir coercitivamente ou não o apelante ao DP mais próximo e ali submetê-lo ao exame de bafômetro ou conduzi-lo ao Hospital mais próximo.

Sustenta que não está se furtando de seguir com a verdade dos fatos, pois chegou a mencionar que ingeriu um copo de cerveja, o que equivale a 1,0 mg/L, sendo que a Lei Seca permite dirigir com teor até 6,0 miligramas de álcool por litro.

Destaca que o entendimento do STJ em situações análogas é no sentido de que apenas o teste de bafômetro ou exame de sangue podem atestar o grau de embriaguez do motorista para aferir sua conduta delitiva, o que não foi constatado nos autos.

Menciona que resta clara a obrigação da seguradora apelada em indenizar o bem segurado, inclusive com danos morais na forma de liquidação de sentença.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, com a reforma da sentença recorrida para julgar procedentes os pedidos formulados na exordial.

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões (f. 204-216), rechaçando os argumentos apresentados nas razões do apelo, objetivando a manutenção da sentença vergastada.

Acerca das circunstâncias fáticas que embasam o pleito, fazem-se necessários alguns esclarecimentos. Consta dos autos que o recorrente, teve seu veículo Fiat Uno Mille Way, cor prata, ano 2011, placa NRH 2660, sinistrado em 13/06/2011 com o veículo VW Fox 1.0, cor prata, ano 2005, placa HSE 5791. Porém, com a ocorrência desse sinistro, teve sua cobertura negada pela Seguradora porque o condutor do veículo segurado estava sob o uso de álcool, e por isso não estaria coberto pelo seguro automobilístico.

O magistrado de instância singela, por conseguinte, julgou improcedente o pedido indenizatório, considerando que no ato da contratação o recorrente teria total noção dos termos do contrato, inclusive no ponto em que afastada a cobertura no caso de o condutor do veículo estiver dirigindo sob a ação de álcool, o que agravou o risco de acidente.

Feitos tais esclarecimentos, verifica-se que o cerne da questão devolvida com o presente recurso cinge-se em saber se é devida a indenização prevista na apólice de seguro firmado entre o apelante e a apelada, especialmente diante da alegada inexistência de cobertura para o caso de condução sob efeito de álcool.

De início, esclareça-se que *in casu* incidem as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor. O artigo 2º do citado *codex* é claro ao consignar que “*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”, enquanto que o artigo 3º disciplina que fornecedor “*é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*”

Já o § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor disciplina que “*serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*”.

Resta evidente, então, a aplicabilidade das normas consumeristas ao caso em tela, haja vista ter sido instaurada entre as partes uma relação contratual de seguro.

Não se pode olvidar que no direito civil brasileiro vige a autonomia de vontade no negócio jurídico, devendo-se observar que essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois enfoques, quais sejam, pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou pelo prisma da escolha da modalidade do contrato.

Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes, estando presente, portanto, o princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual o acordo de vontade faz lei entre as partes. A idéia de força obrigatória dos contratos significa que, uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato e têm direitos e obrigações, não podendo se desvincular a não ser por meio de um outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (acontecimentos fáticos incontroláveis pela vontade do homem). Essa força obrigatória é reconhecida pelo direito e se impõe ante a tutela jurisdicional.

Contudo, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato, conforme dispõem o artigo 6º, incisos

IV e V, e o artigo 51, do CDC, sendo, até mesmo, possível a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, um dos direitos básicos do consumidor.

Não resta qualquer dúvida de que a vedação de prática ou inserção de cláusulas abusivas tem por fim promover a igualdade dos contratantes, 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 CDC são normas de ordem pública, que tutelam interesses sociais, sendo impassíveis de derrogação pela simples convenção dos interessados, salvo se houver autorização legal expressa.

Logo, quando o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 1º, preceitua o estabelecimento de norma de ordem pública e interesse social para reger a relação de consumo, buscou o legislador proporcionar o equilíbrio dentro do qual o consumidor possa se equiparar ao fornecedor, sem que este último se valha de sua vontade para obter vantagens mediante acordos contratuais.

Dessa forma, o contrato em apreço merece ser analisado sob a ótica consumerista, inclusive com a aplicação da regra contida no artigo 47 do alhures mencionado *codex*, que determina que *“as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”*.

Por outro lado, devem ser observadas as regras do Direito Civil no que tange aos contratos de seguro. Nos termos do artigo 757 do Código Civil *“pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”*. E, nos termos do artigo 765 do citado *codex* *“o segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”*.

A boa-fé a que alude o referido dispositivo legal (art. 765/CC) deve ser entendida como a boa-fé objetiva, o que significa que se exige do agente cooperação na consecução dos objetivos do negócio jurídico e constitui elemento de interpretação do contrato, visando à manutenção do equilíbrio contratual e evitando enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

Vale ressaltar, ainda, que o artigo 757 do novo Código Civil permite, de forma expressa, que sejam limitados ou particularizados os riscos cobertos pelo seguro. Em decorrência disso, não responde a seguradora por outros riscos diversos. Vejamos:

“Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.

Vale notar que a particularização desses riscos não implica qualquer abusividade praticada pela seguradora, sendo, na verdade, uma forma de garantir o próprio segurado, já que a Seguradora não poderá deduzir, de termos genéricos contidos no contrato, limitações que não foram apostas de maneira expressa no instrumento contratual.

Transportando-se essas regras para o caso em epígrafe, resta evidente, da leitura da cláusula 11, e (f. 90), a perda do direito ao seguro se o veículo segurado: *“estiver sendo dirigido por pessoa que esteja sob a ação de álcool, drogas ou entorpecentes de uso fortuito, ocasional ou habitual, quando da ocorrência do*

sinistro, devendo, neste caso, a seguradora comprovar o nexo de causalidade entre o estado embriaguez ou o efeito de drogas ou entorpecentes do condutor do veículo e o evento que o provocou os danos.” (grifei)

No presente caso, consta no Termo de Constatação de Embriaguez (f. 32), que o recorrente, apesar de ter se recusado a realizar o teste etilométrico ou do bafômetro, apresentava odor de álcool no hálito, bem como relatou ter ingerido bebida alcoólica, circunstâncias que levaram o agente da polícia federal a notificá-lo por infringir o art. 165, da Lei n. 9.503/97 (f. 33).

Além disso, verifica-se do croqui do Boletim de Acidente de Trânsito (f. 23), que o outro veículo (Fox) estava trafegando na via preferencial quando da ocorrência do sinistro com o veículo do recorrente (Uno) no cruzamento da Avenida Capitão Olinto Mancini com a Avenida Ranulfo Marques Leal, presumindo que o autor não teve a devida atenção ao efetuar o cruzamento por estar sob efeito de álcool.

Como bem afirmado pelo douto juiz de primeira instância:

“a conduta do requerente ultrapassou a mera “falta de atenção”, pois conforme declarado pela testemunha Alessandro Carlos Gomes (fl.123), o semáforo estava com sinal de alerta intermitente, havia festividade nas proximidades do local (Parque de Exposições), o grau de amassamento do veículo não demonstrou alta velocidade e o local do abaloamento possuía sinalização vertical e horizontal, sem restrições de visibilidade, apesar de ser início da madrugada (fl.23).”

Ademais, as duas testemunhas inquiridas em juízo, quais sejam, Alessandro Carlos Gomes e Ewerton Gomes (fs. 123 e 124), afirmaram que o recorrente estava embriagado e que, apesar de ter se recusado a realizar o teste do bafômetro e o exame clínico, apresentava olhos vermelhos, desordem nas vestes, além de ter recusado o atendimento do SAMU, ficando dentro do veículo sinistro até a chegada da sua família.

Dessa forma, é de se concluir, pois, que o consumidor estava sob o efeito de álcool, o que contribuiu efetivamente para o incremento do risco e, conseqüentemente, a ocorrência do acidente.

Logo, sabendo o recorrente que o seguro não cobriria sinistro conduzido por pessoa sob o efeito de álcool, não se justifica o pleito de indenização da apólice de seguro.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença recorrida.

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

Trata-se de procedimento recursal de interposto por contra decisão proferida pelo juízo da nos autos da ação de reparação de danos materiais e morais movida contra .

Acompanho o ilustre Relator destes autos para negar provimento ao apelo, já que devidamente comprovado nos autos que no momento do sinistro o autor estava sob a influência de álcool, o que acarretou na perda do direito ao seguro conforme expressa previsão contratual.

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

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 25 de setembro de 2012.

Órgão Especial

Mandado de Segurança n. 0601580-89.2012.8.12.0000 - Tribunal de Justiça/MS Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. MAGISTRADOS DA INATIVIDADE. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. PARIDADE PLENA. SEGURANÇA DENEGADA, CONTRA O PARECER.

O art. 7º da Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003, ratificada no contexto do art. 3º, parágrafo único, da Emenda Constitucional n. 47, de 05.07.2005, ao estender o mesmo benefício, estabeleceu, para os inativos, a chamada *paridade plena*, isto é, não excepcionou dos proventos da inatividade quaisquer vantagens pecuniárias deferidas a qualquer tempo aos da ativa.

O auxílio-alimentação que foi reconhecido como direito dos magistrado nos termos do Provimento n. 133, de 21.06.2011, e, no âmbito estadual, instituído pela Lei Estadual n. 4.137, de 15.12.2011, é extensivo aos magistrados inativos.

Segurança denegada, contra o parecer.

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, contra o parecer, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de outubro de 2012.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, impetra mandado de segurança com pedido de concessão de liminar contra decisão do EGRÉGIO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL que, atendendo à pedido da ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DE MATO GROSSO DO SUL – AMAMSUL, deferiu aos magistrados sul-mato-grossenses o benefício pecuniário do auxílio-alimentação.

Aduz o impetrante que dito benefício pecuniário, denominado auxílio-alimentação, não se estende aos servidores aposentados por consubstanciar verba de caráter indenizatório, cujo pagamento só beneficia quem ainda estiver na atividade. Nessa linha de conta, também não pode ser deferida aos magistrados aposentados.

Sustenta que a paridade prevista no art. 40, § 8º, da Constituição Federal não assegura aos inativos e pensionistas uma paridade absoluta em relação aos servidores da ativa. De igual modo, art. 7º da Emenda

Constitucional n. 41/2003, também não tem essa pretendida extensão, de modo que não garante, de forma irrestrita e absoluta, o pagamento aos inativos e pensionistas de quaisquer vantagens deferidas aos ativos.

Giza, ainda, o impetrante:

“Consoante se sabe, o auxílio em questão tem como escopo indenizar o servidor público em exercício de sua função pública no que tange à sua alimentação. O pressuposto, pois, para o recebimento da verba é a efetiva atuação em cargo público; vale dizer, seu natural desenvolvimento e concreto exercício.

Enquanto essa atuação perdurar, devido é o auxílio-alimentação. No momento em que deixa o servidor do exercício de sua função pública, é consectário lógico que também cesse o pagamento da verba, na medida em que não há mais o que se indenizar.

O recebimento tem um enlace, estrito e indissociável, com o desenvolvimento e prática da função pública, e de tal viés que findo o exercício, findo também o direito ao recebimento do auxílio. E é nesse ponto que reside o caráter indenizatório da rubrica em questão.

Por isso que é possível, em mandado de segurança, vir a Fazenda Pública estadual pugnar pelo reconhecimento de um ‘direito líquido e certo’. Sim porque é plenamente possível se pontificar que, no caso, há um ‘direito titularizado pelo impetrante, embasado em situação fática perfeitamente delineada e comprovada de plano por meio de prova pré-constituída.’ Ora, no direito sumular o tema resta pacificado” (página 7).

Diz, também, que o art. 65, § 2º, da Lei Complementar Federal n. 35/79 – LOMAN, não contempla o pagamento do benefício pecuniário em questão, de sorte que seu pagamento estaria se dando *contra legem*.

Invoca, ainda, a Súmula n. 680/STF e entendimento jurisprudencial em prol de sua pretensão mandamental.

Pede a concessão da liminar por entender estarem presentes seus requisitos, em especial o *periculum in mora*, isto em virtude dos dispêndios aptos a onerar em demasia os cofres públicos.

A liminar foi indeferida (páginas 61-64).

Requisitadas, as informações foram prestadas pelo Exmo. Sr. Presidente deste Tribunal, nas quais relata que a decisão primeira, de sua lavra, houvera indeferido o pedido, mas que foi revista pelo Egrégio Conselho Superior da Magistratura deste Tribunal de Justiça (páginas 72-82).

A AMAMSUL – Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul ingressou no feito, defendendo o ato impugnado (páginas 83-90).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da segurança (páginas 119-131).

VOTO (EM 17.10.2012)

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. (Relator)

O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, impetra mandado de segurança com pedido de concessão de liminar contra decisão do EGRÉGIO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL

que, atendendo à pedido da ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DE MATO GROSSO DO SUL – AMAMSUL, deferiu aos magistrados sul-mato-grossenses o benefício pecuniário do auxílio-alimentação.

Consoante deixei consignado na decisão indeferitória da medida liminar, o próprio impetrante juntou cópia de um julgado do Supremo Tribunal Federal que encampa tese diametralmente oposta àquela esposada no *mandamus*, o qual assim ficou ementado:

“PROVENTOS - BENEFÍCIO OUTORGADO AO PESSOAL DA ATIVA -EXTENSÃO. A condição indispensável para que certo benefício concedido ao pessoal da ativa seja estendido aos inativos é que tenha sido outorgado após a promulgação da Carta de 1988. O preceito do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal revela a isonomia na plenitude maior, contemplando todo e qualquer benefício” (RE nº 227.331/RS, Segundo Turma, Relator Min. Marco Aurélio, j. 14.03.2000, DJ de 28.04.2000)

A vantagem em comento – auxílio alimentação - foi concedida aos magistrados da atividade depois da promulgação da Carta de 1988.

A lado disso, anoto que o próprio impetrante ingressou com medida no âmbito do Supremo Tribunal Federal objetivando neutralizar o ato impugnado, conforme Reclamação n. 14.164, cujo relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio, que assim se pronunciou ao indeferir liminarmente o seguimento da pretensão:

“2. Descabe emprestar a essa via excepcional os contornos de incidente de uniformização de jurisprudência. A reclamação pressupõe a usurpação de competência do Supremo ou o desrespeito a decisão por ele proferida, o que não ocorre na espécie.

Conforme apontado na própria inicial, tem-se como olvidado acórdão deste Tribunal que implicou a declaração de inconstitucionalidade de norma do Estado do Piauí que dispunha sobre a paridade remuneratória entre membros ativos e inativos do Ministério Público. O pronunciamento não alcançou situação peculiar dos membros da magistratura, sendo certo que não houve sequer consideração da legislação que lhes é aplicável. Em síntese, a reclamação está baseada na transcendência dos motivos determinantes dos atos formalizados e não na inobservância do dispositivo dele constante.

No mais, parte-se de premissa que não se harmoniza com a regência da matéria. Vale dizer: ainda não figura, no cenário nacional, o efeito vinculante para todos os verbetes do Supremo. Assim, sob ambas as ópticas, a medida mostra-se inviável.

Ante o quadro, nego seguimento ao pedido” (decisão proferida em 05.09.2012, DJE n. 181, divulgado em 13.09.2012).

Nesse diapasão, não colhe, então, a alegação do impetrante de que a questão já estaria pacificada no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e em sentido contrário ao que restou decidido no ato vergastado com este *mandamus*, até mesmo porque a Súmula 680/STF, além de não ser dotada de efeito vinculante, não se aplicando ao caso dos autos.

O ato atacado, consubstanciado em acórdão proferido pelo Egrégio Conselho Superior da Magistratura, assim ficou ementado:

“EMENTA – AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO – EXTENSÃO AOS INATIVOS – RECURSO PROVIDO.

Ante a previsão constitucional que estende aos aposentados quaisquer benefícios ou vantagens aos servidores em atividade, sem excepcionar a natureza, o auxílio-alimentação é devido a ambos” (página 53).

O fundamento básico em que se assentou o decisão impugnada com esse *mandamus* reside na norma do art. 7º da Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003, com a seguinte redação:

“Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, *na forma da lei*” (sem destaques no texto original).

Esse dispositivo constitucional estabeleceu, para os inativos, a chamada *paridade plena*, isto é, não excepcionou dos proventos da inatividade quaisquer vantagens pecuniárias deferidas a qualquer tempo ao servidores da ativa.

Essa regra veio a ser ratificada no contexto do art. 3º, parágrafo único, da Emenda Constitucional n. 47, de 05.07.2005, ao estender o mesmo benefício, qual seja, *paridade plena*, ao servidores que vierem a se aposentar com base na nesta última Emenda Constitucional, com a seguinte redação:

“Art. 3º. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

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

II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo” (destacou-se aqui).

Portanto, a EC 41/2003 garantiu a paridade plena aos já inativos; e a EC 47/2005 estendeu o mesmo benefício para aqueles servidores que vierem a se aposentar, desde que tenham ingressado no serviço público até 16.12.1998.

A propósito, vale conferir:

“Também tem que ser respeitada a paridade dos proventos e da pensão com os vencimentos e demais vantagens concedidas aos servidores em atividade, seja para os

benefícios já concedidos na data da Emenda Constitucional nº 41/03, seja para os que já completaram os requisitos para obtenção da aposentadoria ou da pensão nos termos do art. 3º. A Emenda Constitucional nº 47/05 estende o mesmo benefício aos que ingressaram no serviço público até 16-12-98 (data da entrada em vigor da Emenda nº 20/98) e que tenham cumprido os requisitos previstos no art. 6º da Emenda nº 41/03 ou no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005” (conforme Maria Sylvia Zanella di Pietro, in “Direito Administrativo”, SP, Editora Atlas, 2006, p. 553).

E, no ponto, ressalto que, quanto ao disposto no § 8º do art. 40, da Constituição Federal, que, segundo a impetração, não estaria garantido a paridade de vencimentos, ainda que se aquiesça ao entendimento do impetrante, entendo que o exame do referido dispositivo constitucional se afigura irrelevante para o julgamento da pretensão mandamental, uma vez que a matéria é regida por norma distinta, como se viu.

Por sua vez, o auxílio-alimentação foi reconhecido como direito dos magistrado nos termos do Provimento n. 133, de 21.06.2011, que, inclusive, afastou a objeção que estaria, segundo a impetração, no art. 65, da LOMAN – Lei Complementar n. 35, de 14.03.1979, com a seguinte redação:

“RESOLUÇÃO Nº 133, DE 21 DE JUNHO DE 2011.

Dispõe sobre a simetria constitucional entre Magistratura e Ministério Público e equiparação de vantagens.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais;

CONSIDERANDO a decisão do Pedido de Providências nº 0002043-22.2009.2.00.0000, que reconheceu a necessidade de comunicação das vantagens funcionais do Ministério Público Federal à Magistratura Nacional,

CONSIDERANDO a simetria constitucional existente entre a Magistratura e o Ministério Público, nos termos do art. 129, § 4º, da Constituição da República, e a autoaplicabilidade do preceito,

CONSIDERANDO as vantagens previstas na Lei Complementar nº 75/1993 e na Lei nº 8.625/1993, e sua não previsão na LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional,

CONSIDERANDO a inadequação da LOMAN frente à Constituição Federal,

CONSIDERANDO a revogação do art. 62 da LOMAN face ao regime remuneratório instituído pela Emenda Constitucional nº 19,

CONSIDERANDO que a concessão de vantagens às carreiras assemelhadas induz a patente discriminação, contrária ao preceito constitucional, e ocasiona desequilíbrio entre as carreiras de Estado,

CONSIDERANDO a necessidade de preservar a magistratura como carreira atrativa face à paridade de vencimentos,

CONSIDERANDO a previsão das verbas constantes da Resolução nº 14 deste Conselho (art. 4º, I, “b”, “h” e “j”),

CONSIDERANDO a missão cometida ao Conselho Nacional de Justiça de zelar pela independência do Poder Judiciário,

CONSIDERANDO a decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança no 28.286/DF,

RESOLVE:

Art. 1º São devidas aos magistrados, cumulativamente com os subsídios, as seguintes verbas e vantagens previstas na Lei Complementar nº 75/1993 e na Lei nº 8.625/1993:

- a) Auxílio-alimentação;
- b) Licença não remunerada para o tratamento de assuntos particulares;
- c) Licença para representação de classe, para membros da diretoria, até três por entidade;
- d) Ajuda de custo para serviço fora da sede de exercício;
- e) Licença remunerada para curso no exterior;
- f) indenização de férias não gozadas, por absoluta necessidade de serviço, após o acúmulo de dois períodos.

Art. 2º As verbas para o pagamento das prestações pecuniárias arroladas no artigo primeiro correrão por conta do orçamento do Conselho da Justiça Federal, do Tribunal Superior do Trabalho, do Superior Tribunal Militar e da dotação própria de cada Tribunal de Justiça, em relação aos juízes federais, do trabalho, militares e de direito, respectivamente.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação” (in www.cnj.jus.br – destacou-se aqui).

No âmbito do Poder Judiciário deste Estado, o benefício em questão foi instituído conforme Lei n. 4.137, de 15.12.2011, que acrescentou “*dispositivo à Lei n. 1.511, de 5 de julho de 1994, Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Mato Grosso do Sul*”, com a seguinte redação:

Art. 1º. Fica acrescentada ao Capítulo I do Título III da Lei n. 1.511, de 5 de julho de 1994, a Seção X - Do Auxílio Alimentação, contendo o art. 255-B, com a seguinte redação:

“Seção X

Do Auxílio Alimentação” (NR)

“Art. 255-B. Os magistrados perceberão, mensalmente e a título de auxílio alimentação, o valor correspondente a, no máximo, cinco por cento (5%) sobre o subsídio, conforme dispuser o regulamento editado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

E, na hipótese vertente, tenho que o fato de o regulamento ao qual se reporta a lei, qual seja, a Resolução TJMS n. 58, de 18.01.2012, não ter se referido aos magistrados inativos exsurge como irrelevante para o exame deste writ, pois, a meu ver, a reivindicação levada a efeito junto aos órgãos administrativos deste Poder, que ensejou o acórdão impugnado neste mandado de segurança, afigura-se não só justa, mas, principalmente, jurídica, por estar amparada em preceito constitucional, qual seja, da paridade plena entre

proventos de inatividade com os subsídios e as verbas e vantagens da atividade, cuja norma precede ao que contido na Consulta Administrativa n. 00004471-06.2011.2.00.0000/AM, mencionado no writ.

Ante o exposto, denego a segurança, contrariando o parecer.

Sem custas e sem honorários.

O Sr. Des. Josué de Oliveira (1.º vogal)

De acordo com o relator.

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

De acordo com o relator.

O Sr. Des. João Maria Lós (3.º vogal)

De acordo com o relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DA DES.^a TÂNIA GARCIA DE FREITAS BORGES, APÓS O RELATOR e OS DESEMBARGADORES JOSUÉ DE OLIVEIRA, JOENILDO DE SOUSA CHAVES E JOÃO MARIA LÓS DENEGAREM A SEGURANÇA. OS DEMAIS AGUARDAM.

VOTO EM 24/10/2012

O Sr. Des.^a Tânia Garcia de Freitas Borges (4.º vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão posta em apreciação, especialmente porque participei do julgamento do ato atacado, oportunidade em que havia entendido pela impossibilidade de extensão do auxílio-alimentação aos servidores inativos.

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelo Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no deferimento do auxílio alimentação aos magistrados inativos.

Pois bem. Diante dos fundamentos expostos pelo i. Relator, convenci-me de que a denegação da segurança é medida que se impõe.

A EC 41/03 em seu art. 7^o observou o direito adquirido dos aposentados ao prever a manutenção da paridade entre os servidores da ativa e os inativos, quanto aos que já se encontravam aposentados ou já haviam adquirido tal direito até a data da publicação da referida Emenda.

Não se olvide que a Súmula 680 do STF reza que “*o direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos*”, contudo, deve ser observado que os magistrados são agentes públicos com regramento próprio, não lhes sendo aplicados os regramentos atinentes aos servidores

1 Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

públicos em geral, mormente em razão das peculiaridades da função, à qual são inerentes deveres e prerrogativas distintos.

E, sobre esse aspecto, importante salientar que o CNJ, por intermédio da Resolução n.º 133/2011, assim dispôs:

Art. 1º São devidas aos magistrados, cumulativamente com os subsídios, as seguintes verbas e vantagens previstas na Lei Complementar nº 75/1993 e na Lei nº 8.625/1993:

a) Auxílio-alimentação;

Por sua vez, o regramento acima ensejou a Lei Estadual 4.137/11, que assim estabelece:

“Art. 255-B. Os magistrados perceberão, mensalmente e a título de auxílio alimentação, o valor correspondente a, no máximo, cinco por cento (5%) sobre o subsídio, conforme dispuser o regulamento editado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça.”

Verifica-se que tanto a Resolução do CNJ quanto o texto normativo estadual não fazem diferenciação entre os magistrados ativos e inativos.

De outro lado, como sempre afirmei, o estabelecimento de critérios discriminatórios que venham a restringir direitos devem ser interpretados restritivamente, motivo pelo qual entendo imprescindível que qualquer limitação venha precedida de comando legal expresso.

Ante o exposto, acompanho o i. Relator.

Des. Paschoal Carmello Leandro (5.º vogal)

De acordo com o relator.

Des. Sérgio Fernandes Martins (6.º vogal)

De acordo com o relator.

Des. Rubens Bergonzi Bossay (7.º vogal)

De acordo com o relator.

Des. Claudionor Miguel Absz Duarte (8.º vogal)

De acordo com o relator.

Des. João Carlos Brandes Garcia (9.º vogal)

De acordo com o relator.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence (10.º vogal)

De acordo com o relator.

Des. Francisco Gerardo de Sousa (11.º vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E, CONTRA O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Josué de Oliveira, Des. Joenildo de Sousa Chaves, Des. João Maria Lós, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Rubens Bergonzi Bossay, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Carlos Brandes Garcia, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 24 de outubro de 2012.

1ª Seção Cível

Mandado de Segurança n. 0016835-39.2012.8.12.0000 - Tribunal De Justiça/MS **Relator Des. Paschoal Carmello Leandro**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA CONTRA LEI EM TESE – DECRETO ESTADUAL COM EFEITO CONCRETO – PRELIMINAR AFASTADA – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR MEIO DE INTERNET/SHOWROOM E TELEMARKETING – OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – ICMS – CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO – INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL – ORDEM DENEGADA.

É plenamente admitido manejo do mandado de segurança contra Decreto Estadual com efeito concreto e com operatividade imediata.

A arrecadação do ICMS com fulcro no Decreto Estadual n. 13.162/2011 não inova o ordenamento jurídico, pois está conformidade com o disposto no artigo 155, VII, “a” da Constituição Federal de 1988 e artigos 4.º, 11 e 13 da Lei Complementar n. 87/96.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, por maioria, denegar a segurança nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 5 de novembro de 2012.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Happy Star Eventos Ltda – EPP impetra mandado de segurança com pedido liminar contra ato administrativo consubstanciado pela edição do Decreto Estadual n.º 13.162/11, apontando como autoridade coatora o Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul.

Historia acerca das suas atividades, sustentando que as exigências decorrentes do Protocolo 21/2011, estabelecendo novas disposições sobre as hipóteses de incidência do ICMS, ocasiona uma cobrança indevida e ilícita, que são devidamente recolhidas em sua origem. Defende que, quando se aplica em seu desfavor as normas inconstitucionais e ilegais estabelecida no referido protocolo, está a Administração Pública materializando uma condicionante em confronto ao ordenamento jurídico pátrio. Pondera que a exigência fiscal é inconstitucional por ofender regramento de alíquotas com previsão no art.155, §2º, VII, “a” e “b”, da CF. Ao final, requer a concessão da segurança, reconhecendo-se o direito líquido e certo para que não seja exigida a cobrança de ICMS, nos moldes do Protocolo Confaz ICMS n. 21/2011 e Decreto Estadual n. 13.162/2011.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 17-85.

A autoridade coatora, em conjunto com o Estado de Mato Grosso do Sul, prestou informações de fls. 93-140, aduzindo, em sede de preliminar, a carência da ação, devido a impossibilidade de utilização do writ contra lei em tese e com efeitos normativos futuros, representando um salvo conduto judicial para impedir a fiscalização, tributação e retenção de mercadorias ainda nem fabricadas.

No mérito, alega, em suma, que: a) o Protocolo de ICMS CONFAZ n.º 21/2010 e o Decreto Estadual n.º 13.162/2011 buscam garantir justiça fiscal na partilha do ICMS, fortalecer o comércio local, gerar emprego, renda e incrementar a competitividade; b) a venda não presencial ocorre, na realidade, dentro do solo Sul – Mato - Grossense, por esse motivo, a exação seria legal, evitando a burla no sistema tributário de partilha do ICMS estabelecido na Constituição Federal; c) o Protocolo não cria e nem aumenta tributo, tão somente normatiza um entendimento dentro do Sistema Tributário Nacional, consubstanciado nos artigos 116, § único e 127, §2º, ambos do CTN c/c §2º do art. 2º da Lei Kandir, a fim de que o Estado de destino real da mercadoria tenha sua cota parte garantida no sistema de partilha do imposto em análise, salientando que o sujeito passivo da obrigação prevista é a empresa vendedora e não o consumidor final, como equivocadamente se tem entendido.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer (f. 216-226), opinando pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Happy Star Eventos Ltda – EPP contra ato administrativo em razão da publicação do Protocolo do ICMS, de 1º de abril de 2011 e Decreto Estadual n.º 13.162/11, apontando como autoridade coatora o Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul.

Historia acerca das suas atividades, sustentando que as exigências decorrentes do Protocolo 21/2011, estabelecendo novas disposições sobre a hipóteses de incidência do ICMS, ocasiona uma cobrança indevida e ilícita, que são devidamente recolhidas em sua origem. Defende que, quando se aplica em seu desfavor as normas inconstitucionais e ilegais estabelecida no referido protocolo, está a Administração Pública materializando uma condicionante em confronto ao ordenamento jurídico pátrio. Pondera que a exigência fiscal é inconstitucional por ofender regramento de alíquotas com previsão no art.155, §2º, VII, “a” e “b”, da CF.

A autoridade coatora, em conjunto com o Estado de Mato Grosso do Sul, prestou informações de fls. 93-140, aduzindo, em sede de preliminar, a carência da ação, devido a impossibilidade de utilização do writ contra lei em tese e com efeitos normativos futuros, representando um salvo conduto judicial para impedir a fiscalização, tributação e retenção de mercadorias ainda nem fabricadas. No mérito, alega, em suma, que: a) o Protocolo de ICMS CONFAZ n.º 21/2010 e o Decreto Estadual n.º 13.162/2011 buscam garantir justiça fiscal na partilha do ICMS, fortalecer o comércio local, gerar emprego, renda e incrementar a competitividade; b) a venda não presencial ocorre, na realidade, dentro do solo Sul – Mato - Grossense, por esse motivo, a exação seria legal, evitando a burla no sistema tributário de partilha do ICMS estabelecido na Constituição Federal; c) o Protocolo não cria e nem aumenta tributo, tão somente normatiza um entendimento dentro do Sistema Tributário Nacional, consubstanciado nos artigos 116, § único e 127, §2º, ambos do CTN c/c §2º do art. 2º da Lei Kandir, a fim de que o Estado de destino real da mercadoria tenha sua cota parte garantida no sistema de partilha do imposto em análise, salientando que o sujeito passivo da obrigação prevista é a empresa vendedora e não o consumidor final, como equivocadamente se tem entendido.

Por ordem de prejudicialidade analiso inicialmente a preliminar arguida pelo impetrado.

Carência da ação por impossibilidade de utilização do writ contra lei em tese, visando efeitos normativos futuros

Aduz o impetrado, em sede de preliminar, a carência da ação, devido à impossibilidade de utilização do writ contra lei em tese e com efeitos normativos futuros, representando um salvo conduto judicial para impedir a fiscalização, tributação e retenção de mercadorias ainda nem fabricadas.

Evidentemente que a norma impugnada gera efeitos concretos e com operatividade imediata, pois, como visto, a impetrante pode ter algumas mercadorias retidas, decorrentes da obrigação de recolher a diferença de alíquotas do ICMS imposta pelo decreto estadual.

Ademais, quanto às mercadorias futuras, o presente *writ* assume nítido caráter preventivo, não havendo qualquer irregularidade na utilização da via eleita, tampouco no provimento jurisdicional pleiteado.

No mesmo sentido já decidiu esta Corte:

“MANDADO DE SEGURANÇA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA CONTRA LEI EM TESE – DECRETO ESTADUAL COM EFEITO CONCRETO – PRELIMINAR REJEITADA – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR MEIO DE INTERNET/SHOWROOM E TELEMARKETING – OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – ICMS – CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO – INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL – MERCADORIAS APREENDIDAS – CONTRIBUINTE INADIMPLENTE COM O FISCO – LIBERAÇÃO DA MERCADORIA MEDIANTE PAGAMENTO – ATO ILEGAL – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

É admissível a interposição do writ contra Decreto Estadual com efeito concreto e com operatividade imediata [...]” (MS 201.012530-6 – Rel Des. Rubens Bergonzi Bossay).

Assim sendo, rejeito a preliminar suscitada.

Mérito

Quanto ao mérito, o cerne da controvérsia trazida à apreciação, reside na possibilidade da autoridade coatora, por meio do Decreto n.º 13.162 de 27 de abril de 2011, pautado no Protocolo ICMS 21, de 1º de abril de 2011, cobrar a diferença de alíquota do ICMS, nas vendas de mercadorias da impetrante a consumidores finais.

A questão não é nova neste Tribunal de Justiça e, em casos análogos, venho concedendo em parte a segurança no sentido de obstar a retenção de mercadorias.

Extrai-se do Decreto Estadual n. 13.162/2011:

“Art. 1º A parcela do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) de que trata a cláusula primeira do Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011, devida a este Estado nas operações de aquisição, em outras unidades da Federação, de mercadoria ou bem por consumidor final, pessoa física ou jurídica não inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCE), de forma não presencial, por meio de internet, telemarketing ou showroom, se sujeita aos procedimentos de controle, arrecadação e fiscalização estabelecidos neste Decreto. Parágrafo único. O disposto neste artigo: I - aplica-se, inclusive, às operações procedentes de unidades da Federação não signatárias do Protocolo ICMS nº 21, de 1º de abril de 2011 (parágrafo único da cláusula primeira do

referido Protocolo);II – não se aplica às operações:a) com veículos automotores de que trata o Convênio ICMS nº 51, de 15 de dezembro de 2000;b) com mercadoria ou bem:1. sujeitos à imunidade, isenção ou não incidência do imposto;2. destinados à exposição ou demonstração;3. doados a entidade filantrópica, desde que comprovada essa condição;4. recebidos a título de brinde ou prêmio, desde que comprovada essa condição;c) destinados a órgãos e a entidades da Administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Estado, pela União ou pelos Municípios, hipótese em que a liberação da entrada fica condicionada à comprovação da aquisição pelo órgão, pela entidade ou pela fundação destinatários.Art. 2º A parcela do ICMS devido a este Estado nas operações de que trata o art. 1º corresponderá ao valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações internas com a mesma mercadoria ou bem, sobre o valor da operação de aquisição, deduzido do valor equivalente aos seguintes percentuais, aplicados sobre a base de cálculo do ICMS devido na origem:I - 7% (sete por cento), para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo;II - 12% (doze por cento), para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo.§ 1º Aplicam-se os percentuais de dedução estabelecidos neste artigo inclusive nos casos em que o documento fiscal emitido pelo remetente da mercadoria ou bem consignar destaque do ICMS pela alíquota aplicável às operações internas na unidade da Federação de origem.”

No caso em tela, o ato apontado como coator está embasado no Decreto Estadual n.º 13.162/2011, oriundo do Protocolo de ICMS/CONFAZ n.º 21/2011, instituído com o fim de fomentar a arrecadação do ICMS no Estado de Mato Grosso do Sul.

Assim, muito embora o Protocolo n.º 21 do ICMS/CONFAZ não tenha sido feito pela unanimidade dos representantes, tal circunstância não é capaz de invalidar a decisão do Conselho, porquanto a unanimidade dos representantes presentes somente se faz necessária quando a matéria tributária versar sobre concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais.

Em sessão realizada no dia 24/08/2011, o Órgão Especial deste Sodalício apreciou matéria idêntica no Mandado de Segurança nº 2011.013480-0, de relatoria do Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Destarte, em face da similitude da matéria e para evitar tautologia, como razão para decidir, peço vênia para transcrever os motivos e fundamentos consignados no voto proferido pelo e. Des. Rubens B. Bossay, *verbis*:

“[...]

No caso, então, a deliberação do Conselho do CONFAZ foi possível em razão do disposto no inciso III, do artigo 30, do Convênio ICMS 133/97 (Regimento do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ), que prevê decisões do Conselho, por maioria dos representantes presentes, nas demais deliberações.

Deste modo, diante da legalidade do Protocolo n.º 21 do ICMS/CONFAZ, o Estado de Mato Grosso do Sul pode editar o Decreto Estadual n.º 13.162/2011.

Por sua vez, ao analisar as obrigações tributárias definidas no Decreto Estadual n.º 13.162/2011, vê-se que elas não contrariam a Constituição Federal tampouco a Lei Complementar n.º 87/96, porquanto o Decreto Estadual não cria tributo, não modifica alíquotas, nem base de cálculo e, nem altera o sujeito passivo.

No caso, o fato gerador ocorre no local do Estado Consumidor, também denominado de Estado de Destino, pois a circulação da mercadoria ocorre no local onde foi feita a operação, mesmo que tenha sido de modo virtual, como no caso vertente, onde foram feitas através de “e-comércio”.

Por sua vez, analisando a hipótese vertente, vê-se que o fato gerador para efeitos da cobrança do imposto, bem como a definição do estabelecimento responsável pelo recolhimento quando a mercadoria for adquirida através de showroom, telemarketing e internet deve ser feita conforme o disposto no artigo 11, § 3.º, I da Lei Complementar 87/96, ex vi:

“Art. 11. O local da operação ou da prestação, para efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

[...]

§ 3.º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

I – na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação.”

Logo, ao contrário do que afirma a impetrante, o sujeito passivo da obrigação tributária é a empresa que vende ao consumidor final as mercadorias por eles adquiridas através de showroom, internet e telemarketing e, o local do fato gerador é o local em que tenha sido efetuada a operação.

Deste modo, aplica-se o disposto no artigo 155, VII, “a” da CF/88, ou seja, a arrecadação do ICMS deve ser dividida entre o Estado de Origem e o de destino da mercadoria, sendo que o Estado de Destino recebe a diferença entre a alíquota interestadual e a sua alíquota interna.

Aliás, assim dispõe o artigo 2.º e incisos do Decreto Estadual, ex vi:

“Art. 2º A parcela do ICMS devido a este Estado nas operações de que trata o art. 1º corresponderá ao valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações internas com a mesma mercadoria ou bem, sobre o valor da operação de aquisição, deduzido do valor equivalente aos seguintes percentuais, aplicados sobre a base de cálculo do ICMS devido na origem: I - 7% (sete por cento), para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo; II - 12% (doze por cento), para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo. § 1º Aplicam-se os percentuais de dedução estabelecidos neste artigo inclusive nos casos em que o documento fiscal emitido pelo remetente da mercadoria ou bem consignar destaque do ICMS pela alíquota aplicável às operações internas na unidade da Federação de origem. § 2º Para efeito do disposto neste artigo, quando verificado o subfaturamento ou a bonificação ou o desconto injustificado, deve ser: I - observado, no caso de subfaturamento, o preço corrente da mercadoria ou bem no mercado de Mato Grosso do Sul ou o Valor Real Pesquisado, se houver, para apuração da parcela do imposto devido a este Estado; II - desconsiderado o valor relativo à bonificação ou ao desconto injustificado.

Portanto, a arrecadação do ICMS com fulcro no Decreto Estadual n.º 13.162/2011 não inova o ordenamento jurídico, pois está em conformidade com o disposto no artigo 155, VII, ‘a’ da Constituição Federal de 1988 e artigos 4.º, 11 e 13 da Lei Complementar n.º 87/96.

Assim, sendo a alíquota de caráter interestadual, há apenas um recolhimento com divisão do imposto entre os Estados envolvidos na operação. Portanto, não há se falar em bitributação [...]”.

Frente às razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Pelo exposto, contra o parecer, denego a segurança. Sem custas e honorários.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (2º vogal)

De acordo com o relator.

POR MAIORIA REJEITARAM A PRELIMINAR ARGUIDA, NO MÉRITO, A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO FOI ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO DES. CLAUDIONOR.

VOTO EM 05/11/2012

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

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (3º vogal)

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na edição do Decreto n.º 13.162, de 27/04/11, decorrente do Protocolo de ICMS n.º 21/2011, que impôs a obrigação de recolhimento de ICMS neste Estado, na compra de mercadoria realizada pela internet, telefone e telemarketing, ainda que o destinatário seja o consumidor final.

O relator denega a segurança por entender ser legal a exação.

Com a devida vênia, ouso divergir.

O ICMS – imposto sobre circulação de mercadorias, em operações interestaduais, possui um modo peculiar de incidência, baseado na atividade exercida pelo destinatário (caso seja contribuinte do imposto ou não).

A propósito, dispõe o art. 155, parágrafo 2º, inciso VII, “b”, da Constituição Federal, *in verbis*:

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

[...]

VII em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

[...]

Significa dizer que, não sendo o destinatário da mercadoria contribuinte do imposto, uma pessoa física, por exemplo, o tributo será integralmente recolhido ao Estado de origem da operação, de acordo com a alíquota interna.

Nesse sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA¹, acerca da competência dos Estados para a tributação da circulação de mercadorias, leciona:

“Sobre mecanismos de fixação de suas alíquotas em operações ou prestações, interestaduais e de exportação, e sobre alíquotas mínimas e máximas nas operações internas, já nos manifestamos com base no art. 155, § 2º, IV e V, quando tratamos das normas de prevenção de conflitos tributários de competência do Senado Federal, por via de resolução (n. 5, supra), notando-se que, em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: (a) a alíquota interestadual quando o destinatário for contribuinte do imposto, ou seja, quando, por exemplo, o destinatário for um comerciante, um industrial ou um produtor, caso em que a diferença entre aquela alíquota interestadual cobrada pelo Estado de origem e a alíquota interna do Estado do destino será cobrada por este, pois que na técnica do tributo as alíquotas são mais elevadas; (b) a alíquota interna do Estado de origem da mercadoria, quando o destinatário não for contribuinte do imposto, como é o caso, por exemplo, de uma remessa de alguma mercadoria para uma pessoa não comerciante, não industrial ou não produtor, que vai consumi-la por si.” (gn)

Na hipótese em apreço, o protocolo CONFAZ 21/11, subscrito pelo Secretário Estadual de Fazenda, editado pelo Governador do Estado, previu que nas operações realizadas de maneira não presencial, além do recolhimento do tributo no Estado de origem, também será devido o pagamento do imposto ao Estado de destino, dispondo no parágrafo único da cláusula terceira que:

“Cláusula terceira. A parcela do imposto devido à unidade federada destinatária será obtida pela aplicação da sua alíquota interna, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se o valor equivalente aos seguintes percentuais aplicados sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto devido na origem:

[...]

Parágrafo único. O ICMS devido à unidade federada de origem da mercadoria ou bem relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a utilização da alíquota interestadual.

Dessa forma, o protocolo 21/2011 preconiza claramente a adoção de alíquota interestadual, ao passo que a Constituição Federal determina a alíquota interna nesse tipo de operação. Portanto, o protocolo não está em conformidade com o preceito constitucional acima citado, já que nesse tipo de venda aplica-se a alíquota interna do Estado de São Paulo, local de origem das mercadorias.

Importante salientar que, na espécie, há um aumento de 10% (dez por cento) na carga tributária, uma vez que a alíquota interna do Estado de Mato Grosso do Sul é de 17%, que deduzida da alíquota interestadual de 7%, totaliza o pagamento a mais de 10% de ICMS, sendo que o fisco de São Paulo já recolhe 18% de ICMS sobre o valor da operação.

Ressalte-se que no ICMS, modalidade de tributo indireto, toda essa carga tributária é suportada pelo consumidor da mercadoria, já que esses valores são repassados ao adquirente do produto, acarretando impacto significativo aos consumidores locais.

Vê-se, pois, que com esta exação, tem-se verdadeira invasão ao patrimônio do sujeito passivo sem respaldo legal, uma vez que não é dado a protocolos (ato normativo secundário) estabelecer nova hipótese de pagamento de tributo, o que viola o princípio da estrita legalidade tributária, estampado no artigo 150, I, da CF.

¹ Curso de Direito Constitucional Positivo. 18. ed., p. 706.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já consolidou o entendimento acerca da impossibilidade de cobrança da diferença de alíquotas nas operações interestaduais, em que o destinatário for o consumidor final da mercadoria, portanto, em sentido diametralmente oposto ao da imposição contida pelo Protocolo ICMS 21/2011 e Decreto 13.162/2011, conforme segue:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. REGIME ESPECIAL. VALIDADE. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. EXIGIBILIDADE.

[...]

4. O que se veda é a cobrança de diferencial no caso de aquisição por consumidor final que não é contribuinte do tributo estadual (ou seja, que não se sujeita à alíquota interestadual), como é o caso das construtoras que aplicam as mercadorias em suas obras. Não é a situação da recorrente, que é contribuinte do ICMS e, portanto, sujeita-se à alíquota interestadual.

5. Recurso Ordinário não provido.”²

Além disso, não se pode perder de vista que uma mesma causa jurídica está sendo tributada duas vezes por dois entes distintos, configurando o que a doutrina intitula “bitributação”, vedada pela Constituição.

Dessa feita, a pretexto de fiscalização do tributo e no escopo de uma justiça fiscal, buscando a redução das desigualdades regionais, o Estado de Mato Grosso do Sul, ao firmar este protocolo, adere a novas regras que estão em desconformidade com as normas constitucionais, exurgindo o direito líquido e certo da impetrante em não se ver obrigada ao pagamento deste tributo nos moldes estabelecidos pelos indigitados instrumentos normativos.

Além disso, ao estatuir o protocolo que, em relação aos Estados signatários, o Estado remetente da mercadoria fica responsável, na qualidade de substituto tributário, pelo recolhimento do imposto devido ao estado de destino, cria-se hipótese de responsabilidade tributária por meio de instrumento normativo secundário, violando o art. 150, § 7º, da Constituição Federal³, pois imprescindível a elaboração de lei formal para ser legítima a substituição.

Ademais, a exação em tela não se coaduna com o princípio da não-limitação ao tráfego de pessoas e bens inserto no art. 150, V, e da não discriminação baseada em procedência ou destino previsto no art. 152, da CF, visto que o tributo não pode ter como fato gerador a transposição de divisas entre os Estados, sendo certo que a constituição proíbe o tributo que onere o tráfego interestadual, prestigiando a liberdade de comércio e o princípio federativo, sob pena de gerar uma verdadeira guerra fiscal. A nova forma de cobrança do ICMS impede, em último caso, que os consumidores possam livremente exercer o seu direito de escolha, e por mais esse motivo não pode subsistir.

Com efeito, a LC nº 87/96 ao tratar do ICMS, preceitua as hipóteses de incidência e fato gerador do tributo. Precisamente sobre o fato gerador estabelece ser a partir da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, portanto a afirmação da autoridade impetrada de que a relação tributária ocorre no Estado de Mato Grosso do Sul não merece acolhida.

² RMS 31456/MA, 2ª Turma, Min. Herman Benjamin, j. 15.06.2010.

³ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

§ 7º **A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento** de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Outrossim, aduzem as autoridades impetradas que o atual modelo de cobrança do ICMS não condiz com a realidade social, prejudicando os estados menores, sendo necessário readequar a partilha do imposto. Dizem, ainda, que o protocolo apenas aprimora o controle e acompanhamento fiscal.

Todavia, conforme alhures mencionado, a Constituição dispõe que nos casos em que o consumidor final não é contribuinte do imposto, o recolhimento cabe ao ente de origem, de forma que a mudança almejada depende de alteração por meio de processo legislativo próprio, qual seja, emenda constitucional.

Seguindo esta linha, confira-se decisão proferida pelo pleno do STF, que deferiu medida cautelar para suspender os efeitos da Lei n.º 6.041/2010 do Estado do Piauí, que regula matéria semelhante àquela tratada na presente ação:

“CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. LEI 6.041/2010 DO ESTADO DO PIAUÍ. LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (ARTS. 150, V E 152 DA CONSTITUIÇÃO). DUPLICIDADE DE INCIDÊNCIA (BITRIBUTAÇÃO ART. 155, § 2º, VII, B DA CONSTITUIÇÃO). GUERRA FISCAL VEDADA (ART. 155, § 2º, VI DA CONSTITUIÇÃO). MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

[...]

(c) No caso, a Constituição adotou como critério de partilha da competência tributária o estado de origem das mercadorias, de modo que o deslocamento da sujeição ativa para o estado de destino depende de alteração do próprio texto constitucional (reforma tributária).

Opção política legítima que não pode ser substituída pelo Judiciário. Medida liminar concedida para suspender a eficácia prospectiva e retrospectiva (ex tunc) da Lei estadual 6.041/2010. Liminar concedida à unanimidade (STF, ADI 4565/PI)

Da mesma forma, nos autos do ADI 4.705, o Relator, Min. Joaquim Barbosa, deferiu medida liminar para suspender a aplicação da Lei n.º 9.582/2011, do Estado da Paraíba, relativa à exigência de cobrança de ICMS em compras interestaduais feitas pela internet, telemarketing e outros meios não presenciais, tendo sido mantida pelo Presidente do STF. Min. Cezar Pelusso, ao indeferir o mandado de segurança ministro Cezar Peluso, indeferiu Mandado de Segurança n.º 31097, impetrado pelo governador da Paraíba, Ricardo Coutinho.

Recentemente, o plenário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, seguindo essa linha, decidiu:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. DECRETO Nº 12.534/2010 DO ESTADO DA BAHIA. ART. 352-B INTRODUIDO NO RICMS PARA FAZER INCIDIR O IMPOSTO EM COMERCIALIZAÇÃO REALIZADA VIA INTERNET OU TELEMARKEETING. LIMINAR CONCEDIDA. DILIGÊNCIA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO INDEFERIDA. AGRAVOS REGIMENTAIS DO ESTADO DA BAHIA E DO PARQUET PREJUDICADOS, EM FACE DO JULGAMENTO DA AÇÃO. PARTES LEGÍTIMAS. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO PARA APRECIÇÃO DO FEITO RECONHECIDA. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DE EFEITOS CONCRETOS. INTERESSE DE AGIR CONSTATADO. PRESENÇA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E PROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. CRIAÇÃO DE HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA

DO ICMS, COM AUMENTO DE CARGA TRIBUTÁRIA, POR ATO NORMATIVO ILEGÍTIMO. INOBSERVÂNCIA DE REGRAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, DISCIPLINADORES DO IMPOSTO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF. LIMINAR CONFIRMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA”.⁴

Como visto, sob todos os ângulos, a cobrança de alíquota suplementar instituída pelo Decreto 13.162/2011 e Protocolo ICMS 21/2011, se mostra ilegal.

Possibilidade de retenção das mercadorias

Para exigir o pagamento de eventual débito tributário, dispõe a autoridade fiscal de meios próprios e bastante eficazes, constituindo ato arbitrário e eivado de abuso de poder a apreensão da mercadoria como forma de coerção, nos termos da Súmula 323, do Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça milita no mesmo sentido, vejamos:

“O entendimento sumulado no STF por meio dos enunciados 70, 323 e 547, bem como o desta Corte Superior, por meio da Súmula 127/STJ, segue a lógica de que a Fazenda Pública deve cobrar os seus créditos através de execução fiscal, sem impedir direta ou indiretamente a atividade profissional ou econômica do contribuinte.”⁵

Frise-se que este sodalício, nos autos do Agravo Regimental Em Pedido de Suspensão de Liminar n.º 2011.015425-9/0001.00, julgado na data de 20.07.2011, em que fui o relator designado, se posicionou nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR - DECRETO ESTADUAL N.º 13.162/2011 - RETENÇÃO DE MERCADORIA – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DA SÚMULA 323 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO PROVIDO.

O Estado, por dispor de meios legais para efetuar a cobrança do crédito tributário, não pode reter a mercadoria, como forma de coibir o contribuinte a efetuar o pagamento, nos termos da Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal.”

É certo que os impetrados não precisam reter os produtos para a identificação dos contribuintes e confecção dos respectivos autos infracionais, salvo quando elas trouxerem perigo à população ou quando o transporte for feito sem as cautelas necessárias, que não é o caso discutido no processo.

Ressalta-se que não se trata de um salvo-conduto para as mercadorias futuras e indeterminadas que sequer foram fabricadas, consoante alegado nas informações. O fisco não só pode como deve realizar a fiscalização de todos os produtos que adentrarem no Estado de Mato Grosso do Sul, exercendo, desse modo, plenamente, o seu poder de polícia. Ocorre, que para isso, a mercadoria não precisa ser apreendida.

A fiscalização e apreensão de mercadorias são atos distintos e praticados de forma isolada. O que não se admite é a apreensão como subterfúgio para coibir ao recolhimento de tributo, por meio não previsto em lei.

Desse modo, sob hipótese alguma a mercadoria pode ser apreendida.

⁴ Mandado de Segurança n.º 0001334-74.2011.805.0000-0, j. 27.04.12.

⁵ Resp 1069595/DF, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 07.05.09.

DISPOSITIVO

Em face do exposto, com o parecer, concedo a segurança para impedir as autoridades coatoras de procederem a cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS, pautada no Protocolo 21/2011 e Decreto Estadual n.º 13.162/2011, sobre as mercadorias vendidas pela impetrante a consumidores finais, bem como de eventuais multas pela não inserção da Nota Fiscal/Dados da Operação em seus cadastros online – CCE.

Da mesma forma, concedo a segurança para que os agentes de tributos estaduais se abstenham de reter as mercadorias, ainda que para apurar eventual infração tributária.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (4º vogal)

De acordo com o 3º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, REJEITARAM A PRELIMINAR ARGUIDA E, NO MÉRITO, POR MAIORIA, DENEGARAM A SEGURANÇA NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 05 de novembro de 2012.

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 0601565-23.2012.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO – NOMEAÇÃO PARA CARGO EM COMISSÃO NO MESMO ÓRGÃO – SUSPENSÃO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO – ATO ILEGAL – DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Constitui ofensa ao direito líquido e certo do servidor a suspensão de seu estágio probatório e o impedimento de avaliação periódica quando em exercício de função comissionada no mesmo órgão de seu cargo efetivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e, com o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2012.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Viviani Rosa de Souza, devidamente qualificada nos autos, impetrou o presente mandado de segurança contra ato praticado pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na suspensão do estágio probatório no cargo de Analista Judiciária para o qual foi aprovada e tomou posse em concurso público.

Sustenta a impetrante, em síntese, que ingressou nos quadros do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul por meio de aprovação no V Concurso Público de Provas para Provimento de Cargos Públicos da Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul.

Após ser nomeada e tomar posse em seu cargo efetivo, o que ocorreu em 25/1/2012 e 22/2/2012, respectivamente, foi nomeada para o cargo em comissão de Assessora Jurídica de Juiz, atualmente no exercício desta função no Gabinete do Juiz Auxiliar da Vice-Presidência II.

Ocorre que, em razão das alterações promovidas na Lei Estadual n. 3.310/06 (Estatuto dos Servidores Públicos do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul), a impetrante foi comunicada, em 8/8/2012, por meio do memorando n. 161.695.069.0066/2012, sobre a suspensão do interstício do estágio probatório a partir de 14/5/2012, em razão de sua designação para cargo em comissão.

Após a comunicação acima mencionada, a impetrante requereu à autoridade impetrada que fosse retomado o curso de seu estágio probatório. Porém, em resposta, cientificou-se a impetrante do indeferimento do pedido, de modo que a contagem do tempo de estágio probatório estaria suspensa até que a impetrante voltasse a exercer as atribuições próprias do cargo para o qual tenha sido nomeado o servidor (documentos anexos).

Afirma que o ato da autoridade impetrada além de contrariar as normas federais e constitucionais que regem a matéria, e com as quais a lei estadual deve guardar simetria, também obsta o direito da impetrante constitucionalmente garantido de adquirir a estabilidade no serviço público.

Por fim, requer seja concedida a segurança pleiteada, para o fim de permitir que a impetrante seja normalmente avaliada pelo superior hierárquico e que não tenha seu estágio probatório suspenso em razão de ocupar cargo em comissão, nos termos do art. 41, § 4º, da CF e art. 35 da Lei Estadual n. 3.310/2006.

Às f. 40 admitiu-se o processamento do *mandamus*, bem como o Estado de Mato Grosso do Sul como litisconsorte passivo.

A autoridade impetrada apresentou informações às f. 46-49 defendendo a legalidade do ato.

O Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, apresentou defesa de f. 69-75, pugnando pela denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Viviani Rosa de Souza contra ato praticado pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na suspensão do estágio probatório no cargo de Analista Judiciária para o qual foi aprovada e tomou posse em concurso público.

Pretende a impetrante que seja concedida a segurança, para o fim de permitir que seja normalmente avaliada pelo superior hierárquico e que não tenha seu estágio probatório suspenso em razão de ocupar cargo em comissão, nos termos do art. 41, § 4º, da CF e art. 35 da Lei Estadual n. 3.310/2006, ao argumento de que o ato da autoridade impetrada, além de contrariar as normas federais e constitucionais que regem a matéria, e com as quais a lei estadual deve guardar simetria, também obsta o direito da impetrante constitucionalmente garantido de adquirir a estabilidade no serviço público.

A segurança deve ser concedida.

Com efeito, a situação apresentada não é nova nesta Corte. Idêntica questão foi apreciada por este Colendo Órgão Especial no Mandado de Segurança n. 2011.038093-3, de relatoria do Des. Paulo Alfeu Puccinelli, onde a ordem requerida restou concedida à unanimidade, tendo o Colegiado assentado a seguinte ementa:

“EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA NÃO ESTÁVEL – FUNÇÃO DE CONFIANÇA EXERCIDA DURANTE ESTAGIO PROBATORIO – SUSPENSÃO DA AVALIAÇÃO – DIREITO LIQUIDO E CERTO VIOLADO – ORDEM CONCEDIDA.

A avaliação mais do que um dever da Administração é um direito do servidor, mormente no caso dos autos, em que a impetrante continua no exercício de atividades no mesmo órgão de seu cargo efetivo (Poder Judiciário), sendo perfeitamente possível a sua

submissão à avaliação periódica com a aferição de sua capacidade, aptidão e habilidade para o serviço público.”

Como razão de decidir e para evitar tautologia, colhe-se seguinte excerto do voto ensejador de mencionada ementa:

“Analisando os argumentos suscitados pela impetrante como fundamento para o manejo do presente remédio constitucional, entendo que a segurança deve ser concedida.

Como preceitua o artigo 1º da Lei n. 12.016/2009, que regulamenta o Mandado de Segurança:

‘Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça’.

Desta forma, verifica-se que é requisito do mandado de segurança a existência de um direito líquido e certo violado ou na iminência de ser violado por ato ilegal ou abusivo de autoridade.

A respeito do direito líquido e certo, o ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles, leciona que:

‘Direito Líquido e certo é o que se apresente manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não tiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fato ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.’ (Mandado de Segurança – 21ª Edição – Malheiros Editora Ltda – São Paulo/1999 – p. 34-35 - grifei)

No caso em tela, constata-se que o direito líquido e certo alegado pela impetrante consiste no direito a adquirir a estabilidade no serviço público, direito que teria sido violado pela suspensão do interstício do seu estágio probatório a partir de 10.01.2011, data em que começou a exercer função de confiança neste Tribunal.

A autoridade impetrada informa que o ato ora impugnado foi praticado com amparo no artigo 40, da Lei Estadual n. 3.310/66 (Estatuto dos Servidores Públicos do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul), que assim estabelece:

‘Art. 40. No caso de nomeação ou designação para cargo em comissão ou para função de confiança, de ausência ou de afastamento do servidor em estágio probatório por período superior a sessenta dias, a contagem para fins de avaliação será suspensa, recomeçando nova contagem a partir do retorno do servidor às suas atividades inerentes ao cargo efetivo.’

Sobre a estabilidade, dispõe a Constituição Federal no caput e § 4º de seu artigo 41 que:

‘Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo serviço os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

[...]

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.’ (destaquei)

Com efeito, a estabilidade é uma das maiores garantias estabelecidas em favor do servidor público titular de cargo efetivo. Trata-se de garantia constitucional de permanência no serviço público assegurada ao servidor público que tenha cumprido um período de prova, ou seja, ‘é o direito outorgado ao servidor estatutário, nomeado em virtude de concurso público, de permanecer no serviço público após três anos de efetivo exercício, como passou a determinar a EC nº 19/98, que alterou o art. 41 da CF, pelo qual anteriormente era exigido o prazo de apenas dois anos’.

Por sua vez, o tempo anterior à estabilidade é denominado estágio probatório, consistente no ‘período do qual o servidor é aferido quanto aos requisitos necessários para o desempenho do cargo, relativos ao interesse no serviço, adequação, disciplina, assiduidade e outros do mesmo gênero’. Trata-se, portanto, de período em que o servidor ficará sob observação e a Administração apurará a conveniência ou não de sua permanência no serviço público (artigo 33, da Lei Estadual n. 3.310/06), e a avaliação de desempenho é um dos instrumentos para a aquisição da citada garantia.

Essa avaliação indica se o servidor avaliado possui aptidão e capacidade para o desempenho do cargo, atendidos os requisitos de assiduidade e pontualidade, disciplina, aptidão, eficiência e dedicação, comprovados estes, segundo descreve o artigo 35, do próprio Estatuto dos Servidores Públicos deste E. Tribunal de Justiça, ‘mediante a expedição de Boletim de Avaliação do Estágio Probatório, em que será registrado seu desempenho no decorrer do 6º, 12º, 18º, 24º e 30º mês, contados a partir do início do exercício do cargo’.

Além disso, como bem destacado pela Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer, ‘Outrossim, para fins de colheita dos elementos indispensáveis ao exame do desempenho do servidor público em estágio probatório, ninguém mais indicado do que o chefe imediato, que o acompanha no dia a dia, que conhece, de fato, sua conduta funcional’ (fl. 93).

Impende salientar ainda que a função de confiança é uma função autônoma, desvinculada de qualquer cargo ou emprego público, mas que, conquanto também destinada às atribuições de direção, chefia e assessoramento, só pode ser exercida por servidor público do quadro permanente, que ocupa cargo efetivo (art. 37, V, da CF). Ressalte-se que o servidor público em estágio probatório poderá exercer quaisquer cargos de provimento em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento no órgão ou entidade em que se encontra lotado.

Transpondo essas ideias para o caso dos autos, vislumbra-se que o direito líquido e certo da impetrante deflui das normas constitucionais apresentadas pelo artigo 37, I e II e artigo 41, § 4º, e das condições pessoais reunidas pela impetrante, já que é direito do servidor público investido em cargo ou emprego público mediante aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos a submissão à avaliação de desempenho, condição específica para a aquisição da estabilidade, e, tendo a impetrante sido aprovada e nomeada para cargo de provimento efetivo (Analista Judiciário – Área fim, símbolo PJJU-1, tem direito líquido e certo à avaliação de desempenho.

O fato de a impetrante estar no exercício de função de confiança e a regra instituída pela legislação estadual não podem servir de óbice à realização da avaliação de desempenho.

Com efeito, o servidor em estágio probatório não está impedido de exercer quaisquer cargos de provimento em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento no órgão ou entidade de lotação (artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.112/90).

Além disso, a Constituição Federal garante o direito de amplo acesso aos cargos públicos (art. 37, I), desde que preenchidos os requisitos, e o critério de suspensão do interstício do estágio probatório àquele que exerce função de confiança, imposto pela Lei Estadual n. 3.310/06, configura ato transgressor de princípios da isonomia e da ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos, assegurados constitucionalmente.

De fato, a impetrante foi convocada para exercer função de confiança correspondente ao assessoramento de Desembargadora deste Sodalício, condição que, nos termos do parecer ministerial, ‘evidencia que a servidora possui aptidão e capacidade para o desempenho da função invitada e, de conseqüente, do cargo efetivo que conquistou por meio de aprovação em concurso de provas e títulos. Sobremais os requisitos de assiduidade e pontualidade, disciplina, aptidão, eficiência e dedicação, descritos como pressupostos a serem preenchidos na avaliação de desempenho podem ser validamente conferidos pela chefia imediata a que ora está subordinada a servidora, visto que trata-se do exercício de funções dentro do próprio órgão a que se vincula quanto ao cargo efetivo’ (fls. 94-95).

Com efeito, a impetrante foi aprovada para o cargo de Analista Judiciário – Área fim, símbolo PJJU-1, cuja própria definição demonstra a atuação do servidor público em funções rotineiras típicas da área fim do Poder Judiciário, o mesmo ocorrendo com o cargo de Assistente Executivo em Gabinete de Desembargador (cargo que, inclusive, é privativo de servidor efetivo), sendo certo que ambas atividades guardam certa semelhança em boa parte de suas atribuições, o que possibilita, por um lado, a averiguação das aptidões do servidor para o cargo efetivo e, por outro, a permanência da contagem do prazo do estágio probatório.

Assim, não é razoável que a impetrante seja punida por contar com a confiança de seu superior hierárquico, quando não há qualquer óbice para que seja avaliada em relação às funções inerentes ao cargo para o qual prestou concurso público.

Embora haja entendimento jurisprudencial pela suspensão do estágio probatório pelo período em que o servidor público ocupa função de confiança ou cargo em comissão, essa conclusão só se justifica quando presente a premissa de que o servidor, em suas novas funções, exerce atividades incompatíveis com aquelas previstas para o cargo ocupado originariamente após aprovação em concurso público. Situação que, repito, não se faz presente no caso dos autos.

A rigor, mesmo os que entendem pela possibilidade de suspensão do estágio probatório, fazem ressalva expressa no que tange à situação da impetrante, em que as funções do cargo de confiança e do cargo efetivo são correlatas. O julgado n. 0408-96 do TCE-PE bem elucida a situação, senão vejamos:

‘[...] Na hipótese de não haver vedação de natureza legal, a nomeação deste servidor – no curso de estágio probatório, para exercer funções de confiança – implicará a suspensão do período probatório, que só voltará a ser computado a partir do retorno do servidor ao exercício do cargo efetivo. [...] Ressalta-se, por fim, que na hipótese de haver manifesta correlação entre as atribuições do cargo efetivo do servidor, não há que se falar em suspensão do estágio probatório nem da contagem do prazo para em feito de estabilidade funaional.’ (TCE-PE, Decisão T.C. N. 0408/96; 11/04/96 – destaqueei)

Nem poderia ser diferente pois, se o superior hierárquico da impetrante em sua origem possuía condições de avaliá-la para fins estágio probatório, não é menos verdade que a atual chefe da impetrante possua condições de fazê-lo.

Veja-se que a Suprema Corte, inclusive, tem se pronunciado no sentido de que a disposição estatutária que esteja em desacordo com o disposto no artigo 41 da Constituição Federal não produz qualquer efeito. Vejamos:

‘[...] A estabilidade é a garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado por concurso público em caráter efetivo, tenha transposto o estágio probatório de dois anos (art. 100, EC-01/69; art. 41 da CF/88). O estágio, pois, é o período de exercício do funcionário durante o qual é observada e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade. Para esse estágio só se conta o tempo de nomeação efetiva na mesma Administração, não sendo computável o tempo de serviço prestado em outra unidade estatal, nem o período de exercício de função pública a título provisório. [...]

Todavia, embora em razão da autonomia constitucional as entidades estatais sejam competentes para organizar e manter seu funcionalismo, criando cargos e funções, instituindo carreiras e classes, fazendo provimento e lotações, estabelecendo vencimentos e vantagens, delimitando os deveres e direitos dos servidores e fixando regras disciplinares, as disposições estatutárias dos entes federados não podem contrariar o estabelecido na Constituição da República, porque normas gerais de observância obrigatória pela federação. Assim, o instituto da estabilidade, que, a par de um direito, para o servidor, de permanência no serviço público enquanto bem servir, representa para a Administração a garantia de que nenhum servidor nomeado por concurso poderá subtrair-se ao estágio probatório de dois anos. [...]’ (RE 120133, Relator(a). Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 27/09/1996, DJ 29-11-1996 PP-47175 EMENT VOL-01852-03 PP-00447)

Aliás, nesse sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

‘RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. EXONERAÇÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO REGULAR. DECRETO N.º 36.694/93. PREVISÃO DE AVALIAÇÕES SEMESTRAIS. PERIODICIDADE NÃO OBSERVADA. NULIDADE DO ATO DE EXONERAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO.

1 A obrigatoriedade da avaliação periódica no estágio prova se verifica não apenas para fins de aquisição da estabilidade, na medida em que constitui, outrossim, direito subjetivo do servidor de exigir que a Administração proceda às avaliações de conformidade com a lei.

2 Conquanto a periodicidade da avaliação seja definida discricionariamente pela Administração. Uma vez determinada, deve ser fielmente cumprida sob pena de nulidade do ato de exoneração resultante.

3. A avaliação, mais do que um dever da Administração, é um direito do servidor. A periodicidade, in casu, resulta da necessidade de se conferir maior lisura e legitimidade às avaliações.

4. Recurso conhecido e provido para, anulado o ato de exoneração, determinar seja o Recorrente reintegrado ao cargo anteriormente ocupado. restabelecendo-se o status quo ante.’ (RMS 14.064/SP, Rei. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 25/09/2006, p. 278).

Assim, há que se considerar que o estágio probatório é direito subjetivo do servidor, mormente no caso dos autos, em que a impetrante continua no exercício de atividades no mesmo órgão de seu cargo efetivo (Poder Judiciário), sendo perfeitamente possível a sua submissão à avaliação periódica com a aferição de sua capacidade, aptidão e habilidade para o serviço público.

Pensar de modo contrário seria submeter a impetrante em um quadro de indefinição e insegurança jurídica quanto à persistência ou não do vínculo funcional, o que não se admite em um Estado Democrático de Direito.

Nesse aspecto, oportuno transcrever julgado da Suprema Corte a respeito de servidor efetivo que exerce cargo/função de confiança:

‘O funcionário, nesse contexto, revela qualificação notável, tanto que foi convocado para o cargo de confiança, não exerceu o estágio probatório no cargo para o qual prestou concurso, na busca da estabilidade e efetivação. O exercício do cargo de confiança coloca em relevo suas qualidades [...] No estágio probatório, apura-se a aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação, idoneidade mora, eficiência do funcionário. Se aprovou ao Chefe do Executivo manter o funcionário em estágio probatório justo a si, em cargo em comissão, seria contraditório e injusto penalizar o servidor, por não ter ele exercido o cargo original, para o qual prestou concurso.’ (RE 494132/SP; Rel.^a Min.^o Ellen Gracie; 08/06/2010 – São Paulo)

Como dito, a impetrante, embora lotada em Gabinete de Desembargadora, continua a exercer as funções relacionadas ao cargo de Analista Judiciário - Área Fim, justificando, com maior razão, a avaliação funcional.

Isso sem contar o incalculável prejuízo causado à impetrante que, enquanto não declarada estável no serviço público, está impedida de exercer vários direitos, entre eles a possibilidade de se aposentar voluntariamente, e de licença para tratar de assunto pessoal (artigo 134 do Estatuto dos Servidores do Poder Judiciário).

Diante dessas razões, com o parecer, concedo a segurança pleiteada, para o fim de permitir que a impetrante seja normalmente avaliada e que não tenha seu estágio probatório suspenso.”

A propósito, neste mesmo sentido, foi o entendimento esposado por este Colegiado no recente julgamento do Mandado de Segurança n. 0034534-77.2011.8.12.0000, em 08/08/12, cuja relatoria coube ao douto Des. Brandes Garcia.

Nestes termos, a concessão da segurança é medida que se impõe, a fim assegurar à impetrante o direito de ser normalmente avaliada e que não tenha seu estágio probatório suspenso, enquanto ocupante de função comissionada no mesmo órgão de seu cargo efetivo.

Ante o exposto, com o parecer, concedo a segurança pleiteada, para assegurar à impetrante o direito de ser normalmente avaliada e que não tenha seu estágio probatório suspenso, enquanto ocupante de função comissionada no mesmo órgão de seu cargo efetivo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E, COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, DES. RUBENS BERGONZI BOSSAY.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Sérgio Fernandes Martins, 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. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des.^a Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2012.

4ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento n. 0602598-48.2012.8.12.0000 - Três Lagoas****Relator Des. Paschoal Carmello Leandro**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA – PROVENTOS DA APOSENTADORIA – IMPENHORABILIDADE – ART. 649, IV, DO CPC E POSICIONAMENTO DO STJ – FRAUDE À EXECUÇÃO – INOCORRÊNCIA – BEM MÓVEL ADQUIRIDO DE BOA-FÉ – AUSÊNCIA DE REGISTRO DA PENHORA – DESCONHECIMENTO DA INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR – RECURSO PROVIDO.

Nos termos do inciso IV do art. 649 do CPC, bem como do posicionamento do STJ, os proventos de aposentadoria não podem ser objeto de penhora.

Tendo em vista a ausência de penhora sobre o bem móvel alienado, bem como desconhecimento da insolvência do alienante, não há falar em fraude à execução, já que se presume ter o terceiro adquirido o bem de boa-fé, não podendo ser prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª 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, 11 de dezembro de 2012.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

José Francisco Marques Neto agrava de instrumento a decisão proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, que, nos autos da ação de execução fiscal ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, deferiu a penhora de 30% dos proventos de aposentadoria recebido mensalmente pelo executado, ora agravante, bem como penhorou o bem móvel consistente na camionete, marca GM/D20 Conquest, cor branca, ano fabricação/modelo 1992/1992, placa BKV-0382.

Sustenta, em síntese, que os proventos da aposentadoria são impenhoráveis, nos termos do art. 649, IV do CPC. Assevera, outrossim, para que seja reconhecida a legalidade da venda do veículo a terceiro de boa-fé, porque foi realizada antes da penhora, razão pela qual deve ser determinada a liberação da penhora efetuada sobre o mencionado bem móvel.

Instrui com os documentos de f. 17-406.

Admitido o recurso e concedida à medida excepcional (f. 418), requisitou-se as informações, prestadas à f. 422.

O Agravado, apesar de regularmente intimado, deixou de apresentar as contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento manejado por José Francisco Marques Neto contra a decisão proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, que, nos autos da ação de execução fiscal ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, deferiu a penhora de 30% dos proventos de aposentadoria recebido mensalmente pelo executado, ora agravante, bem como penhorou o bem móvel consistente na camionete, marca GM/D20 Conquest, cor branca, ano fabricação/modelo 1992/1992, placa BKV-0382.

Sustenta, em síntese, que os proventos da aposentadoria são impenhoráveis, nos termos do art. 649, IV do CPC. Assevera, outrossim, para que seja reconhecida a legalidade da venda do veículo a terceiro de boa-fé, porque foi realizada antes da penhora, razão pela qual deve ser determinada a liberação da penhora efetuada sobre o mencionado bem móvel.

Inicialmente, cumpre frisar que, apesar do atual processo de execução orientar no sentido de serem aplicados os princípios da celeridade e efetividade na satisfação dos interesses do credor, prevalece, *in casu*, o princípio da dignidade humana do devedor, fundamento da impenhorabilidade absoluta das verbas salariais, conforme dispõe o art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, senão vejamos:

“Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...]

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3o deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça possui o mesmo entendimento, *in casu*:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA ON LINE. PROVENTOS DE APOSENTADORIA DEPOSITADOS EM CONTA-CORRENTE. IMPENHORABILIDADE. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A tese defendida no recurso especial não demanda o reexame do conjunto fático e probatório dos autos.

2. São impenhoráveis os valores depositados em conta destinada ao recebimento de proventos de aposentadoria do devedor. Precedentes.

3. A ausência de argumentos capazes de alterar o teor do julgamento conduz à manutenção da decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

4. Agravo a que se nega provimento” (AgRg no Ag 1331945/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJE 25/08/2011).

“PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA DE VALORES EM CONTA CORRENTE. PROVENTOS DE FUNCIONÁRIA PÚBLICA. NATUREZA ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 649, IV, DO CPC.

1. É possível a penhora “on line” em conta corrente do devedor, contanto que ressalvados valores oriundos de depósitos com manifesto caráter alimentar.

2. É vedada a penhora das verbas de natureza alimentar apontadas no art. 649, IV, do CPC, tais como os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria e pensões, entre outras.

3. Recurso especial provido” (REsp 904.774/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 16/11/2011).

Outro não é o posicionamento desta 4ª Câmara Cível:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – DECISÃO EM QUE SE DETERMINOU PENHORA EM CONTA-CORRENTE DO AGRAVANTE – VERBA SALARIAL – ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 649, IV, DO CPC – PRESUNÇÃO DE QUE A REMUNERAÇÃO TENHA FIM DE SUSTENTO E CARÁTER ALIMENTAR – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Fica obstada a penhora sobre valor cuja natureza salarial é incontroversa, ex vi do art. 649, IV, do CPC, vez que a previsão legal tem por intuito proteger como impenhorável a remuneração do indivíduo, presumindo ser essa indispensável para o seu sustento e sobrevivência.

Não há na lei, outrossim, autorização para penhora de parte da verba salarial, sobre determinado percentual, de vez que, qualquer que seja o percentual indicado, o quantitativo respectivo não perde a sua característica e natureza jurídica originárias, impedientes do ato constitutivo. Recurso provido.” (Ag. N. 2012.002801-2, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, j: 3.4.2012).

“PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – ART. 526 DO CPC – FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPROVANTE DE INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO – CÓPIA DAS RAZÕES APRESENTADA NO JUÍZO SINGULAR – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – PRELIMINAR AFASTADA – IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA – EXEGESE DO ART. 649, IV DO CPC – PENHORA ILEGAL QUE NÃO PODE SUBSISTIR – VALOR REMANESCENTE ORIUNDO DE EMPRÉSTIMO RURAL – AUSÊNCIA DE IMPEDITIVO LEGAL PARA A PENHORA – EFEITO REFLEXO DESEJADO PELA AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DESESTÍMULO À ATIVIDADE PECUÁRIA POTENCIALMENTE OFENSORA AO MEIO AMBIENTE – PENHORA SOBRE O SOBEJO MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A função precípua da norma insculpida no art. 526 do Código de Processo Civil, é a de dar conhecimento ao juiz e à parte agravada das razões de fato e de direito em que se sustenta o recurso.

Tendo a norma alcançado esse desiderato, que visa proteger o agravado, e comprovada a ausência de prejuízo, é de se afastar a preliminar de não-conhecimento que se lastreia nessa exigência.

São absolutamente impenhoráveis os proventos de aposentadoria, em razão da limitação imposta pelo vetor axiológico da dignidade da pessoa humana, em que se fundam as restrições impostas à penhora pelo art. 649 do CPC, em especial no inc. IV, dada a natureza alimentar das prestações, sem as quais faleceriam os meios de subsistência do devedor.

Não são impenhoráveis os créditos oriundos de empréstimo contraído para o desenvolvimento de atividade pecuária potencialmente ofensiva ao meio ambiente, objeto da ação de cumprimento de obrigação de fazer.

Preliminar de não-conhecimento afastada, recurso parcialmente provido” (Agravo - N. 2011.028490-9/0000-00 – Bonito, Relator - Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, 28.02.2012). [destaquei]

Desse modo, tenho que é insubsistente a penhora incidente sobre o percentual de 30% (trinta por cento) dos proventos da aposentadoria do agravante, por ser indispensável à sua subsistência e a de sua família.

Por outro lado, compre saber se a alienação do automóvel descrito acima ocorreu ou não em fraude de execução.

Como se sabe, a fraude de execução é a alienação de bens pelo devedor, na pendência de um processo capaz de reduzi-lo à insolvência, sem a reserva, em seu patrimônio, de bens suficientes a garantir o débito objeto de cobrança.

As hipóteses em que a lei tipifica a existência de fraude de execução são as constantes do art. 593 do Código de Processo Civil, a saber: I – quando sobre os bens alienados pender ação fundada em direito real; II – quando ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; e III – nos demais casos expressos em lei.

Entretanto, no caso vertente, percebe-se que o credor/agravado não demonstrou que o terceiro adquirente tinha conhecimento da insolvência do alienante/devedor (agravante), nem que adquiriu o mencionado imóvel de má-fé, circunstâncias que não podem ser presumidas, mas efetivamente comprovadas.

Ademais, verifica-se dos autos que a alienação do referido bem ocorreu em 07 de março de 2007 (f. 397), ocasião em que não havia nenhuma penhora registrada, sendo que a constrição ocorreu somente em 11 de julho de 2007, evidenciando, assim, que o adquirente do bem é terceiro de boa-fé.

Dessa forma, inexistindo o registro da penhora do bem alienado, bem como prova de que o terceiro adquiriu o veículo de má-fé, não há falar em fraude à execução, conforme tem sido o posicionamento pacífico do nosso Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

“EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE REGISTRO DE PENHORA NO DETRAN. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. SÚMULA 375/STJ. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. 1. A inexistência de inscrição da penhora no DETRAN afasta a presunção de conluio entre alienante e adquirente do automóvel e, como resultado, o terceiro que adquire de boa-fé o veículo não pode ser prejudicado no reconhecimento da fraude à execução. 2. “A jurisprudência pacífica desta Corte inclina-se no sentido de que presume-se a boa-fé do terceiro adquirente quando não houver registro no órgão competente acerca da restrição de transferência do veículo, devendo ser comprovado pelo credor que a oneração do bem resultou na insolvência do devedor e que havia ciência da existência de ação em curso (Precedentes: REsp 944.250/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20.8.2007; AgRg no REsp 924.327/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 13.8.2007; AgRg no Ag 852.414/DF, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ de 29.6.2007).” (REsp 675.361/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25.8.2009, DJe 16.9.2009). 3. Incidência da Súmula 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”. 4. Os embargos de declaração somente são cabíveis nos casos de obscuridade, contradição ou omissão nas decisões judiciais. Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no AgRg no Ag 1168534/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 11/11/2010) (frisei)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 593, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE REGISTRO DA PENHORA DO BEM ALIENADO. ALIENAÇÃO REALIZADA APÓS A CITAÇÃO EM AÇÃO EXECUTIVA. IRRELEVÂNCIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE.

1 - A jurisprudência pacificada no âmbito deste Eg. Superior Tribunal de Justiça, cristalizada na súmula n. 375 desta Eg. Corte, é no sentido de que “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”. 2 - A circunstância de ser a alienação do bem penhorado posterior à citação do executado no processo executivo não gera, por si só, a presunção de que o terceiro adquirente teria conhecimento da demanda e, em consequência, de sua má-fé. Precedentes. 3 - Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no Ag 922898/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 25/08/2010) (destaquei)

Diante disso, é evidente que o adquirente é terceiro de boa-fé, uma vez que adquiriu o imóvel muito antes do registro da penhora, não podendo, portanto, ser lesado.

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para tornar insubsistente a penhora incidente nos proventos da aposentadoria do agravante, bem como determinar a desconstituição da penhora que recaiu sobre o veículo camionete, marca GM/D20 Conquest, cor branca, ano fabricação/modelo 1992/1992, placa BKV-0382.

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. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Josué de Oliveira.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2012.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0000421-65.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – UNIMED – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRELIMINAR REJEITADA – RECUSA NA LIBERAÇÃO DE TRATAMENTO – IMPOSSIBILIDADE – CDC – HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR – DESVANTAGEM – PRESCRIÇÃO DE TRATAMENTO POR MÉDICO ESPECIALISTA E RESPONSÁVEL PELO PACIENTE – RECURSO IMPROVIDO.

Em se tratando de matéria unicamente de direito, e havendo elementos nos autos capazes de formar o livre convencimento do julgador, não há falar em cerceamento de defesa, diante do julgamento antecipado da lide.

Nos termos do art. 51 do CDC, são nulas as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

A recusa da cooperativa na liberação de tratamento, justificada pelo parecer de sua junta médica que não recomenda o determinado tipo de tratamento do cooperado, não pode prevalecer sob a prescrição do médico especialista responsável pelo paciente.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de outubro de 2012.

Des. Rubens Bergonzi Bossay - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico, inconformado(a) com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer proposta por Patricia Tatiana Soler, interpõe apelação cível, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa, uma vez que a antecipação do julgamento impediu a produção de outras provas no sentido de qualificar, separar e conceituar os fatos médicos científicos, contratuais e legais que envolvem a demanda e sua relação com a legislação aplicável, gerando lacunas que refletiram no julgamento proferido.

Afirma que restou demonstrado que a exclusão da cobertura de tratamento clínico ou cirúrgico experimental está prevista na legislação federal, através dos seguintes dispositivos: art. 10, I, e §4º, da Lei

n. 9.656/98; bem como no inciso III, do art. 4º e inciso II, do art. 10, ambos da Lei n. 9.961/2000, art. 13 da Resolução Normativa nº 167, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Assevera que o tratamento quimioterápico com esquema TAC é muito nocivo e tóxico à saúde dos pacientes, razão pela qual deve ser utilizados exclusivamente em casos de câncer de mama e axila positiva e somente em pacientes com 1 a 3 gânglios positivos, o que não é o caso da apelada que não possui nenhum gânglio positivo.

Aduz que quem paga a conta é o Governo ou a Operadora de Plano de Saúde, ocorre que, por consequência lógica, se o consumidor e, principalmente, se o Judiciário não avaliar os litígios com parcimônia o sistema é sobrecarregado.

Requer seja dado provimento ao recurso.

Em contrarrazões, o(a) apelado(a) manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou “**procedente o pedido inicial, para confirmar a antecipação de tutela deferida às f. 35-36, condenando a requerida em suportar as despesas e o fornecimento de tudo o necessário ao tratamento quimioterápico prescrito pelo especialista a serem ministradas junto ao CEON (Centro Especializado em Oncologia), onde a autora já realiza o tratamento.**”

Tratando-se de obrigação de fazer a multa-diária pelo não cumprimento é de R\$ 1.000,00 (um mil reais), eis que já houve a implementação com o deferimento da antecipação de tutela.

Condeno a requerida ao pagamento das custas e honorários advocatícios que arbitro em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º do CPC.”

De início, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa alegada pela apelante, sob argumento de que o julgamento antecipado do feito impossibilitou o pleno exercício de sua defesa, mormente no tocante à possibilidade ou não de utilização do tratamento chamado TAC, ou seja, a associação de Taxotere, Adrimicina e Clifosfamida, no caso da doença da autora.

Isto porque, o julgamento antecipado da lide deu-se nos termos do artigo 330, I do CPC, que estabelece que em se tratando de matéria unicamente de direito, como é o caso dos autos, pode o juiz conhecer diretamente do pedido, proferindo sentença.

Em sendo assim, em se tratando de matéria unicamente de direito, e havendo elementos nos autos capazes de formar o livre convencimento do julgador, não há falar em cerceamento de defesa, diante do julgamento antecipado da lide.

Neste sentido já manifestou entendimento o STJ:

“Deveras, é cediço nesta Corte que incorre cerceamento de defesa quando desnecessária a produção da prova pretendida (REsp 226064/CE, Rel. Ministro Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 24.06.2003, DJ 29.09.2003), impondo-se o julgamento antecipado da lide em que se controverte apenas sobre matéria

de direito, em obediência aos princípios da economia e da celeridade processuais. (REsp 324.098/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 21.03.2002, DJ 29.04.2002; e REsp 337.785/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04.12.2001, DJ 25.03.2002)”.
Rejeito pois, a preliminar.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, ao caso em comento, aplicam-se as regras do Código de Defesa do Consumidor, eis que a apelante encontra-se inserida no conceito de fornecedora.

Reza o *caput* do art. 3º da lei consumerista, *in verbis*:

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como seus entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exploração, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Ao comentar o referido dispositivo legal, Luiz Antonio Rizzatto Nunes preleciona o seguinte:

“A leitura pura e simples do *caput* do art. 3º já é capaz de nos dar um panorama da extensão das pessoas enumeradas como fornecedoras. Na realidade são todas pessoas capazes físicas e jurídicas, além dos entes desprovidos de personalidade.

Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedoras as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.” (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, Editora Saraiva, 2007, pág. 109)

Neste sentido já decidiu reiteradamente esta Corte:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PLANO DE SAÚDE – CASSEMS – ALTERAÇÃO UNILATERAL – LIMINAR – IMPEDIMENTO E/OU SUSPEIÇÃO – NÃO-CONHECIMENTO – EXISTÊNCIA DE DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO – ACESSO À SAÚDE – RELEVANTE INTERESSE SOCIAL E IMPORTÂNCIA DO BEM JURÍDICO A SER TUTELADO – RELAÇÃO DE CONSUMO – TUTELA ESPECÍFICA – CONCESSÃO – EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS – RECURSO IMPROVIDO.

[...]

As pessoas jurídicas de direito privado, com fim lucrativo ou não, que operam planos de assistência à saúde, mediante serviços de forma continuada e remunerada, subsomem-se no conceito de fornecedores, e, assim sendo, os contratos por elas firmados devem se submeter às regras do Código de Defesa do Consumidor. (...). (TJMS – Agravo n. 2003.007026-5 – Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, 3ª Turma, j. 28.10.2003). (destaquei) (destacado)

Assim, aplicáveis ao caso presente as regras consumeristas.

Compulsando os autos, em f. 18 TJMS, vê-se que a recusa da requerida em autorizar o tratamento da paciente mediante a utilização da medicação prescrita pelo médico oncologista responsável pelo tratamento da autora, está pautada na opinião de sua Junta Médica no sentido de que o tratamento TAC somente é

utilizado em casos de câncer de mama e axila positiva e em pacientes com 1 a 3 gânglios positivos, não sendo o caso da apelada.

Ocorre que, em que pese o parecer da consultoria apresentado pela Unimed como justificativa para a recusa na autorização do tratamento da autora, não merece guarida.

Como bem salientado pelo magistrado singular:

“[...]”

As alegações da requerida não foram demonstradas nos autos.

Exceto no parecer formulado pelos médicos auditores da própria ré (fls. 134-138,) não há nada que confirme o caráter experimental daquele esquema de quimioterapia ou, ainda, que a utilização de tal medicamento causaria algum risco à saúde da autora.

Aliás, no caso em apreço, somente a comprovação da existência de riscos à saúde da requerente levaria à rejeição do pedido.

De outro lado, contra tudo isto, está a última opção da demandante a fim de ver preservado seu direito à saúde e à vida.

A autora, desde o ano de 2006, vem sofrendo os efeitos da doença, realizando quimioterapia, radioterapia e cirurgia de quadrantectomia (retirada parcial da mama esquerda), fatos inclusive confirmados e custeados pela ré, segundo se infere do parecer de f. 134 e ss. Ocorre que tais esforços não foram suficientes para a verificação de alguma melhora. Como dito, em 2008, o câncer recidivou, evoluindo para o sacro e pulmões.

O especialista, diante da idade da demandante e da agressividade da doença, apontou como único meio de estagnar a evolução da mazela, a utilização de esquema de quimioterapia diverso do que estava sendo ministrado (prescreveu o esquema TAC), justamente em razão dos benefícios advindos da associação daqueles medicamentos no tratamento de pacientes com câncer de mama de alto risco (f. 17), e contra isso a ré não pode se opor.

A enfermidade da autora é de alto risco, pois além das próprias características da doença, a evolução acabou por atingir órgãos vitais (pulmões). Negar a autora neste momento a única alternativa viável para ver-se curada da patologia que lhe atinge é ir contra a vida.

Frise-se que nenhuma outra opção foi apontada, nem mesmo pela requerida, que limitou a apresentar tanto no parecer, como na peça de defesa, de forma desarrazoada frente a situação vivenciada pela demandante, justificativas sem relevo para sua negativa em custear o tratamento prescrito.

Anote-se, por fim, que a cláusula contratual prevendo o não fornecimento de medicamento experimentais tem incidência limitada e no caso da autora o que se busca não é a só utilização de medicamento não regulamentado ou em fase de experimentação. O tratamento prescrito utiliza medicamentos já consolidados. A associação daquelas drogas é que seria alegadamente experimental. ”

Dessa forma, tem-se que em havendo prescrição do médico especialista responsável pelo tratamento do paciente acerca da utilização de determinado medicamento, não cabe à recusa da requerida de autorizar o tratamento, devendo ser considerada nula de pleno direito a cláusula que prevê a não cobertura de

determinados medicamentos para o tratamento dos pacientes, sob pena de colocar o consumidor em desvantagem exagerada.

Neste sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva.

1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ. RESP 668216 /SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. J: 15.3.2007).

Pelo exposto, conheço do recurso, rejeito a preliminar e, no mérito, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 16 de outubro de 2012.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 02.2010.8.12.0002006736-7 - Dourados
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossa

E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA – PERÍODO DE CARÊNCIA – CÓDIGO DE DEFESADO CONSUMIDOR – TEMPO EXCESSIVO – CLÁUSULA ABUSIVA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ - RECURSO IMPROVIDO.

É abusiva a cláusula prevista no contrato de seguro de vida que impõe um período de carência de 02 (dois) anos, para os casos de morte natural quando idoso o segurado, por gerar um desequilíbrio injustificável entre as partes contratantes.

É direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os serviços, assim como a especificação correta de todos os elementos do contrato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª 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, 11 de dezembro de 2012.

Des. Rubens Bergonzi Bossay - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Bradesco Vida e Previdência S/A, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nos autos da Ação de Cobrança que lhe move Helena Maria Venâncio Inocêncio, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para condenar a parte apelante a pagar à apelada a importância de R\$ 102.517,40 (cento e dois mil, quinhentos e dezessete reais e quarenta centavos), corrigido monetariamente pelo IGPM-FGV desde a negativa do pagamento pela seguradora e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação. E, ainda, condenando o apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes em 10% sobre o valor da causa corrigido desde a propositura da ação.

O apelante argumenta que ao contrário do que fundamentou o Magistrado, não deve ser mantida a sentença que entendeu ser abusiva a cláusula contratual que prevê uma carência de 02 (dois) anos para que a beneficiária tenha direito ao recebimento do pecúlio por morte natural.

Explica que não é abusiva a cláusula que prevê um prazo de carência de dois anos, para efeito de pagamento da cobertura para morte natural, até porque seu conteúdo é de fácil compreensão, tendo concedido amplas possibilidades ao participante de entender seus direitos quando da adesão ao Plano.

Alega que a cláusula que prevê a carência está em estrita consonância com a legislação civil aplicável, bem como com o Código de Defesa do Consumidor.

Assegura que, caso o falecido participante não concordasse com os termos e condições do contrato, poderia declinar da contratação, mesmo porque o contrato de adesão não pressupõe obrigação do contratante em formalizar a avença proposta.

Sustenta que não é abusivo estabelecer período de carência para efeito de pagamento de indenização ou benefício.

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença, por restar incontroverso que o participante teve prévio conhecimento das cláusulas contratuais, de maneira a exonerar a recorrente do pagamento dos benefícios em favor da apelada.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Bradesco Vida e Previdência S/A, por não se conformar com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2.^a Vara Cível da Comarca de Dourados, nos autos da Ação de Cobrança que lhe move Helena Maria Venâncio Inocência, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para condenar a parte apelante a pagar à apelada a importância de R\$ 102.517,40 (cento e dois mil, quinhentos e dezessete reais e quarenta centavos), corrigido monetariamente pelo IGPM-FGV desde a negativa do pagamento pela seguradora e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação. E, ainda, condenou o apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes em 10% sobre o valor da causa corrigido desde a propositura da ação.

O apelante argumenta que ao contrário do que fundamentou o Magistrado, não deve ser mantida a sentença que entendeu ser abusiva a cláusula contratual que prevê uma carência de 02 (dois) anos para que a beneficiária tenha direito ao recebimento do pecúlio por morte natural.

Explica que não é abusiva a cláusula que prevê um prazo de carência de dois anos, para efeito de pagamento da cobertura para morte natural, até porque seu conteúdo é de fácil compreensão, tendo concedido amplas possibilidades ao participante de entender seus direitos quando da adesão ao Plano.

O recurso não merece provimento.

Vinha adotando o entendimento de que não é abusiva a cláusula que prevê período de carência para contrato de seguro de vida. Entretanto, após reanalisar os fatos, a jurisprudência desta Corte e a do Superior Tribunal de Justiça, tenho que agiu com acerto o magistrado ao considerar o prazo de carência de 24 meses abusivo, e condenar o apelante ao pagamento das apólices à apelada.

Ao cotejar os autos, denota-se que o esposo da apelada, Sr. Ademar Inocência, realizou dois contratos de seguro de vida (n.ºs 3252976 e 3001224), em 15/08/2007 e 28/09/2007, e, deixando como beneficiária a ora apelada.

Sucedeu, que em 06/07/2009, o esposo da apelante faleceu com 62 anos de idade, e de acordo com a certidão de óbito, a causa da morte foi insuficiência múltipla dos órgãos – HIC – Tumor Maligno SNC. (f.13)

A apelada requereu o benefício previsto nos contratos. Entretanto, em 20 de agosto de 2009, a empresa apelante informou que não poderia efetuar o pagamento dos benefícios de pecúlio das propostas 32-3252976 e 32-3001224, pois o participante dos contratos faleceu por motivo natural dentro do período de carência. (f.25)

De acordo com o comunicado feito pelo apelante, o benefício não pode ser entregue, uma vez que não foi cumprido o período de carência de 2 (dois) anos previamente estabelecido.

Ao analisar os contratos feitos pelo participante, denotam-se as seguintes cláusulas:

“ - O resgate poderá ocorrer a partir do pagamento da 24.^a contribuição mensal, e, no caso de contribuição única, após 6 meses do início de vigência do Plano.

- Carência de 2 anos contados do início de vigência do Plano, no caso de morte por causas naturais.”

O seguro é a cobertura de evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte do segurador. Entretanto, a boa-fé - que é presumida - constitui elemento intrínseco do seguro, e é caracterizada pela lealdade nas informações prestadas pelo segurado ao garantidor do risco pactuado.

Embora seja admitido por lei estipular um período de carência para os contratos de seguro, em razão do artigo 797 do Código Civil, é necessário, contudo, que referido preceito seja também interpretado sob à égide do Código de Defesa do Consumidor, a fim de que sejam afastadas as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada.

No caso, os contratos realizados entre as partes são de adesão e as cláusulas que prevêm prazo de carência de 02 (dois) anos, em caso de morte natural, são abusivas, pois não fazem distinção quanto à idade do participante ou até mesmo outros detalhes que possam alterar este prazo de carência.

Na hipótese em questão, o segurado realizou os contratos quando estava com 60 anos de idade, porém, poucos meses antes de completar o prazo de carência faleceu por causas naturais.

Embora o tempo de vida do brasileiro seja de 75 (setenta e cinco) anos, tal fato não exclui a abusividade da cláusula em questão, porquanto está fixada de maneira excessiva e em desacordo com a boa-fé objetiva que deve preponderar para o contrato.

A cláusula em comento pode ser considerada inválida consoante os artigos 51, § 1.º, inciso II, do CDC, porque restringe direitos ou obrigações inerentes à natureza do contrato, ao afrontar seu próprio objeto, e por aplicação do artigo 51, inciso IV, do CDC, pois coloca o segurado em desvantagem exagerada em relação à seguradora.

Por oportuno, cabe esclarecer que não consta nos autos prova inequívoca de que o segurado, quando da contratação tomou plena ciência da cláusula limitativa de seu direito, porquanto a assinatura do segurado constou apenas da proposta de fls. 15 e 20 e não nas condições gerais da apólice.

Sendo a relação entre as partes protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, eventual dúvida deve ser interpretada de maneira mais favorável ao consumidor, de acordo com o artigo 47 do CDC, especialmente de acordo com a boa-fé objetiva, confiança e vulnerabilidade do consumidor.

A jurisprudência desta Corte é neste sentido:

“E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA SECURITÁRIA – CONTRATO DE SEGURO DE VIDA – PERÍODO DE CARÊNCIA – INCIDÊNCIA DO CDC – CLÁUSULA ABUSIVA – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA DESDE O INDEFERIMENTO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA NA VIA ADMINISTRATIVA – JUROS DE MORA CONTADOS DA CITAÇÃO – INVERSÃO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ART. 20, §3º, CPC – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos casos que envolvem relação de consumo, tais como contratos de seguro de vida. Assim, em atenção ao Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (artigo 47 do CDC).

A cláusula que prevê a existência de período de carência é abusiva e não pode prevalecer, vez que traz desvantagem excessiva ao consumidor e enriquecimento sem causa à seguradora.

A correção monetária é devida nos cálculos da atualização de débitos, não se constituindo em um plus, mas tão-somente uma reposição do valor real da moeda, de modo que a sua incidência, nos de contratação de seguro de vida, é devida desde a negativa de pagamento da indenização ajustada.

No que diz respeito à aplicação dos juros de mora, incidirá a partir da citação da seguradora, utilizando-se da regra geral prevista no artigo 219 do CPC.

Acerca da fixação da verba honorária, devem ser considerados os critérios estabelecidos nas alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º do art. 20, do Código de Processo Civil.” (Apelação Cível - Sumário - N. 2011.032640-3/0000-00 – Maracaju - Relator - Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível - D.J.:6.12.2011)

“E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PRELIMINAR – PRESCRIÇÃO – NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 206, II, A E B DO CÓDIGO CIVIL – PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO – CONTRATO DE SEGURO DE VIDA – PERÍODO DE CARÊNCIA – INCIDÊNCIA DO CDC – CLÁUSULA ABUSIVA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

É de se observar que a prescrição anual, prevista no art. 206, II, a e b do Código Civil, diz respeito à ação entre segurado e segurador, não alcançando o beneficiário, que está excluído da incidência desse prazo aduzido.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos casos que envolvem relação de consumo, tais como contratos de seguro de vida. Assim, em atenção ao Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (artigo 47 do CDC).

A cláusula que prevê a existência de período de carência é abusiva e não pode prevalecer, vez que traz desvantagem excessiva ao consumidor e enriquecimento sem causa à seguradora. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.027087-6/0000-00 – Dourados - Relator Designado - Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Órgão Julgador: Terceira Turma Cível – D.J.: 8.11.2011)

“E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – PERÍODO DE CARÊNCIA – CLÁUSULA ABUSIVA, PORQUE REDIGIDA SEM O NECESSÁRIO DESTAQUE – ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE – AUSÊNCIA DE EXAMES – OMISSÃO DO SEGURADO – INEXISTÊNCIA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Se no recurso o apelante apresentou as razões pelas quais deseja obter do segundo grau de jurisdição um novo pronunciamento judicial, não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade.

As informações prestadas ao consumidor e as cláusulas constantes do contrato de seguro devem ser claras e precisas, sobretudo as que restringem e/ou limitam direito do consumidor, que devem ser destacadas nos contratos, nos termos do artigo 54, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

A cláusula que estabelece o prazo de 180 (cento e oitenta) dias de carência para o recebimento da indenização do seguro é abusiva, se não destacada no contrato, visto que importa em restrição do direito do segurado-consumidor e que, por isso, deve ser-lhe dado prévio conhecimento de seu inteiro teor e das consequências, prova que se encontra a cargo da seguradora (aos artigos 6º, IV, in fine, 39, V, 51, incisos IV e XV, 46, 51, § 1º, I, II e III, e 54, § 3º e 4º, todos da Lei 8.078/90).

A seguradora está obrigada a pagar indenização se não submeteu o segurado a exame prévio de saúde, não podendo prevalecer a alegação de conhecimento prévio de doença preexistente e de omissão de informação na contratação, por parte do segurado.” (Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.016871-8/0000-00 – Aquidauana - Relator - Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan – Órgão Julgador: Quarta Turma Cível – D.J.: 28.7.2009)

Destarte, em razão ao fim primordial do contrato e a necessidade de se garantir maior efetividade ao direito à cobertura dos riscos que ao direito ao lucro, é necessário concluir pela invalidade da cláusula que impõe prazo de carência ao seguro, em respeito aos princípios da boa-fé e da equidade.

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 Emo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2012.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0025679-09.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONSTRANGIMENTO NA ENTRADA DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO – MATRÍCULA ATRASADA – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – OBSERVÂNCIA DA RAZOABILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

A obrigação de reparar possui dupla finalidade: compensar o dano experimentado pela vítima e punir o ofensor, a fim de servir de lenitivo, de uma espécie de compensação para atenuar o sofrimento havido, bem como atuar como sanção ao causador do dano, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos, sempre levando-se em conta as condições financeiras das partes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª 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, 20 de novembro de 2012.

Des. Rubens Bergonzi Bossay - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Melodie Thayane Bagetti, inconformado(a) com a sentença prolatada nos autos da Ação Declaratória de Inexistência de Débito C/C Obrigação de Fazer e Não-Fazer c/c Indenização por danos Materiais e Morais que move em face de Anhanguera Educacional S.A., interpõe apelação cível, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado parcialmente procedente para declarar a inexistência de débitos decorrentes dos boletos 7001920474 e 7001920475 e condenar a ré ao pagamento da indenização por danos morais em R\$ 3.000,00.

A apelante requer a majoração do valor da condenação para R\$ 20.000,00, obedecendo-se assim o princípio da razoabilidade e equidade.

Em apresentação de suas contra-razões, a apelada pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Melodie Thayane Bagetti, inconformado(a) com a sentença prolatada nos autos da Ação Declaratória de Inexistência de Débito C/C Obrigação de Fazer e Não-Fazer c/c Indenização por danos Materiais e Morais que move em face de Anhanguera Educacional S.A., interpõe apelação cível, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado parcialmente procedente para declarar a inexistência de débitos decorrentes dos boletos 7001920474 e 7001920475 e condenar a ré ao pagamento da indenização por danos morais em R\$ 3.000,00.

A apelante requer a majoração do valor da condenação para R\$ 20.000,00, obedecendo-se assim o princípio da razoabilidade e equidade.

Conforme consta dos autos, a autora informou que “os seguranças responsáveis pelas catracas de entrada do campus não medem as palavras ao dizer, em alto e bom som, e na frente de todos que ali passam, que a mensalidade da demandante está atrasada e que para entrar na faculdade precisa antes passar na tesouraria, situação esta que causa muito embaraço e vergonha para a demandante.” (F. 06 TJMS)

Como bem colocado na sentença, muito embora a autora tenha atrasado diversas vezes o adimplemento de algumas parcelas da mensalidade perante a requerida, não se pode admitir “que, na cobrança, seja submetida a constrangimento.” (F. 137 TJMS)

Tem-se que é incontestável o dano moral sofrido pela autora da presente demanda, mormente quando tais alegações sequer foram negadas pela instituição requerida.

A apelante recorre da sentença, tão-somente, no que diz respeito ao valor da condenação, requerendo sua majoração, obedecendo-se assim o princípio da razoabilidade e equidade.

Tenho que não lhe assiste razão.

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 País, a atividade, as condições social e econômica 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, pags. 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).

Logo, tenho que a sentença recorrida não merece reparo neste ponto, pois fixou o *quantum* em conformidade com o acima descrito, em R\$ 3.000,00, levando-se em consideração as condições econômicas das partes, além de servir de lenitivo, de uma espécie de compensação para atenuar o sofrimento havido, bem como atuar como sanção ao causador do dano, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos.

Ante o exposto, conheço do presente recurso, e nego-lhe provimento, mantendo a sentença por seus 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. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 20 de novembro de 2012.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0050618-87.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INIBITÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COBRANÇA DE PIS E COFINS REPASSADOS NAS FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA. POSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Tratando-se de mera transferência econômica do custo do serviço, a carga tributária relativa a PIS/COFINS pode ser repassada aos consumidores, que são os contribuintes de fato e devem arcar com tais custos, permanecendo inalterada a relação jurídico-tributária entre a concessionária e a União.

Inteligência do art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995 e precedentes do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 26 de setembro de 2012.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Fernanda Martins Santana Pereira e Ivete Martins Santana Pereira contra sentença (f. 330-337) que julgou improcedente a ação inibitória cumulada com repetição de indébito promovida em face de Enersul – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A.

As apelantes alegam, em síntese, que:

[...] só se chega à conclusão de que a apelada não poderia repassar ao consumidor os encargos do PIS e da COFINS, incluindo-os na tarifa de energia, transformando os próprios consumidores em contribuinte de tais tributos, numa inversão completa da relação tributária (f. 345).

Se a apelada pode transferir o encargo do ICMS aos consumidores, é porque se trata de tributo indireto, já que neste específico caso o encargo financeiro pode ser repassado a terceiro (art. 166, do Código Tributário Nacional). Noutras palavras: o ICMS é destacado na nota fiscal, justamente porque o encargo deve recair sobre o consumidor (f. 346).

[...] se infere que a apelada age ilegalmente quando inclui no valor da tarifa de energia elétrica o montante que teria de recolher aos cofres da União, decorrentes da tributação por meio de PIS/COFINS (f. 346).

Ao incluir no valor da tarifa de energia elétrica o PIS e a COFINS, repassando ao contribuinte o encargo tributário que só ela teria de suportar, a Enersul tinha um único intento: enriquecer-se ilicitamente (f. 346).

Vislumbra-se, da leitura atenta do aludido dispositivo legal, que caberá à apelada repetir, em dobro, o valor que indevidamente incluiu nas contas de energia das apelantes nos últimos cinco anos (f. 347).

Por fim, requerem “[...] que o recurso seja provido, reformando-se a sentença e compelindo-se a apelada a deixar de incluir nas contas de energia elétrica os valores referentes ao PIS e COFINS, bem como a devolver em dobro os valores que a este título cobrou indevidamente nos últimos cinco anos. [...] requer a inversão do ônus da sucumbência” (f. 348).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Cuida-se, como relatado, de apelação cível interposta por Fernanda Martins Santana Pereira e Ivete Martins Santana Pereira contra sentença (f. 330-337) que julgou improcedente a ação inibitória cumulada com repetição de indébito promovida em face de Enersul – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A.

Com efeito, as ora apelantes ingressaram com a ação epigrafada visando obter a repetição dos valores que alegam terem sido indevidamente cobrados a título de PIS e COFINS, repassados aos consumidores pela concessionária ora apelada.

De plano, verifica-se que a discussão limita-se em saber se há legalidade ou não na prática adotada pelas concessionárias do serviço público de energia elétrica quando repassam ao consumidor o ônus financeiro do recolhimento do PIS e da COFINS na fatura mensal.

Ora, a matéria trazida à apreciação no presente recurso impõe uma análise atenta do atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em especial após a conclusão do julgamento do Resp n. 1185070-RS, razão que me fez modificar a posição que vinha adotando sobre o tema ora discutido, em respeito às competências constitucionalmente atribuídas às Cortes Superiores.

Veja-se:

REPETITIVO. CONCESSIONÁRIA. ENERGIA ELÉTRICA. REPASSE. PIS. COFINS. CONSUMIDOR. A Seção, ao julgar recurso submetido ao regime do art. 543-C e Res. n. 8/2008-STJ suscitado pelo tribunal *a quo*, negou provimento ao recurso, entendendo que é legítimo repassar às faturas de energia elétrica a serem pagas pelo consumidor o valor correspondente ao pagamento da contribuição ao programa de integração social (PIS) e da contribuição para financiamento da Seguridade Social (Cofins) devidas pela concessionária. No REsp, o recorrente buscava o reconhecimento da ilegalidade desse repasse às faturas de consumo de energia elétrica do custo correspondente ao recolhimento do PIS e à Cofins, bem como almejava repetição de indébito. Destacou o Min. Relator que a tese defendida pelo recorrente foi encampada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e pelo Ministério Público, entretanto parte de um pressuposto manifestamente equivocado: atribuir à controvérsia uma natureza tributária. Observa que, na relação jurídica que se estabelece entre concessionária e consumidor de energia elétrica, não existe relação tributária, em que os partícipes necessários são o Fisco e o contribuinte, mas há relação de consumo de serviço público, cujas fontes normativas são próprias, especiais e distintas

das que regem as relações tributárias. Anotou-se ainda que o PIS e a Cofins, cobrados em decorrência da edição das Leis ns. 10.637/2002, 10.833/2003 e 10.865/2004, alteraram a forma de cobrança, mas trouxeram a possibilidade de que seus valores sejam fiscalizados não apenas pela Aneel, mas pelos consumidores de energia elétrica individualmente, visto que passaram a ser cobrados de forma destacada nas faturas, a exemplo do que ocorre com o ICMS.¹ (Grifei).

Ademais, verifica-se, da simples leitura dos arts. 9º, § § 3º, 10, 11, e 12, da Lei n. 8.987/95, que os custos decorrentes das contribuições relativas ao PIS e COFINS podem, sim, ser repassados aos consumidores. Eis o teor dos dispositivos legais supramencionados:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[...]

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Assim, tratando-se de mera transferência econômica do custo do serviço e não de repasse jurídico da responsabilidade pelo pagamento dos encargos, uma vez que permanece inalterada a relação jurídico-tributária entre a concessionária e a União, o que possibilita a atacada repercussão econômica da carga tributária, porquanto o PIS e a COFINS compõem as despesas operacionais da atividade empresarial e, adotado o modelo tarifário fundado no custo do serviço, como acontece no caso, são legitimamente repassáveis aos consumidores, pois os mesmos são os contribuintes de fato e nesta condição devem arcar com referidos custos, sob pena de restarem inviabilizadas as atividades da empresa, ora apelada, que teria de arcar com referidos custos, desconsiderando-os para fins de cálculo do serviço prestado ao usuário, o que não é aceitável.

Diante de casos análogos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem decidido que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA E DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PIS E COFINS REPASSADOS NAS FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA. TUTELA ANTECIPADA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. ART. 273 DO CPC. Tratando-se de mera transferência econômica do custo do serviço, a carga tributária relativa ao PIS/COFINS pode ser repassada aos consumidores, que são os contribuintes de fato e

¹ REsp 1.185.070-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 22/9/2010.

devem arcar com tais custos, permanecendo inalterada a relação jurídico-tributária entre a concessionária e a União. Inteligência do art. 9º da Lei nº 8.987/95. Precedentes do STJ e do TJRS. Não atendidos, desta forma, os requisitos do artigo 273 do CPC para a concessão da tutela antecipada, porque ausente a verossimilhança do direito alegado, impõe-se o provimento do recurso, para reformar a decisão agravada. Agravo de instrumento provido liminarmente.²

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONSUMIDOR. CONCESSIONÁRIA. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. TARIFA. CUSTO DO SERVIÇO. TRANSFERÊNCIA ECONÔMICA DOS ENCARGOS TRIBUTÁRIOS. PIS E COFINS. No modelo tarifário fundado no custo do serviço, os encargos financeiros tributários da concessionária podem ser incluídos no valor da tarifa, hipótese em que são suportados pelos usuários. Aliás, à exceção do imposto de renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará sua revisão para mais ou para menos. Artigo 9º, § 3º, da Lei nº 8.987/95. Recurso provido.³

ADMINISTRATIVO, TRIBUTÁRIO E CONSUMIDOR. SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIA. FATURAMENTO. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA. ENCARGOS. REPASSE. POSSIBILIDADE. Segundo orientação prevalente na Corte local, não padece de injustiça ou ilegalidade o “repasso”, ao consumidor, dos encargos de contribuições sociais [PIS e COFINS], incidentes sobre o faturamento das concessionárias dos serviços públicos de fornecimento de energia elétrica e telecomunicações. PROCESSUAL CIVIL. SUCUMBÊNCIA. VERBAHONORÁRIA. ARBITRAMENTO. CRITÉRIO. EQUIDADE. Fora das hipóteses de sentença condenatória, o arbitramento da verba honorária submete-se à regra da equidade (CPC, art. 20, § 4º). HIPÓTESE DE PARCIAL PROVIMENTO PELO RELATOR.⁴

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA E DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PIS E COFINS REPASSADOS NAS FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA. PRESCRIÇÃO. Direccionando-se o pedido à inviabilidade do repasse das contribuições à tarifa, não se aplica o prazo prescricional trienal. É legal o repasse econômico das contribuições, que são tributos e constituem custo do serviço, somente havendo ressalva impeditiva quanto ao Imposto de Renda, conforme o art. 9º, § 3º, da L. n. 8987/95. HIPÓTESE DE NEGATIVA DE SEGUIMENTO.⁵

Destarte, a cobrança impugnada consiste em repercussão econômica admitida de valores relativos aos tributos devidos, de acordo com as normas estabelecidas pelo poder concedente, titular do serviço concessionado, não se podendo falar, por este motivo, de ilegalidade, inconstitucionalidade ou mesmo de afronta à legislação consumerista.

Nesse sentido, a forma empregada para que o custo em questão seja agregado ao preço do serviço integra o marco regulatório dos serviços concessionados, contemplando critério e metodologia de cálculo adequados em sua globalidade para atender ao interesse geral.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação cível interposto por Fernanda Martins Santana Pereira e Ivete Martins Santana Pereira, mantendo incólume a sentença ora hostilizada.

² Agravo de Instrumento n. 70029650934, 22ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 20/04/2009.

³ Apelação Cível n. 70032913147, 22ª Câmara Cível, TJRS, Relatora: Des.ª Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 28/10/2009.

⁴ Apelação Cível n. 70031670060, 22ª Câmara Cível, TJRS, Relatora: Des.ª Mara Larsen Chechi, Julgado em 26/10/2009.

⁵ Apelação Cível n. 70032542243, 22ª Câmara Cível, TJRS, Relatora: Des.ª Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 09/10/2009.

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. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Joenildo de Sousa Chaves e Des. Divoncir Schreiner Maranhão.

Campo Grande, 26 de setembro de 2012.

1ª Câmara Cível
Embargos de Declaração n. 0103491-14.2008.8.12.0008/50000 - Corumbá
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. IMÓVEL LOCADO DEMOLIDO. CONSTRUÇÃO DE BENFEITORIAS. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DO IMÓVEL NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRAVA NO MOMENTO DA LOCAÇÃO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PROCEDENTE. LUCROS CESSANTES. NÃO COMPROVADOS. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. INEXISTÊNCIA E OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

Incabíveis os embargos de declaração quando ofertados com o fim único de prequestionamento ou reexame da matéria decidida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar os embargos.

Campo Grande, 10 de outubro de 2012.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Santa Mônica Palace Hotel Ltda. e outros, inconformados com o acórdão que, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação cível interposto contra sentença proferida nos autos da ação de indenização promovida por Luiz Orro de Campo e outro, opõem embargos de declaração.

Os embargantes aduzem, em suma, que:

Contrapondo as questões devolvidas ao Tribunal com as premissas adotadas para a negativa de provimento ao recurso de apelação interposto, vislumbra-se nitidamente a ocorrência de omissão, pois não há resposta objetiva, mas evasivas, não justificando o porquê das razões de apelo, caracterizando evidente ausência de prestação jurisdicional, violando garantia constitucional a conduzir à nulidade do julgado (f. 281).

Também se evidencia a ocorrência de erro de fato na análise do fato correspondente à alienação do imóvel feita pelos embargados, pois, se venderam o bem sem qualquer ressalva, traduzi da está uma conduta incompatível com qualquer pretensão reparatória, sob pena de enriquecimento sem causa, pois não se pode reparar aquilo que não mais pertence a quem se apresenta como lesado (f. 281).

Some-se a isso que esse fato - alienação a terceiro sem ressalva reforça a tese defendida desde o início pelos embargantes, no sentido de total inexistência de comprovação

de que houve promessa de compra e venda, circunstância não enfrentada em nenhuma linha do *decisum* que se busca esclarecimento (f. 281).

Ao final, requerem “o acolhimento dos embargos, sanando os vícios apontados, com aplicação dos efeitos modificativos para reformar o acórdão e julgar totalmente improcedente os pedidos formulados na ação originária, impondo à parte adversa a responsabilidade pelos ônus de sucumbência” (f. 282).

Luiz Orro de Campos e outro também opõem embargos de declaração, alegando, em síntese, que (i) “o acórdão embargado, negando provimento ao recurso’ interposto pelos Autores-Apelantes, ora Embargantes, confirmou em parte a sentença recorrida proferida pela Juíza de 1ª Instância. No entanto, foi omissa quanto à apreciação dos Lucros Cessantes, bem assim a correção de valores, equívocos, etc” (f. 288); e (ii) “o julgado da forma em que se encontra, torna-se inexecutável, incompleto, devendo, portanto, ser declarada as omissões apontadas [...]” (f. 292).

Ao final, pleiteiam o acolhimento do recurso para sanar as omissões apontadas.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Cuida-se, como relatado, de embargos de declaração opostos contra o acórdão da lavra dos desembargadores integrantes da 1ª Turma Cível desta Corte Estadual que, por unanimidade, negaram provimento aos recursos de apelações cíveis interpostas contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos nos autos da ação de indenização que Luiz Orro de Campo e outro propuseram em desfavor de Santa Mônica Palace Hotel Ltda. e outros.

Os embargos devem ser rejeitados.

Com efeito, ao contrário do que afirmam os embargantes, não há na hipótese nenhuma obscuridade, omissão ou contradição a ser sanada.

De fato, o acórdão ora embargado tem a seguinte ementa:

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. IMÓVEL LOCADO DEMOLIDO. CONSTRUÇÃO DE BENFEITORIAS. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DO IMÓVEL NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRAVA NO MOMENTO DA LOCAÇÃO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PROCEDENTE. LUCROS CESSANTES. NÃO COMPROVADOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS NÃO PROVIDOS.

O termo que autoriza a edificação de benfeitorias pelo locatário às suas expensas, sem direito de indenização não colide com a cláusula que prevê a obrigação contratual de devolução do imóvel no estado em que se encontrava quando da celebração da locação. O ônus de provar os lucros cessantes é dos autores, nos termos do disposto no artigo 333, I do CPC.

No caso, conforme anotado no acórdão embargado, demonstrado está que a cláusula autorizativa de demolição foi inserida no instrumento contratual de locação posteriormente, ou seja, quando o sócio do hotel prometera aos locadores que compraria o imóvel alugado ou permutaria por outro com o dobro do valor, razão pela qual cabe sim direito à indenização.

Por outro lado, no que se refere aos lucros cessantes, insista-se, houve renúncia dos locadores quanto aos aluguéis que poderiam incidir a partir de 15 de dezembro de 2006.

Ademais, a obrigatoriedade de provar a existência de lucros cessantes era dos próprios autores apelantes, consoante disposição contida no artigo 333, I do CPC I¹, fato que, todavia, não restou demonstrado no decorrer da instrução processual.

Dito isso, verifica-se que os ora embargantes pretendem através dos presentes declaratórios provocarem o reexame e prequestionar a matéria exaustivamente debatida no acórdão profligado.

Entretanto, como cediço, os embargos de declaração não são a via apropriada para o reexame de matéria de mérito já decidida, da mesma forma que não se prestam para a manifestação expressa sobre aplicação ou violação de dispositivos legais ou constitucionais com a finalidade única de prequestionamento.

Outrossim, rememore-se que o julgador não está obrigado a aplicar o direito conforme a pretensão das partes, mas sim de acordo com o seu convencimento, de sorte que basta encontrar e justificar o motivo que o persuadiu acerca de que razão está com este ou aquele demandante para encerrar a lide, acolhendo ou não os pedidos formulados, sem necessidade de dar resposta a um verdadeiro questionário declinado por quem pretenda chegar à superior instância, fazendo referência expressamente, a cada dispositivo legal ventilado.

Aliás, o entendimento superlativo do Superior Tribunal de Justiça e também desta Corte é que são incabíveis embargos declaratórios com o único propósito de rediscutir matéria já decidida no acórdão embargado, com finalidade de prequestioná-la.

Veja-se o que diz o Superior Tribunal de Justiça a respeito:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 535 DO CPC. FINALIDADE DE PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA OBJETO DE POSSÍVEL RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REJEIÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. [...] 1. Inocorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real objetivo é o prequestionamento de dispositivos e princípios constitucionais que entende a embargante terem sido malferidos, o que evidentemente escapa aos estreitos limites previstos pelo artigo 535 do CPC aos embargos de declaração. 2. Os embargos de declaração têm como requisito de admissibilidade a indicação de algum dos vícios previstos no art. 535 do CPC, constantes do decisum embargado, **não se prestando, portanto, ao rejugamento da matéria posta nos autos, tampouco ao mero prequestionamento de dispositivos constitucionais para a viabilização de eventual recurso extraordinário, porquanto visam unicamente completar a decisão quando presente omissão de ponto fundamental, contradição entre a fundamentação e a conclusão, ou obscuridade nas razões desenvolvidas.** 3. Impõe-se a rejeição de embargos declaratórios que têm o único propósito de prequestionar a matéria objeto de recurso extraordinário a ser interposto (Precedentes: EDcI no AgRg no Resp 708062/PR, ReI. Ministro LUIZ FUX, DJ 13.03.2006; EDcI no REsp n.o 415.872/SC, ReI. Min. Castro Meira, DJ de 24/10/2005; e EDcI no AgRg no AG n° 630.190/MG, ReI. Min. Francisco Falcão, DJ de 17/10/2005). 4. Embargos de declaração rejeitados.² (Grifei).

No caso, útil o brocardo da *mihi factum dabo tibi jus*, nos exatos contornos do paradigma que se segue:

1 Art. 333 - O ônus da prova incumbe

1- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

2 STJ - EDcI no REsp 912036/RS-2006/0279088-7 - REL. Luiz Fux - 1ª Turma - J.25.3.2008 - DJ. DJ 23.04.2008 p. 1

O colegiado não está obrigado a mencionar, em julgamento de apelação cível, dispositivos da Constituição Federal, de Lei ou de norma infralegal, para fins de prequestionamento, bastando declinar as razões pelas quais chegou à conclusão exposta no acórdão.³

Assim, não estando configurada nenhuma das hipóteses do artigo 535, do Código de Processo Civil, em especial as omissões e contradição alegadas, incabíveis os presentes embargos de declaração.

Por essas razões, rejeitam-se os embargos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM OS EMBARGOS.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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

Campo Grande, 10 de outubro de 2012.

³ Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2006.004385-7/0001-00, Rel. Des. Josué de Oliveira, j. Em 16.6.2007.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0800761-05.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. EX-MULHER. NECESSIDADE DE SUBSISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PEDIDO NEGADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

Os alimentos são devidos à ex-mulher quando fundados no dever de assistência mútua existente entre os cônjuges, sendo que, em qualquer caso, deve haver a comprovação do binômio necessidade/possibilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2012.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de recurso de apelação interposto por M. R. D. contra sentença que julgou improcedente a ação de alimentos promovida em desfavor de L. C. D.

A apelante alega, em síntese, que:

O próprio recorrido afirmou na contestação que amparou a recorrente no período em que estiveram juntos, inclusive, adquirido um imóvel, veículo e os bens móveis que guarnecem o lar conjugal (f. 99).

Evidente, portanto, que a apelante dependia economicamente do marido, tanto que, se comparadas às despesas acostadas na inicial, com quantia que percebe atualmente, constata-se que é insuficiente para sua manutenção (f. 99).

A renda apresentada pelo apelado não reflete a realidade, pois os documentos de f. 45 declara que os serviços prestados para a Empresa Xinguara o foram de forma autônoma, sem vínculo empregatício, ou seja, exerce sua profissão também em outras empresas (f. 99).

Da mesma forma é equivocada a premissa de que a simples escolha do regime de bens bastaria para caracterizar ou não a dependência econômica (f. 99).

Por fim, requer “[...] o provimento do presente recurso, a fim de que seja reformada a sentença e condenado o apelado a prestar-lhe alimentos no calor pleiteado na petição inicial” (f. 101).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Cuida-se, como relatado, de apelação cível interposta por M. R. D. contra sentença que julgou improcedente a ação de alimentos que move em desfavor de L. C. D.

Verifica-se, de pronto, que as razões recursais da ora apelante cingem-se na alegação de que “[...] *por não mais viver maritalmente com o requerido e por não possuir condições de se manter com a renda que recebe mensalmente, deseja se divorciar do mesmo, bem como pleitear alimentos para sua subsistência. Necessita que o valor da pensão seja estipulado em 03 (três) salários mínimos, para que consiga ter uma vida digna e possa dar continuidade ao tratamento de saúde*” (f. 3).

Nego provimento ao recurso.

Ora, cediço que para que seja possível estabelecer-se o encargo alimentar é imprescindível que se leve em conta o binômio possibilidade e necessidade, o qual traz em si uma relação de proporcionalidade, isto é, impõe verificar-se as necessidades de quem pede alimentos e as possibilidades de quem deve prestá-los.

No caso, verifico que a apelante, na verdade, recebe benefício decorrente de aposentadoria (f. 12), reside em imóvel próprio (f. 40) e não demonstrou possuir gastos extraordinários que possam justificar a fixação de pensão alimentícia em seu favor, não tendo, ademais, ficado comprovada sequer a sua dependência econômica em relação ao seu ex-cônjuge.

Insta salientar, por necessário, que a legislação vigente contempla o dever de mútua assistência e não o direito de um cônjuge ver-se sustentado pelo outro. Ou seja, quando presente a condição de necessidade, deve o ex-marido prestar auxílio para a ex-mulher e vice-versa, contudo, no caso dos autos, esta hipótese não se verifica.

Sobre o tema, dispõem os artigos 1.694, § 1º, e 1695 do Código Civil, assim redigidos:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender as necessidades de sua educação.

§ 1º. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. [...]

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes nem pode prover, pelo seu trabalho, a própria manutenção, e aquele que, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalco do necessário ao seu sustento.

Diante de casos análogos a jurisprudência pátria tem decidido que:

ACÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO, ALIMENTOS PARA A EX-MULHER. ANÁLISE DO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. 1. A lei contempla o dever de mútua assistência entre os cônjuges e não o direito de um deles de ser sustentado pelo outro. 2. Se a virago percebe benefício previdenciário, reside no imóvel que pertencia ao casal e não comprovou possuir despesas extraordinárias, descabe impor ao varão o encargo alimentar. Recurso desprovido.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO. ALIMENTOS. EX-MULHER. SEPARAÇÃO DE FATO OCORRIDA HÁ MAIS DE 17 ANOS. AUSÊNCIA DE PROVA DA NECESSIDADE DE AUXÍLIO FINANCEIRO. A obrigação alimentar entre ex-cônjuges deriva do dever de mútua assistência, previsto no inciso III do art. 1.566 do Código Civil, persistindo após a separação, desde que comprovada a dependência econômica entre as partes. A concessão de alimentos reclama análise do binômio necessidade-possibilidade, justificando-se somente nos casos de efetiva necessidade de quem os pleiteia. No caso, tendo a separação das partes, de fato, ocorrido há mais de 17 anos, sem que houvesse, até então, pedido de alimentos pela ex-esposa. Ausência de provas acerca da alegada necessidade, bem como da possibilidade do ex-marido, inviabilizando o acolhimento do pleito, deduzida na ação de divórcio ajuizada pelo apelado. Ausência dos requisitos elencados no art. 1.695 do Código Civil. APELAÇÃO DESPROVIDA.

Aliás, este também tem sido o entendimento do STJ sobre o tema. Veja-se:

Fundamentado no princípio da solidariedade familiar, o dever de prestar alimentos entre cônjuges e companheiros reveste-se de caráter assistencial, em razão do vínculo conjugal ou de união estável que um dia uniu o casal, não obstante o rompimento do convívio, encontrando-se subjacente o dever legal de mútua assistência. [...] Recurso especial não conhecido.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação cível interposto por Maria Ruys Delavi, para manter incólume a sentença ora hostilizada.

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. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Joenildo de Sousa Chaves e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2012.

5ª Câmara Cível**Apelação n. 0000017-13.2007.8.12.0024 - Aparecida do Taboado
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA DE SEGURO DPVAT – MORTE DE NASCITURO EM VIRTUDE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO – DIREITO À INDENIZAÇÃO - VALOR DE 40 SALÁRIOS MÍNIMOS – LEGISLAÇÃO EM VIGOR NA DATA DO SINISTRO – CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – RECURSO PROVIDO.

1. Muito embora, nos termos do art. 2º, do Código Civil, a personalidade jurídica tenha início apenas com o nascimento com vida, o mesmo dispositivo põe a salvo direitos do nascituro desde a concepção. Na hipótese, houve o evento morte em decorrência do acidente de trânsito, daí a cobertura securitária e a procedência do pedido inicial. 2. Tratando-se de sinistro ocorrido antes da MP 340/2006, deve o julgador valer-se do disposto no então art. 3º, “a”, da Lei 6.194/74, que fixava a indenização, nos caso de morte, em 40 salários mínimos. 3. Deve-se distinguir a vinculação ao salário mínimo, para fins de atualização monetária, da fixação de indenização em salários mínimos. No tocante à Lei 6.194/74, é inegável que a *mens legislatoris* não foi vincular a indenização ao salário, mas sim fornecer ao aplicador da lei uma diretriz, um norte, na fixação da indenização devida, daí por que não houve revogação pelas Leis 6.205/75 e 6.423/77, nem pela Constituição Federal. 4. A correção monetária visa a recompor o valor real da moeda, em virtude de sua desvalorização, o que torna justificável a sua incidência a partir da data do evento danoso, em conformidade com a Súmula 43 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 27 de setembro de 2012.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

José Maria Mancuzo recorre da sentença de improcedência proferida nos autos da Ação de Cobrança de Seguro DPVAT que promove em face da Nobre Seguradora do Brasil S/A. Sustenta que ingressou com a presente demanda visando a indenização do seguro obrigatório por acidente automobilístico que resultou no falecimento de sua esposa grávida, uma vez que a seguradora recusou o pagamento na via administrativa pela morte do nascituro, indenizando-o apenas pela perda da esposa; que o juízo *a quo* julgou improcedente o pedido inicial considerando que os direitos do feto estariam condicionados ao nascimento com vida.

Recorre afirmando que o nascituro não tem apenas expectativa de direito, sendo sujeito de direitos a partir da concepção, e que o direito não se limita a proteger só os que já nasceram, tendo para isso o direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana. Cita jurisprudência e pugna pelo provimento.

A apelada não apresentou contrarrazões, apesar de intimada.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por José Maria Mancuzo em face de Nobre Seguradora do Brasil S/A, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização formulado nos autos da Ação de Cobrança do Seguro DPVAT, do sinistro ocorrido na data de 01 de setembro de 2006, que resultou no falecimento de sua esposa grávida e do nascituro.

Na via administrativa houve pagamento do seguro em razão da morte da esposa, sendo negada indenização pela morte do feto, o que foi confirmado pela sentença, sob o fundamento de que o nascituro possui apenas expectativa de direitos, que somente se concretizam se nascer com vida.

A meu ver, a sentença merece reforma.

Prescreve o art. 2º do Código Civil o seguinte:

“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Tal dispositivo possui diversas interpretações, de onde surgem correntes distintas sobre o momento em que se inicia a titularidade de direitos para a pessoa natural, tais como a Teoria Natalista, que exige o nascimento com vida para o início da personalidade; a Teoria Conceptionista, que defende que o nascituro é titular de direitos e obrigações desde a concepção e a Teoria da Personalidade Condicional, para a qual o nascituro teria direitos que estariam subordinados a uma condição suspensiva, qual seja, o nascimento com vida.

Pois bem. Muito embora compreenda a preocupação quanto à interpretação deste dispositivo para efeitos patrimoniais e, principalmente, sucessórios, não me parece lógico negar a indenização de seguro DPVAT em decorrência da morte do feto. Note-se que entre os direitos primordiais do nascituro encontra-se o direito à vida, irrefutável, inclusive, seja qual for a teoria adotada.

Dispunha o art. 3º da Lei n. 6.194/74, com a redação em vigor à época do acidente em questão, o seguinte:

“Art. 3º Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no artigo 2º compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada: [...]”

Condicionar o direito securitário, no caso, ao nascimento com vida implicaria em determinar como não existente o filho se ainda no ventre materno. Não se pode olvidar que o nascituro é um ser humano, amparado pelo direito à vida, como dito, além da dignidade. Não obstante, nos termos do citado art. 2º do Código Civil, a personalidade jurídica tenha início apenas com o nascimento com vida, o mesmo dispositivo põe a salvo direitos do nascituro desde a concepção.

Com propriedade o autor Carlos Roberto Gonçalves¹ pondera que em nosso sistema jurídico alguns direitos são garantidos ao feto desde a concepção, independentemente da aquisição da personalidade:

“Há no Código Civil, embora a personalidade comece do nascimento com vida, um sistema de proteção ao nascituro, com as mesmas conotações da conferida a qualquer ser dotado de personalidade. Assim, é obrigatória a nomeação de um curador, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo esta o poder familiar (art. 1.779); pode o nascituro ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação (art. 1.609, parágrafo único); pode receber doação (art. 542) e ser contemplado em testamento (art. 1.798); tem direito a uma adequada assistência pré-natal (ECA, art. 8º). O direito penal também o protege, penalizando o aborto. E a constituição Federal assegura a todos, sem distinção, o direito à vida (art. 5º). Essa situação deu origem a uma divergência doutrinária em torno do início da personalidade, surgindo então a teoria concepcionista, sob influência do direito francês. Para os adeptos dessa corrente, dentre os quais de encontram TEIXEIRA DE FREITAS e CLÓVIS BEVILÁQUA, a personalidade começa antes do nascimento, pois desde a concepção já há proteção dos interesses do nascituro, que devem ser assegurados prontamente”.

Assim, tenho que, na hipótese, houve o evento morte em decorrência do acidente de trânsito, daí a cobertura securitária e a procedência do pedido inicial.

Tal entendimento não diverge da jurisprudência desta Corte e de precedente do Superior Tribunal de Justiça. Confira:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74. 1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação. 2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto. 3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. 4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º). 5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido.” (REsp 1120676/SC, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 04/02/2011)

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO – DPVAT – PRELIMINAR – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – AFASTADA – EVENTO MORTE – NASCITURO – DIREITO À PERCEPÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – RECURSO IMPROVIDO. Conforme a orientação do STJ é juridicamente possível o pedido de cobrança de seguro DPVAT, envidado pelos pais de feto, morto em acidente automobilístico. Conforme a teoria concepcionista a personalidade inicia a partir da concepção, considerando o nascituro como pessoa, podendo contrair direitos, por possuir personalidade. Em condenações advindas do seguro DPVAT, a incidência de correção monetária deve se dar a partir do evento danoso, visto que a função desta é recompor o valor da moeda. Recurso conhecido, com afastamento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e improvimento quanto ao mérito. Recurso improvido.” (TJ/MS, Apelação Cível n. 2011.026420-6, Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, 4ª Turma Cível, J. 20/09/2011)

¹ *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral*, Ed. Saraiva, 6ª ed. 2008, p. 80

Passo então a análise do valor indenizatório.

Defende a apelada em sua contestação que a legislação que previa indenização em 40 salários mínimos foi revogada, pelas Leis n. 6.205/75 e 6.423/77, que proibem a vinculação ao salário mínimo. Argumenta, ainda, que a Medida Provisória n. 340, em vigor a partir de 1º de janeiro de 2007, substituiu a indenização prevista em 40 salários mínimos pelo valor máximo de R\$ 13.500,00.

Primeiramente, há que ser observado que no seguro DPVAT aplica-se a legislação em vigor na data do acidente em aplicação ao princípio de que o tempo rege o ato (*tempus regit actum*). No caso, a data do sinistro comprovada pela Certidão de Ocorrência de f. 18 foi 01 de setembro de 2006, portanto antes da Medida Provisória n. 340 de dezembro de 2006, sendo esta inaplicável.

Outrossim, art. 3º, “a”, da Lei 6.194/74, que fixa o valor da indenização em salário mínimo, não foi revogado pela Lei n. 6.205/75, sendo inaplicável qualquer Circular Susep, por não ter competência legislativa. A Lei n. 6.205/75 concerne tão-somente à correção monetária, ao passo que o art. 3º da Lei 6.194/74 não trata de correção, mas de fixação de valores. Vale ressaltar que a superveniência da Lei nº 6.205/75, que veda o uso do salário mínimo como parâmetro de correção monetária, não revogou o critério adotado pela lei especial nº 6.194/74 para fins de estabelecimento do *quantum* indenizatório devido.

Aliás, o Colendo Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu, *in verbis*:

“CIVIL. SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). VALOR QUANTIFICADO EM SALÁRIOS MÍNIMOS. INDENIZAÇÃO LEGAL. CRITÉRIO. VALIDADE. LEI N. 6.194/74. RECIBO. QUITAÇÃO. SALDO REMANESCENTE. I. O valor de cobertura do seguro obrigatório de responsabilidade civil de veículo automotor (DPVAT) é de quarenta salários mínimos, assim fixado consoante critério legal específico, não se confundindo com índice de reajuste e, destarte, não havendo incompatibilidade entre a norma especial da Lei n. 6.194/74 e aquelas que vedam o uso do salário mínimo como parâmetro de correção monetária. [...]” (STJ - RESP 296675/SP – 4ª Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – DJ 23.09.2002 p. 367) (grifei).

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, em seu art. 7º, IV, proíbe a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. A razão de ser desse dispositivo é esclarecida pelos ilustres Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, em seus comentários à Constituição de 1988, *verbis*:

“A razão desta variação terminológica prende-se ao propósito do legislador em retirar do salário mínimo o papel de coeficiente para indexação da moeda. No correr dos tempos foi-se adotando a prática de se vincularem certos preços e mesmo outros salários ao salário mínimo, de tal sorte que qualquer cogitação do aumento deste causava o temor de um aumento generalizado dos preços. É por isso que, embora se tenha voltado à denominação antiga, a desvinculação do salário mínimo de outros preços e salários continua de pé”. (Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 424. Destaqueei.)

Logo, o propósito do constituinte de 1988 foi evitar fosse o salário mínimo utilizado como índice de correção monetária, pois isto poderia dificultar a elevação de seu valor. Isto porque a experiência havia demonstrado que, se o salário servia como fator de atualização da moeda, um aumento em seu valor acarretava, inexoravelmente, uma inflação generalizada, resultando em enorme malefício à economia, ao próprio salário mínimo e, naturalmente, ao trabalhador. Por essas razões, pronunciou-se o Pretório Excelso:

“STF – “Salário mínimo. Vinculação proibida. Previdência. Contribuição. A razão de ser da parte final do inciso IV do artigo 7º da Carta Federal - “... vedada a vinculação para qualquer fim”; - é evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado”. (STF – Pleno – Adin nº 1.425-1/PE – Rel. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 26 marc. 1999. Destaquei.)

Assim, é preciso distinguir a vinculação ao salário mínimo, para fins de atualização monetária, da fixação de indenização em salários mínimos. No tocante à Lei 6.194/74, é inegável que a “*mens legislatoris*” não foi vincular a indenização ao salário, com o objetivo de fazer dele um índice de atualização monetária. O escopo do legislador foi tão-somente fornecer ao aplicador da lei uma diretriz, um norte, na fixação da indenização devida. Essa afirmação fica bastante evidente, tratando-se de invalidez permanente. Nestas situações, o beneficiário tem direito a receber **até quarenta salários mínimos**. Isto demonstra a desvinculação do valor da indenização em relação ao salário, para fins de correção. A lei apenas fornece um patamar para a indenização, estabelecendo um limite, fixando-se para ele um valor considerado aceitável.

A observação histórica revela, naturalmente, que o legislador, ao redigir o art. 3º da Lei 6.194/74, utilizando-se do salário mínimo como referência, pretendeu fixar os valores a serem pagos num nível capaz de atender às primeiras despesas de vítimas de acidentes de trânsito; daí identificar a indenização com o salário mínimo, dado o escopo inerentemente social deste, destinado a atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família.

Consoante preleção de Rafael Tárrega Martins, em obra monográfica (**Seguro DPVAT: Seguro Obrigatório de Veículos Automotores de Vias Terrestres**. Campinas: LZN, 2003, p. 08.), o seguro obrigatório tem um caráter relevantemente social, resultando sua imposição da necessidade em que se viu o Estado de intervir nas relações privadas, com o intuito de manter seu equilíbrio, numa sociedade progressivamente complexa, em virtude do progresso humano. Com isso, a criação do seguro obrigatório de veículos automotores de via terrestre foi inspirada pela solidariedade e o respeito recíprocos pela integridade e pela vida das pessoas.

Tomando isto em consideração, torna-se cristalina a lição de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, no comentário ao art. 7º, IV, parte final, da Constituição da República, a dilucidar o que, precisamente, se aplica ao art. 3º, *a*, da Lei 6.194/74, nestes termos:

“O que deve ser adotado é o mínimo de referência. Este sim, servindo de base para as correções obrigacionais de toda ordem, funciona como autêntico índice para o reajustamento de pagamento” (ob. cit., p. 424).

Por conseguinte, em se tratando de seguro DPVAT, a referência ao salário mínimo não é vinculação com intuito de correção monetária: é resultado da identidade social existente entre a indenização e o salário, servindo este, naturalmente, como *aquele “mínimo de referência”* a ser adotado, base das correções obrigacionais de toda ordem, fundamental, natural e *autêntico* índice de reajustamento de pagamentos.

Assim, o art. 3º da Lei 6.194/74 foi recepcionado pela Constituição de 1988. Pelas mesmas razões já expostas, o referido dispositivo não foi revogado pela lei 6.205/75. Neste sentido, a jurisprudência:

“Pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o art. 3º, da Lei 6.194/74, não fora revogado pelas Leis 6.205/75 e 6.423/77, porquanto, ao adotar o salário-mínimo como padrão para fixar a indenização devida, não o tem como fator de correção monetária, que estas leis buscam afastar”. (Recurso Especial no 129182/SP, 3ª Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Waldemar Zveiter. Decisão em 15/12/1997).

Mais:

“AÇÃO DE COBRANÇA - DPVAT - INSURGÊNCIA QUANTO AO ARBITRAMENTO ATRELADO AO TETO DE 40 SALÁRIOS MÍNIMOS - VALIDADE DOS CRITÉRIOS DISPOSTOS NA LEI 6.194/74 - CONDENAÇÃO MANTIDA - Segundo a jurisprudência do STJ o valor de cobertura do seguro obrigatório de responsabilidade civil de veículo automotor (DPVAT) é de quarenta salários mínimos, assim fixados consoante critério legal específico, que afasta qualquer outro teto colidente com seus ditames”. (TJMS - AC 2005.012849-9/0000-00 - Campo Grande - 4ª T.Cív. - Rel. Des. Elpidio Helvécio Chaves Martins - J. 13.09.2005).

Com isso, **inexiste revogação** do critério que estabelece a fixação da indenização securitária em salários mínimos pelas Lei 6.205/75 e nem pela Constituição Federal.

Acerca da data de incidência da correção monetária, mais uma vez sem razão a apelada ao defender a aplicação da Lei n. n. 6.899/81 na contestação, porquanto a correção *in casu* deve se dar a partir do evento danoso, tendo em vista a aplicação da súmula 43 do STJ, que dispõe:

“Incidirá correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.”

Nesse sentido julgou esta turma, considerando também que a correção monetária tem por finalidade manter o poder de compra da moeda:

“APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT - IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO COM BASE EM RESOLUÇÕES DO CNSP - FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO EM R\$ 13.500,00 - POSSIBILIDADE - CORREÇÃO MONETÁRIA - A PARTIR DO EVENTO DANOSO - HONORÁRIOS MANTIDOS EM 15% - RECURSO IMPROVIDO. As normas do CNSP não revogaram o critério de fixação de indenização em até R\$ 13.500,00 conforme determinado pela Lei 11.482/2007. A correção monetária é devida desde a data do acidente, com o fim de preservar o poder de compra do valor da indenização.” (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.020150-3/0000-00 - Campo Grande, Quinta Turma Cível, Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Publicação: 19/07/2011, Nº Diário: 2465)

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DPVAT – FIXAÇÃO DO SEGURO COM BASE NOS PARÂMETROS ESTIPULADOS PELA LEI N. 11.482/07 – IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO COM BASE EM RESOLUÇÕES DO CNSP E TABELAS DA SUSEP – **CORREÇÃO MONETÁRIA – A PARTIR DO EVENTO – SÚMULA N. 43/STJ** – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA (ART. 475-J DO CPC) – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] A correção monetária é um índice que visa a recompor o valor real do débito, em virtude da desvalorização da moeda, diante de tal constatação é que se torna justificável a sua incidência a partir da data do evento danoso, em conformidade com a Súmula 43 do STJ. Para a contagem do termo inicial de quinze dias, para o cumprimento da sentença, faz-se necessária a intimação do devedor, na pessoa do seu advogado, nos termos do art. 240 do CPC.” (Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.022915-7 - Campo Grande – Quinta Turma Cível – Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva – J. 17.09.2009) (Destaquei).

Posto isso, amparado nos fundamentos expostos, conheço e dou provimento ao presente recurso para reformar a sentença recorrida, e julgar procedente o pedido inicial, condenando a apelada ao pagamento de 40 salários mínimos convertidos na data do sinistro (01/09/1992) e corrigidos pelo IGPM desde então, acrescidos de juros de mora a contar da negativa da seguradora ao pagamento na via administrativa (27/09/2006 – f. 23). Condeno, ainda, a apelada ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado que fixo em 10% do valor da condenação, nos termos dos artigos 20, § 3º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 27 de setembro de 2012.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0002058-57.2007.8.12.0054 - Nova Alvorada do Sul
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – EXCEÇÃO DE DOMÍNIO – IMPOSSIBILIDADE – IMÓVEL DESOCUPADO – IRRELEVANTE – AUSÊNCIA DE DÚVIDA SOBRE O FATO DA POSSE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Nas ações possessórias, a questão controvertida não se refere ao direito dos litigantes, mas ao fato da posse. Como preceitua o art. 1.210, § 2º, do Código Civil (art. 505, primeira parte, do CC/16), “*não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa*”. Outrossim, o legislador albergou a teoria de Ihering, segundo a qual a exteriorização da posse é a relação de fato entre a pessoa e a coisa, sendo, então, no caso de um lote de terreno, despidianda a ocupação ou uso efetivo para ser possuidor.

Na hipótese é incontroverso que autor/apelado obteve a posse do lote dos herdeiros do promissário comprador, sendo também incontroverso que os requeridos/apelantes demoliram benfeitorias e construíram muros em indevida autotutela, o que então configura esbulho, estando correta a sentença de procedência do pedido de reintegração de posse em favor dos autores/apelados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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 novembro de 2012.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Janes Aires Menezes de Araújo e Vivarci Antunes Ferreira apelam da sentença de procedência proferida nos autos da Ação de Reintegração de Posse que lhe move José Carlos dos Santos e Eli Deniz Flores. Sustentam que a sentença segue a linha de raciocínio de que se tratando de posse é irrelevante a arguição de qualquer título de propriedade; que despreza a arguição de nulidade de ato jurídico celebrado sem a observância da forma prescrita em lei; que despreza também a prova documental da titularidade de domínio, bem como a rescisão contratual dos contratos de compromisso de compra e venda de imóveis loteados. Argumentam que a sentença tem que ser reformada por fundar-se em prova inidônea, pelo exposto impedimento da testemunha; que o juízo utilizou-se de dois pesos e duas medidas para aferição do direito ao adotar o depoimento testemunhal apenas no que beneficiava os autores. Asseveram que o documento de cessão de direitos hereditários através do qual os apelados obtiveram a posse do bem é nulo, porque não realizado por escritura pública e por se tratar de bem que não pertencia ao espólio, e sua nulidade sequer

foi apreciada; que ato nulo não produz efeitos. Afirmam que o abandono da Execução proposta em face do promissário comprador pelo apelante não pode ser tida como reconhecimento do direito do autor; que a sentença recorrida intitula José Benedito Filho como proprietário do imóvel, o que de fato e de direito nunca foi. Prosseguem defendendo que a simples propositura da ação possessória não pode levar a presunção absoluta de que o autor fosse possuidor atual do imóvel; que a sentença funda-se em prova testemunhal inidônea e que levou em conta depoimento de testemunhas contraditadas e impedidas. Concluem que a sentença recorrida reconhece a posse do autor/apelado fundada exclusivamente no contrato particular de cessão de direitos hereditários, além do depoimento testemunhal prestado por Suelen, interessada na lide e que, contudo, restou demonstrado pela prova testemunhal que o imóvel está abandono há um ano e por isso não havia razão para a imobiliária ingressar com ação petítória. Por fim, alegam que a posse transferida leva consigo os vícios de quem a detinha e ficou demonstrado que a posse do espólio de José Benedito Filho e de seus sucessores tornou-se precária a partir da rescisão do compromisso de compra e venda, sendo então viciada a posse dos apelados adquirida mediante cessão de direitos hereditários. Pugnam pelo provimento.

Os apelados apresentaram contrarrazões defendendo a manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de Ação Possessória ajuizada por José Carlos dos Santos e Eli Deniz Flores em face de Janes Aires de Araújo e Vivarci Antunes Ferreira, objetivando a reintegração na posse de um salão comercial com edícula residencial que afirmam haver sido esbulhado pelos apelados.

Extraí-se dos autos que o lote pertencia à Imobiliária Eldorado Ltda, tendo sido transferido mediante contrato de promessa de compra e venda em 31/01/1991 para José Benedito Filho (f. 12 e 15), cujos herdeiros, após seu falecimento, cederam seus direitos a título oneroso ao primeiro apelado (f. 13/14).

O juízo julgou procedente o pedido inicial, considerando irrelevante a discussão acerca da propriedade e comprovada a posse dos autores esbulhada pelos requeridos.

Os requeridos apelam argumentando que a prova da posse dos autores funda-se em depoimento testemunhal inidôneo, além do que a cessão de direitos hereditários através do qual adquiriram o direito de posse do imóvel é nulo, seja porque firmado por contrato particular, seja porque os herdeiros cedentes também não teriam direito, ante o inadimplemento e conseqüente rescisão do contrato de compromisso de compra e venda firmado com o falecido promitente comprador.

Pois bem. A ação é de reintegração de posse.

A respeito das ações possessórias, dispõe o art. 926 do Código de Processo Civil (CPC) que “o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho”. Com redação semelhante, a norma encontra-se no art. 1.210, *caput*, do Código Civil de 2002, que estabelece: “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”.

Portanto, pressuposto lógico é o demandante (a) ter sido *possuidor* e, nessa condição de legítimo possuidor, (b) ter sido *injustamente privado de sua posse*. O esbulho possessório é o desapossamento ilícito do possuidor, em relação ao bem possuído; é o pressuposto fático para o possuidor esbulhado exercer o seu direito de ser reintegrado na posse do bem, por meio da ação de reintegração de posse, também conhecida por ação de esbulho.

Não por outra razão, o Código de Processo Civil, em seu art. 927, estabelece que, na ação de reintegração de posse, “*incumbe ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; [...] IV - [...] a perda da posse, na ação de reintegração*”, exigência que, de resto, vai ao encontro da regra da distribuição do ônus do prova, insculpida no art. 333, I, do mesmo Código, segundo a qual “*o ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito*”.

Alinhadas essas considerações, volvendo ao caso em julgamento, é possível afirmar que, em se tratando de ação de reintegração de posse proposta pelos apelados, sobre eles recaía o ônus da prova do fato constitutivo do direito de serem restituídos na posse do imóvel em disputa; incumbia-lhes, portanto, comprovar a sua posse e o esbulho praticado pelo apelantes.

Importante, outrossim, consignar que, nas ações possessórias, a questão controvertida não se refere ao direito dos litigantes, mas ao fato da posse. Como preceitua o art. 1.210, § 2º, do Código Civil (art. 505, primeira parte, do CC/16), “*não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa*”.

Em consequência, o objeto do julgamento é o fato, e não o direito, de modo que a procedência ou improcedência do pedido não interfere em eventual direito das partes sobre o bem disputado. Não interessa saber quem é o proprietário do imóvel, mas tão-somente se houve esbulho possessório, pois no interdito possessório não está em análise o domínio.

Irrelevante nesta demanda, portanto, se o contrato de compromisso de compra e venda firmado entre a Imobiliária Eldorado e o falecido José Benedito Filho foi ou não adimplido, bem como se o contrato de cessão de direitos hereditários realizado entre os sucessores deste último e os apelados é nulo. Perquire-se nas mãos de quem estava a posse do imóvel e se houve esbulho.

De acordo com o Código Civil Brasileiro, “*adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade*”.

Com isso, tem-se que o legislador albergou, neste ponto, a teoria de Ihering, segundo a qual o *corpus*, ou seja, a exteriorização da posse, é a relação de fato entre a pessoa e a coisa, *de acordo com sua destinação econômica*, o que afasta a idéia de atos concretos sobre a coisa. Para o eminente jurista alemão, é esse aspecto normal da relação do proprietário com a coisa o que constitui a posse, e não a existência de atos concretos, como, aliás, sustentavam, de certa forma, os seguidores de Savigny.

Assim, é claro que, para certas coisas, cujo modo de conservação constitui o aspecto normal da relação, o poder físico é necessário; trata-se de coisas que devem ser guardadas, protegidas, trancafiadas, como, por exemplo, uma jóia preciosa, encerrada num cofre. No caso de um lote de terreno não se faz necessária a ocupação ou uso efetivo para ser considerado possuidor.

Na hipótese, a Imobiliária Eldorado transferiu sua posse do lote em questão a José Benedito Filho (incontroverso) mediante compromisso de compra e venda, a qual foi exercida diretamente pelos herdeiros (incontroverso – f. 134), mais especificamente por sua filha Suellen dos Santos Filho (segundo ela própria – f. 258 e mais duas testemunhas – f. 260/263), que a transferiu aos autores/apelados através do contrato particular de cessão de direitos (f. 13/14).

Logo, valendo-me da teoria de Ihering, tenho que à época da demolição de benfeitorias e construção de muros pelos requeridos/apelantes (fatos incontroversos - f. 134/135) a posse pertencia aos autores/apelados, independentemente de terem ou não efetivado a ocupação, estando então configurado o esbulho. Ainda que o imóvel estivesse desocupado ou em situação de aparente abandono, o fato é que a posse já não mais pertencia à Imobiliária e esta não poderia retomá-la por força própria (autotutela) de quem a obteve consoante a cadeia retro mencionada, estando correta a sentença que concluiu pela procedência do pedido inicial.

Isso equivale dizer que se o contrato entre a Imobiliária e a quem ela vendeu não estava totalmente quitado, posto possuir parcelas ainda não liquidadas, enquanto não rescindido e retomada em consequência a respectiva posse do imóvel pelas vias judiciais, não autorizava nova venda e entrega da mesma posse aos apelantes, o que de fato ocorreu indevidamente, daí, repita-se, a existência do esbulho e o direito na restituição aos apelados.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença em todos seus termos e efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 29 de novembro de 2012.

5ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0063493-26.2009.8.12.0001/50000 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – SERVIÇOS NOTARIAIS – NATUREZA PESSOAL DA ATIVIDADE – NÃO RECONHECIDA PELO STJ – JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA – ISSQN EM ALÍQUOTA FIXA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento pela inadmissibilidade de recolhimento do ISSQN com base em alíquotas fixas para os serviços de registros públicos, cartorários e notariais, na forma prevista no art. 9º § 1º. do DL 406/68 (alíquota fixa), visto que não se compreendem como prestação de serviços de caráter pessoal, devendo então ser mantida a decisão monocrática do relator que, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento ao recurso de apelação do Município para julgar improcedente o pedido nesse sentido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o 1º Vogal, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de novembro de 2012.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Paulo Francisco Coimbra Pedra interpõe agravo regimental em face da decisão monocrática deste relator que deu provimento de plano ao recurso de apelação apresentado pelo Município de Campo Grande em face da sentença proferida nos autos da Ação Declaratória de Inexigibilidade de Crédito Tributário. Sustenta que a decisão recorrida de provimento ao recurso por entender que o STJ firmou entendimento de que se aplica aos serviços de registros públicos, cartorários e notariais a sistemática de recolhimento do ISS prevista no art. 9º, § 1º, do Decreto-lei n. 406/68, uma vez que a interpretação da referida legislação federal deve ser feita nos limites da decisão, com efeitos *erga omnes*, proferida na ADIN n. 3.089/DF pelo STF; que, contudo, o entendimento o STJ é equivocado, porquanto partiu do pressuposto que, após o julgamento da ADIN pelo STF, ficou estabelecido que o ISSQN deve ser calculado sobre a receita bruta auferida pelos notários e registradores; que a matéria não foi objeto de análise pelo STF; que a ADIN não tem nenhuma influência no julgamento da matéria em discussão nestes autos e que, ao contrário do que restou decidido, o agravante se enquadra nos requisitos do § 1º do art. 9º do Dec. Lei n. 406/68, pois presta serviço de caráter pessoal, outorgado à pessoa natural, nos termos do art. 236, § 1º e 3º, da Constituição Federal, c/c arts. 3º, 5º e 14 da Lei n. 8.935/94, não podendo ser tratado, para fins tributários, como empresa. Tece considerações sobre a responsabilidade pessoal dos notários, a contratação de colaboradores que não

desqualifica a personalidade individual do trabalho. Insurge-se contra o julgado do STJ adotado por este relator como paradigma para incidência do § 1º-A do art. 557 do CPC. Invoca princípios constitucionais de legalidade e isonomia, defendendo que o ISSQN deve ser-lhe cobrado na forma de alíquota fixa e não sobre sua receita bruta. Pugna pelo provimento.

VOTO EM 08/11/2012

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo regimental proposto por Paulo Francisco Coimbra Pedra nos autos da Ação Declaratória de Inexigibilidade de Crédito Tributário que promove em face do Município de Campo Grande, através do qual objetiva a reforma da decisão monocrática que, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento de plano ao recurso de apelação interposto em face da sentença para julgar totalmente improcedente o pedido inicial, considerando que os serviços notariais não ostentam natureza pessoal e, portanto, não se apresenta possível sua tributação em alíquota fixa, estando correta a cobrança sobre o preço do serviço, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

“Vistos,

Município de Campo Grande interpõe recurso de apelação contra sentença de procedência nos autos da Ação Declaratória de Inexigibilidade de Crédito Tributário que lhe move Paulo Francisco Coimbra Pedra. Alega que lhe foi determinado na sentença que passe a tributar o apelado na forma prevista no § 1º do art. 9º do Decreto-lei n. 406/68. Alega que o apelado não faz jus a tratamento tributário privilegiado, pois exerce atividade de natureza empresarial, o que afasta a alíquota fixa prevista no § 1º do, art. 9º, do Decreto-lei n. 406/68, para prestação de serviço de trabalho pessoal; que na ADI n. 3089-2, ao considerar devido o ISSQN incidente sobre serviços de registros públicos, o relator Min. Joaquim Barbosa observou o inequívoco intuito lucrativo da atividade cartorária e notarial; que o tabelião não exerce trabalho de maneira pessoal, haja vista o art. 20 da Lei n. 8.945/94, que autoriza a contratação de auxiliares. Cita jurisprudência e conclui que o apelado não faz jus ao benefício fiscal por ele invocado, posto que o simples fato de tratar-se de delegação intuito personae não lhe desnatura a condição de empresa. Finaliza invocando o princípio da legalidade. Pugna pelo provimento.

O apelado apresentou contrarrazões defendendo a manutenção da sentença.

É o relatório. Decido.

O parágrafo 1º-A do artigo 557, do Código de Processo Civil, faculta ao relator dar provimento ao recurso, quando a decisão recorrida estiver em confronto com jurisprudência dominante de Tribunal Superior.

Confira-se a redação deste dispositivo:

“Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

É o caso dos autos.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que os serviços notariais não ostentam natureza pessoal e, portanto, não se apresenta possível sua tributação em alíquota fixa na forma prevista no §1º do art. 9º do Decreto-lei n. 406/68. Confira:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISS. SERVIÇOS NOTARIAIS. INCIDÊNCIA. ALÍQUOTAS FIXAS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA PESSOAL DAS ATIVIDADES. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA NO ÂMBITO DO STJ. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. As Turmas que integram a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram compreensão no sentido de que os serviços notariais não ostentam natureza pessoal, aspecto este que interdita a cobrança do ISS sob a forma de alíquotas fixas. 2. Não há falar em divergência jurisprudencial quando o entendimento manifestado pelo acórdão recorrido coincide com o posicionamento do deste Tribunal de Justiça sobre o tema (Súmula 83/STJ). 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp 116.169/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012) - destaquei

Nos termos da jurisprudência do STJ o tabelião e o notário não prestam serviços de natureza pessoal, o que afasta a incidência do §1º do art. 9º do Decreto-lei n. 406/68 que dispõe:

“§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.”

Deve ser aplicado, portanto, o art. 7º da Lei Complementar n. 116/2006 que prevê:

“Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.”

A respeito, transcrevo a seguinte ementa:

“TRIBUTÁRIO. ISSQN. SERVIÇOS NOTARIAIS. CARTÓRIO. ALÍQUOTA FIXA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Hipótese em que se discute a base de cálculo do ISS incidente sobre serviços de registros públicos, cartorários e notariais. O contribuinte defende tributação fixa, nos termos do art. 9º, § 1º, do DL n. 406/1968, e não alíquota sobre o preço do serviço (art. 7º, caput, da LC n. 116/2003), ou seja, sobre os emolumentos cobrados dos usuários. 2. O acórdão do Supremo Tribunal Federal, focado na possibilidade de os emolumentos (que são taxas) servirem de base de cálculo para o ISS, afastou, por imperativo lógico, a possibilidade da tributação fixa em que não há cálculo e, portanto, base de cálculo. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1206873/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 09/11/2010)

Ante o exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento de plano a fim de reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial, revogando por consequência a liminar concedida e invertendo o ônus da sucumbência, o que faço com fulcro no art. 557, § 1ºA, do CPC.”

Por força do presente regimental revisei a matéria e estou convencido de que a decisão atacada não merece reparos.

Primeiramente é preciso observar que o recurso de apelação foi julgado monocraticamente porque o artigo 557, § 1º-A do CPC subsume-se perfeitamente à hipótese versada.

Prevê referido dispositivo:

“Art. 557. § 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

A sentença recorrida é diametralmente oposta ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, daí o imediato provimento do recurso.

Note-se que o Superior Tribunal de Justiça vem adotando posicionamento no sentido de que os serviços notariais não se configuram como trabalho pessoal, o que afasta a tributação em alíquota fixa, inclusive apreciando também monocraticamente os recursos apresentados àquela Corte nos termos do art. 557 do CPC.

Confira como exemplo o recente julgado:

“AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 240.014 - MG (2012/0210703-2).
RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON.AGRAVANTE : REGINA MARIA ESTEVES MASSOTE E OUTROS.ADOVADO : PEDRO ALBUQUERQUE MOREIRA DE ARAÚJO E OUTRO(S).AGRAVADO : MUNICÍPIO DE JUIZ DE FORA.ADOVADO : TARSO DUARTE DE TASSIS E OUTRO(S). DECISÃO. TRIBUTÁRIO - ISSQN - SERVIÇOS NOTARIAIS - CARTÓRIO. ALÍQUOTA FIXA - IMPOSSIBILIDADE - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO SOB A FORMA DE TRABALHO PESSOAL NÃO CONFIGURADA - MATÉRIA APRECIADA PELO STF. ADIN N. 3.089/DF. Trata-se de agravo em recurso especial interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial sob o fundamento de que: a) arguição de ofensa a preceitos constitucionais não constitui hipótese que enseja a abertura da instância pretendida, destinada à pacificação das controvérsias surgidas exclusivamente em torno da aplicação e interpretação do direito federal e; b) o aresto hostilizado encontra-se em consonância com a orientação do STJ. Alega a parte agravante, em síntese, que: a) estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso especial e; b) os acórdãos supracitados, de 04 (quatro) tribunais de Estados diferentes, referem-se a casos idênticos ao destes autos, concluindo, ao contrário do que ocorreu com o acórdão que ensejou o recurso especial, que o recolhimento do ISSQN pelos serviços cartorários e notariais deve se dar em alíquota fixa e não sobre percentual do valor recebido. DECIDO: Nos moldes do art. 544, § 4º, do CPC passo a examinar o recurso especial. No recurso especial, interposto com fulcro na alínea “a” e “c” do permissivo constitucional, alega a parte recorrente contrariedade ao art. 9º §1º do Decreto Lei 406/68. Defendendo, em síntese, que: a) as serventias e os tabelionatos, não são pessoas jurídicas, não podendo ser tributadas pelo ISSQN da mesma forma que as organizações empresariais, isto é, com incidência sobre o faturamento; b) os notários e registradores podem ser equiparados a profissionais autônomos, para fins de aplicação do benefício previsto no art. 9, §1º do Decreto Lei 406/68, incidindo o ISSQN em valor fixo, por prestador de serviço, de forma idêntica como são tributados os profissionais liberais, como advogados. Contrarrazões apresentadas às fls. 576/582. Requer o provimento do recurso especial. Não merece prosperar as razões do recorrente. O entendimento do Tribunal de Origem no sentido de que: os serviços de registros públicos, cartorários e notariais sujeitam-se à incidência do ISSQN, como reconhecido no julgamento da ADI n. 3089/DF, tendo como base de cálculo o preço do serviço, na forma do artigo 7º, caput da Lei complementar nº 116/03 - inaplicabilidade da exceção de incidência com valor fixo, por profissional autônomo, na forma do art. 9, §1º do DL 406/68, está em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte. Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS. ALÍQUOTA FIXA. INADMISSIBILIDADE. TRABALHO PESSOAL NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES: AGRG NO ARESP. 34.576/RS, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, DJE 23.11.2011 E AGRG NO AG 1.348.776/MS, REL. MIN.

ARNALDO ESTEVES LIMA, DJE 26.05.2011. AGRAVO REGIMENTAL DO GUIDO ODILO HILGERT DESPROVIDO. 1. Quanto à ofensa aos arts. 5o. caput, e 150, inciso II da CF (princípio da isonomia), é vedado a este Tribunal apreciar violação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, uma vez que o julgamento de matéria de índole constitucional é reservado ao Supremo Tribunal Federal 2. As Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte já se posicionaram no sentido da inadmissibilidade de recolhimento do ISS com base em alíquotas fixas para os serviços de registros públicos, cartorários e notariais, na forma prevista no art. 9º § 1º. do DL 406/68, visto que não se compreendem como prestação de serviços de caráter pessoal. Precedentes: AgRg no AREsp. 34.576/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 23.11.2011 e (AgRg no Ag 1.348.776/MS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 26.05.2011. 3. Agravo Regimental de GUIDO ODILO HILGERT desprovido. (AgRg no REsp 1208809 / RS, Rel. Ministro, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª turma, julgado em 05/06/2012, Dje 19/06/2012. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ISSQN. SERVIÇOS NOTARIAIS. CARTÓRIO. ALÍQUOTA FIXA. IMPOSSIBILIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO SOB A FORMA DE TRABALHO PESSOAL NÃO CONFIGURADA. MATÉRIA APRECIADA PELO STF. ADIN N. 3.089/DF. 1. Discute-se nos autos a base de cálculo do ISSQN incidente sobre os serviços de registros públicos, cartorários e notariais. 2. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia apresentada. 3. É firme o entendimento no sentido de que não se aplica aos serviços de registros públicos, cartorários e notariais a sistemática de recolhimento de ISS prevista no art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei n. 406/68, uma vez que a interpretação da referida legislação federal deve ser feita nos limites da decisão, com efeitos erga omnes, proferida na ADIN 3.089/DF pelo STF. Precedentes. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 34576 / RS, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª turma, julgado em 17/11/2011 em Dje 23/11/2011). Com essas considerações, nos termos do art. 544, § 4º, c/c o art. 557 do CPC, conheço do agravo de instrumento para, desde logo, negar seguimento ao recurso especial. Intimem-se. Brasília (DF), 22 de outubro de 2012. MINISTRA ELIANA CALMON. Relatora-(Ministra ELIANA CALMON, 29/10/2012)”

Apesar do agravante ter afirmado que houve equívoco do STJ, o fato é que este não foi reconhecido pelo Tribunal Superior, que pacificou entendimento em sentido contrário a sua tese.

Assim, ante o exposto, conheço e nego provimento ao presente agravo regimental, mantendo a decisão monocrática porque em consonância com a pacificada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL, APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O 2º VOGAL AGUARDA.

VOTO EM 29/11/2012

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (1º Vogal)

Divirjo do voto da lavra do eminente relator, pois, revela-se ilegal a forma como que o Município de Campo Grande vem tributando o agravante, através do seu faturamento bruto mensal, quando deveria ser realizada na forma do que prescreve o artigo 9º, § 1º, do Decreto-lei n. 406/1968.

A questão posta em discussão diz respeito à base de cálculo do ISSQN, incidente sobre a atividade de oficial do 3º Serviço Notarial e Tabelionato de Protesto de Campo Grande, exercida pelo agravante. Assim, resta decidir se a base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza deve ser o faturamento bruto mensal da serventia ou de acordo com a atividade profissional desenvolvida pelo Notário.

Não há discussão quanto à incidência do tributo nos serviços prestados pelo agravante, até porque o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é devido o ISSQN sobre serviços de serventias extrajudiciais (ADI n. 3089). Todavia, nada foi decidido, naquela Corte, com relação à base de cálculo do tributo.

De tal forma, com relação a esse argumento, nota-se estar vigente as disposições legais que conferem aos profissionais regime especial de tributação, quando respondem por seu trabalho pessoal.

Portanto, o artigo 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68 não se encontra revogado, devendo ser obedecido o regime de tributação pessoal em relação a atividade notarial e registral.

A certeza quanto à aplicação do regime especial de base de cálculo (art. 9º, § 3º, Decreto-lei n. 406/98) encontra respaldo em parecer da lavra do eminente jurista Sacha Calmon Navarro Coêlho Misabel Machado Derzi, “*in verbis*”:

[...]

No entanto, o entendimento se torna obrigatório, não ensejando discussão, quando o profissional, prestador de serviço, é pessoa física, não podendo, porque legalmente impedido, de se organizar em sociedade e assim arca com toda a responsabilidade, pessoalmente, pela qualidade dos serviços prestados. Nessa última hipótese enquadram-se os serviços de registro público, cartorários e notariais. A hipótese está contemplada no § 1º (e não no §3º) do art. 9º, do DL 406/68, não sendo necessário qualquer exercício de analogia para perfeita subsunção do citado parágrafo primeiro ao caso tem tela.

[...]

Não resta dúvida, os serviços cartorários, notariais e de registro não são pessoas, nem sequer materiais, nem sequer formais, nem tampouco uma universalidade de bens. O titular dos serviços cartorários, notariais e de registro presta os serviços de forma pessoal, sem possibilidade de se esconder por detrás do manto de uma pessoa jurídica, além disso, a ele é vedado formar sociedade de qualquer natureza, civil, profissional ou comercial, tem responsabilidade pessoal e ilimitada pela qualidade dos serviços prestados e seus bens e patrimônio respondem integralmente pelos atos praticados no exercício de suas atividades.

[...]” (pág. 20 e 26

Outrossim, ao impugnar a condição personalíssima do serviço desenvolvido pelo agravante, os argumentos do agravado pautaram-se no sentido de que a atividade notarial não é desenvolvida unicamente pelo Oficial, possuindo previsão legal de delegação de atribuições aos funcionários da serventia.

Entretanto, o fato de ser autorizado a delegação de funções aos seus subordinados não desnatura a pessoalidade da atividade, pois o agravante é o titular da serventia extrajudicial.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar a decisão monocrática do ilustre relator e, via de consequência, negar provimento ao apelo interposto pelo Município de Campo Grande.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (2º Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, VENCIDO O 1º VOGAL, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 29 de novembro de 2012.

2ª Câmara Cível**Agravo Regimental n. 0012361-24.2009.8.12.0002/50000 - Dourados****Relatora Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges**

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO – PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA DATA DE NASCIMENTO – ERRO NÃO COMPROVADO – CERTIDÃO DE BATISMO – AUSÊNCIA DE TESTEMUNHAS E DE OUTROS DOCUMENTOS – PROVA INSUFICIENTE – SENTENÇA CONFIRMADA – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não obstante se reconheça a credibilidade das certidões de batismo, tal documento, por si só, não tem força para elidir a presunção de veracidade de que goza o registro civil, que somente pode ser alterado mediante prova cabal acerca do erro apontado, mormente no caso dos autos, em que a pretensão implicará na modificação da idade do interessado, possibilitando vantagens pessoais perante entidades previdenciárias.

Nega-se provimento a agravo regimental que não tenha se desincumbido de mostrar a injustiça ou o desacerto da decisão recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª 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 outubro de 2012.

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

João de Souza Ferraz, inconformado com a decisão monocrática que negou seguimento ao recurso de apelação cível interposto nos autos da *Ação de Retificação de Registro Civil*, por ele ajuizada visando a correção da data de seu nascimento, interpõe o presente regimental.

Em síntese, alega que existem provas suficientes nos autos para a procedência do pedido, tendo em vista que a certidão de batismo do apelante foi juntada com o intuito de mostrar o erro na expedição do registro civil, constando naquele documento a data de nascimento correta.

Por fim, pede provimento ao recurso para o fim de reformar a decisão monocrática, determinando-se a expedição de ofício ao Cartório de 2º Ofício da Comarca de Naviraí, para que retifique o seu registro de nascimento, passando a constar a data correta, qual seja, 14 de fevereiro de 1945.

VOTO

O Sr. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Trata-se de agravo regimental interposto por **João de Souza Ferraz**, inconformado com a decisão monocrática que negou seguimento ao recurso de apelação cível interposto nos autos da *Ação de Retificação de Registro Civil*, por ele ajuizada visando a correção da data de seu nascimento.

O *decisum* vergastado restou assim vazado, *in verbis*:

“Trata-se de recurso de apelação cível interposto por João de Souza Ferraz contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da Ação de Retificação de Registro Civil.

Em breve resumo dos fatos, afirmou o requerente que a data de nascimento de 14 de fevereiro de 1950, constante no seu assento de nascimento, encontra-se incorreta, uma vez que nasceu no dia 14 de fevereiro de 1945, conforme certidão de batismo de f. 10. Informou, ainda, que jamais fora registrado por seus pais, e que, somente em 1972, diante da necessidade da apresentação dos documentos obrigatórios à realização de seu casamento, veio a registrar-se (certidão de f. 08).

Diante disso, requereu que se determinasse ao Cartório do 2º Ofício da Comarca de Naviraí-MS para proceder a retificação da sua certidão de nascimento.

O juiz da causa entendeu por bem requisitar a cópia do assento de nascimento do requerente ao Cartório de Naviraí, o qual foi apresentado à f. 24.

Em seguida, determinou-se que o requerente especificasse as provas que pretendia produzir (f. 26), ocasião em que este pediu a suspensão do feito pelo prazo de 90 (noventa dias), o que foi deferido.

Findo o prazo, o autor informou não ser possível localizar testemunhas, bem como outras provas além daquelas que já se apresentavam no processo (f. 34).

Sobreveio a sentença de f. 35 que julgou improcedente o pedido, e, por conseguinte, a interposição do presente recurso.

Feitas essas considerações, cumpre verificar se é possível a alteração pleiteada.

Pois bem. Verifica-se que o apelante pretende retificar, no Registro Civil, a data de seu nascimento unicamente com base no documento de batismo oriundo da Paróquia Nossa Senhora dos Milagres-Ceará, já que não arrolou testemunhas, nem juntou outro documento que esclarecesse o equívoco.

Ora, embora se reconheça a credibilidade das certidões de batismo, tendo em vista os cuidados éticos e morais com que sempre foram confeccionadas, tal documento, por si só, não tem força para elidir a presunção de veracidade de que goza o registro civil, que somente pode ser alterado mediante prova cabal acerca do erro apontado, o que não é a hipótese dos autos.

A bem da verdade, a certidão de batismo serve de indício de prova, devendo ser analisada em conjunto com as demais.

Contudo, como dito antes, não há prova testemunhal a confortar a tese do apelante, nem outro documento que sustente a sua pretensão.

Nesta oportunidade, colho excerto do parecer ministerial, *in verbis*:

“Como se vê, da análise detida dos autos, ao pleitear a alteração da data de seu nascimento para o dia 14 de fevereiro de 1945, o apelante descuroou-se em carrear para os autos provas consistentes a infirmar a divergência constante em sua certidão de nascimento com relação ao ano de seu nascimento.

Da mesma forma, as divergências nas certidões de nascimento e de batismo sugere a prevalência dos dados do registro público sobre os do batistério, face à segurança jurídica, à presunção de veracidade e à fé pública do ato, máxime porque aquela foi lavrada anteriormente, estando esta mais propensa a erro, face ao decurso do tempo.

Conforme já expedido, o artigo 109, “caput” da lei 6.015/73, que dispõe sobre os registros públicos exige que a petição inicial de retificação de assentamento seja fundamentada e instruída com documentos, portanto, deve haver plena justificação do pedido.

No caso em tela, o Autor/Apelante não se desincumbiu do ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, consoante a regra inscrita no art. 333, inciso I, do CPC.

Os documentos anexados aos autos (f. 21 e 25) não possuem eficácia probante suficiente para amparar o pedido de retificação.

Por estas razões, à falta de provas cabais e indispensáveis à demonstração do direito, correta a decisão recorrida que decidiu nos termos da Lei de Registros Públicos.

Além do mais, os prejuízos alegados não restaram comprovados e, as provas carreadas aos autos, não foram suficientemente convincentes a motivar o deferimento do pedido formulado na exordial.” (fls. 59/60).

Outrossim, não obstante ser possível a ocorrência de erros crassos nos registros públicos, pertinente mencionar que a pretendida alteração implicará na modificação da idade do requerente, havendo forte interesse público na matéria, considerando, principalmente, a possibilidade de vantagens pessoais perante entidades previdenciárias.

Enfim, não vejo como acolher a pretensão do autor, uma vez que para preponderar sobre a presunção de veracidade dos registros públicos, fazia-se mister prova mais contundente do erro apontado, vez que foi o próprio registrado o declarante de sua data de nascimento, já com mais de 18 (dezoito) anos ao fazê-lo (documento de f. 25).

Outro não é o entendimento jurisprudencial. Confira-se:

“APELAÇÃO CÍVEL – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR FALTA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO QUANTO AO PEDIDO DE INCLUSÃO DO NOME DE GENITOR NO ASSENTO CIVIL E INDEFERIU O PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DA DATA DE NASCIMENTO CONSTANTE NA DOCUMENTAÇÃO DA APELANTE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE – NÃO COMPROVAÇÃO DE ERRO NO REGISTRO QUANTO À DATA DE NASCIMENTO – INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O DESLINDE DA CAUSA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

[...]

Não é possível a alteração da data de nascimento constante no assento de registro civil, sob o fundamento de que este ocorreu tardiamente, se não existem nos autos provas suficientes para fundamentar esta alegação.

O indeferimento de prova testemunhal, quando não influi no deslinde da causa, não se afigura como medida limitativa do direito da parte. Isto porque o juiz tem liberdade para valorar as provas apresentadas e decidir de acordo com seu livre convencimento.

Recurso conhecido e improvido.” (TJMS; Quarta Turma Cível; Apelação Cível N. 2009.017928-5/0000-00; Rel. Des. Dorival Renato Pavan; 28.7.2009 - grifei).

“APELAÇÃO CÍVEL. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. RETIFICAÇÃO DE ASSENTO CIVIL. ALTERAÇÃO DA DATA DE NASCIMENTO. CERTIDÃO DE BATISMO. PROVA INSUFICIENTE.

As normas que dispõem sobre registro público pregam a imutabilidade do assento como forma de preservar o interesse público na identificação da pessoa na sociedade, bem como sua procedência familiar.

A certidão de batismo, a despeito da seriedade e confiança moral que se atribui à autoridade eclesiástica, não tem, isoladamente, o condão de provar a existência de erro na data de nascimento apontada no registro civil.

Recurso conhecido e desprovido.” (TJMG; Apelação Cível n. 1.0011.10.002995-5/001; Rel. Des.(a) Albergaria Costa; 3ª CÂMARA CÍVEL; 27/10/2011).

“APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. DATA DE NASCIMENTO. ALEGAÇÃO DE ERRO NÃO COMPROVADA. O registro civil goza de presunção de veracidade, somente podendo ser retificado mediante a existência de prova robusta do equívoco cometido pelo agente cartorário. A certidão de batismo, por si só, não serve de prova para alterar registro civil, em atenção aos princípios da segurança das relações jurídicas e da imutabilidade dos registros públicos. Precedentes. Recurso desprovido.” (Apelação Cível Nº 70029273612, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/04/2009)

Ad argumentandum, considerando que a improcedência da presente ação tem por fundamento a ausência de provas a demonstrar que se trata de mero erro na data constante no registro civil, o qual inviabiliza, por ora, um desfecho para a questão, nada impede que o apelante, munido de melhor prova, intente novamente sua pretensão.

Sem mais delongas, entendo que a sentença ora recorrida não merece nenhum reparo, devendo ser mantida em sua integralidade.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso de apelação.” (fls. 62/65)

Pois bem. A decisão singular bem analisou todas as questões postas via regimental, não logrando o recorrente trazer no presente recurso, qualquer argumento capaz de modificar a opinião dantes externada.

Aliás, é ampla a jurisprudência pátria no sentido de que, embora se reconheça a credibilidade das certidões de batismo, tal documento, por si só, não tem força para elidir a presunção de veracidade de que goza o registro civil, que somente pode ser alterado mediante prova cabal acerca do erro apontado, mormente no caso dos autos, em que a pretensão implicará na modificação da idade do interessado, possibilitando vantagens pessoais perante entidades previdenciárias.

Sem mais delongas, as razões apresentadas neste regimental não alteram o entendimento anterior e, portanto, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Por essas razões, conheço, mas nego provimento ao presente regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

Relator, a Exma. Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, 23 de outubro de 2012.

2ª Câmara Cível
Agravo n. 0048931-44.2011.8.12.0000 - Amambai
Relatora Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRIBUTÁRIO – ITCMD – ATRASO NA ABERTURA DO INVENTÁRIO – PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DE MULTA PREVISTA NO ART. 135, §1º DA LEI 1.810/97 – ISENÇÃO DO CONTRIBUINTE – INAPLICABILIDADE DA MULTA PRETENDIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A multa prevista no art. 135, §1º, da Lei 1.810/97 não consiste em penalidade por descumprimento de obrigação acessória, mas sim por atraso no recolhimento do ITCMD, consoante se denota do art. 134, III daquele codex.

Mostra-se correta a decisão de primeiro grau, ao afirmar que em virtude a incidência da isenção prevista no art. 126, II, b, e parágrafo único, da Lei 1.810/97, não há que se falar em atraso no recolhimento do tributo e, conseqüentemente, na incidência da penalidade invocada pelo agravante.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 9 de outubro de 2012.

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Estado de Mato Grosso do Sul irresignado com a decisão proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Comarca de Amambai nos autos da ação de inventário movida pelo Espólio de Nelita de Jesus, onde figura como inventariante Eliane Miguel dos Santos Rodrigues, que afastou a aplicação da multa por atraso na abertura do inventário, agrava a este Tribunal.

Aduz, em síntese, que o juiz a quo incorreu em equívoco ao proferir a decisão ora agravada, visto que a multa cobrada pela Fazenda Pública não diz respeito ao atraso no pagamento do tributo (ITCD), mas ao atraso na abertura do inventário.

Alega que a multa pleiteada pelo agravante está positivada no artigo 135, §1º, da Lei 1.810/97.

Assevera que o prazo para abertura do inventário representa um dever instrumental (obrigação acessória) e formal, que enseja a incidência de multa, ainda que haja regra de isenção.

Ao final, pugna pelo provimento do presente recurso e conseqüentemente a reforma da decisão de primeiro grau a fim de compelir a inventariante ao pagamento da multa constante no art. 135, §1º, do Código Tributário Estadual. Não houve pedido de efeito suspensivo.

O presente recurso foi recebido tão-somente no efeito devolutivo.

As informações foram prestadas pelo juízo de primeiro grau.

A agravada apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da decisão agravada.

VOTO

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul em desfavor de Eliane Miguel dos Santos Rodrigues, objetivando a reforma da decisão que afastou a multa relativa ao atraso na abertura do inventário.

Tenho que o recurso não merece provimento.

O ponto nodal dos autos reside em saber se mesmo nos casos em que há isenção para o recolhimento do ITCMD, incide a multa prevista no art. 135, §1º, da Lei 1.810/97.

Não se olvide que a isenção conferida à obrigação tributária principal não desobriga contribuinte da obrigação acessória, que permanece a fim de auxiliar a fazenda pública em sua fiscalização. Contudo, tenho que este não é o caso dos autos.

Vejam os que estabelece a Lei 1.810/97:

“CAPÍTULO VII

DOS ACRÉSCIMOS E PENALIDADES

Art. 134. A falta de recolhimento do ITCD, no todo ou em parte, ou o atraso no seu recolhimento, acarreta:

I - a atualização monetária do valor devido;

II - a exigência de juro até o recolhimento;

III - a aplicação das penalidades previstas no artigo seguinte.

Art. 135. Sujeitam-se às multas de:

I - cem por cento do ITCD devido, os que deixarem de mencionar os frutos pendentes e outros bens transmitidos juntamente com a propriedade e os que sonegarem bens em inventários ou arrolamentos, bem como aqueles que não recolherem o imposto nos prazos legais;

II - cinquenta por cento do ITCD devido, aqueles que não recolherem nos prazos regulamentares.

§1º O ITCMD deve ser acrescido de multa de vinte por cento, quando o inventário for requerido depois de trinta dias da abertura da sucessão.

§ 2º As multas previstas neste artigo ficam reduzidas para:

I - trinta por cento do seu valor, quando o contribuinte, até o trigésimo dia da sua intimação, liquidar o débito exigido em auto de infração ou em comunicação escrita do fisco estadual ou da autoridade competente;

II - cinquenta por cento do seu valor, quando o contribuinte recolher o débito exigido na decisão de primeira instância, antes do julgamento administrativo final;

III - sessenta por cento do seu valor, quando, proferida a decisão de segunda instância administrativa, o contribuinte, até o trigésimo dia da intimação, liquidar o débito confirmado na decisão condenatória;

IV - setenta por cento do seu valor, quando, antes da inscrição em dívida ativa, ou se já efetivada esta, antes do seu ajuizamento, o contribuinte liquidar o débito.

Art. 136. A falta ou inexatidão de declaração relativa a elementos que possam influir no cálculo do ITCMD, com evidente intuito de sonegação, sujeitam o contribuinte à multa de três vezes o valor do imposto.

Art. 137. A penalidade do artigo anterior também se aplica a qualquer pessoa, inclusive serventuário ou funcionário, que intervenha no negócio jurídico ou na declaração e seja conivente ou auxiliar na inexatidão ou omissão praticada.

Art. 138. As penalidades constantes deste capítulo devem ser aplicadas sem prejuízo do processo criminal ou administrativo.”

Extrai-se do texto normativo acima transcrito, que a multa prevista no art. 135, §1º, da Lei 1.810/97 não consiste em penalidade por descumprimento de obrigação acessória, mas sim por atraso no recolhimento do ITCMD, consoante se denota do art. 134, III daquele codex.

A própria redação do art. 135, §1º, denota que deve existir tributo a ser pago quando da incidência de multa, pois a penalidade é aplicada mediante percentual incidente sobre a obrigação principal, e não sobre o bem.

Com efeito, agiu corretamente o magistrado de primeiro grau, ao afirmar que em virtude da incidência de isenção prevista no art. 126, II, b, e parágrafo único da Lei 1.810/97, não há que se falar em atraso no recolhimento do tributo e, conseqüentemente, na incidência da penalidade invocada pelo agravante.

Nesse sentido já se pronunciou este Tribunal:

“APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO – SENTENÇA QUE DECLAROU A ISENÇÃO DO ITCMD À OPERAÇÃO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E HOMOLOGOU A PARTILHA DO BEM - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI ESTADUAL PARA A INCIDÊNCIA DA NORMA DE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA–PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DE MULTA PELO NÃO AJUIZAMENTO DO INVENTÁRIO NO PRAZO ESTABELECIDO – INAPLICABILIDADE DA MULTA NA HIPÓTESE DE ISENÇÃO DO TRIBUTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

1. Preenchidos os requisitos previstos no art. 126, inc, II, da Lei Estadual n. 1.810/1997, verifica-se a isenção do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação de

Quaisquer Bens e Direitos – ITCMD, o que permite a homologação da partilha do bem inventariado sem o recolhimento do referido tributo.

2. Não é aplicável a multa decorrente do não ajuizamento do inventário no prazo estabelecido, porquanto trata-se de penalidade pecuniária pelo não pagamento do ITCMD, quando devido, de modo que é pena prevista pelo inadimplemento do contribuinte, o que não se verifica no caso de isenção do referido tributo.

Recurso conhecido, mas improvido, mantendo inalterada a decisão objurgada.”
(Apelação Cível n.º 2010.006519-3, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Turma Cível, 20.04.10)

Diante do exposto, 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. Julizar Barbosa Trindade

Relatora, a Exma. Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 09 de outubro de 2012.

2ª Câmara Cível
Agravo n. 0318820-43.2007.8.12.0000 - Paranaíba
Relatora Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – SANTA CASA DE MISERICÓRDIA – PEDIDO DE PENHORA SOBRE REPASSE DO SUS E PARTICULARES – IMPOSSIBILIDADE QUANTO ÀS VERBAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE QUANTO ÀS VERBAS PARTICULARES – PENHORA DE 30% SOBRE TAIS RECEITAS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS – AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

A pretensão dos agravantes quanto à penhora dos repasses realizados pelo SUS à agravada vai de encontro ao disposto no artigo 649, inciso IX, do CPC, que com a redação dada pela Lei 11.382/2006, declara impenhoráveis os “recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social”.

A própria agravada afirmou no bojo dos autos que 86% dos atendimentos prestados pelo Hospital seria realizado por intermédio do SUS, o que denota que também possui receita proveniente de particulares e, no que se refere à tais receitas, o óbice acima apontado não subsiste.

Sabe-se que a dificuldade na efetivação da penhora de bens que venham a garantir a satisfação do débito tem gerado trabalho considerável aos patronos dos exequentes/agravantes, motivo pelo qual, com fulcro no art. 20, §4º, do CPC, que acaba remetendo aos critérios do §3º, a majoração pleiteada se mostra a medida mais razoável.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de outubro de 2012.

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Conceição Pereira de Souza e outros, irrisignados com a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos do *Cumprimento de Sentença n.º 0000731882007812001801*, que movem em face de **Santa Casa de Misericórdia de Paranaíba**, que reconheceu a impenhorabilidade dos repasses recebidos pela agravada, recorrem a este Tribunal.

Aduzem, em síntese, que deve ser reconhecida a possibilidade de que a penhora eletrônica recaia sobre um percentual mensal, fixado sobre os repasses recebidos pela agravada, tanto pelo SUS quanto pelos atendimentos particulares.

Alegam que tal providência não será um obstáculo ao funcionamento dos serviços prestados pela agravada à população de Paranaíba, uma vez que o bloqueio deve recair sobre um mínimo até a satisfação do crédito dos agravantes.

Sustentam que os honorários advocatícios devem ser reformados, não sendo razoável a fixação destes em valor inferior a 1% (um por cento) do crédito exequendo, o que acaba por aviltar o trabalho e a dignidade dos trabalhos desenvolvidos pelos patronos dos agravantes.

Pugnam pelo recebimento do recurso em seu efeito suspensivo e, ao final, pelo provimento, para o fim de reformar a decisão agravada.

O presente recurso foi recebido tão-somente no efeito devolutivo.

As informações foram prestadas pelo juízo de primeiro grau.

A agravada apresentou contrarrazões pugnando pela manutenção da decisão agravada.

VOTO

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Conceição Pereira de Souza e outros** em desfavor de **Santa Casa de Misericórdia de Paranaíba**, objetivando a reforma da decisão que indeferiu a penhora de um percentual sobre os repasses financeiros recebidos pela agravada, bem como a majoração de honorários.

Tenho que o recurso merece parcial provimento.

De fato, a pretensão dos agravantes quanto à penhora dos repasses realizados pelo SUS à agravada, vai de encontro ao disposto no artigo 649, inciso IX, do CPC, que com a redação dada pela Lei 11.382/2006, declara impenhoráveis os “recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social”.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONVÊNIO BACEN-JUD. PENHORA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LEI Nº 11.382/06.

1. Esta Corte admite a expedição de ofício ao Bacen para se obter informações sobre a existência de ativos financeiros do devedor, desde que o exequente comprove ter exaurido todos os meios de levantamento de dados na via extrajudicial.

2. No caso concreto, a decisão indeferitória da medida executiva requerida ocorreu depois do advento da Lei 11.382/06, a qual alterou o Código de Processo Civil para: a) incluir os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de penhora, equiparando-os a dinheiro em espécie (art. 655, I) e; b) permitir a realização da constrição por meio eletrônico (art.

655-A). Aplicação do novel artigo 655 do CPC. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção.

3. Existe, assim, a necessidade de observância da relação dos bens absolutamente impenhoráveis, previstos no art. 649 do CPC, especialmente, “os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social” (inciso VIII), bem como a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de quarenta (40) salários mínimos (X).

4. Agravo regimental provido. (AgRg no REsp 1077240/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 27/03/2009)

De outro lado, a própria agravada afirmou no bojo dos autos que 86% dos atendimentos prestados pelo Hospital seriam realizados por intermédio do SUS, o que denota que também possui receita proveniente de particulares e, no que se refere à tais receitas, o óbice acima apontado não subsiste.

Nesse sentido já decidiu este Tribunal:

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO SENTENÇA – PENHORA DE CRÉDITO DO HOSPITAL SANTA CASA JUNTO A PLANOS DE SAÚDE – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Apesar do hospital ser uma entidade sem fins lucrativos, não há como confundir o repasse feito pelo SUS com os créditos provenientes de serviços prestados aos planos de saúde, inexistindo óbice quanto a penhora de parte desses créditos para saldar débitos do hospital. Ademais, não há notícia nos autos de que o crédito em questão, ou seja, R\$ 2.980,40, venha a causar impacto significativo nos recursos repassados pelos planos de saúde. Afora isso, não restam dúvidas de que a penhora de qualquer outro bem certamente ensejará nova discussão acerca de sua essencialidade para a prestação dos serviços de saúde a toda a população. Daí que, em atendimento ao disposto no art. 620 do CPC, deve ser mantida a penhora dos créditos em questão.” (Agravo n.º 2011.028586-0, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, j. 20.10.11)

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – REFORÇO DE PENHORA – NOVA AVALIAÇÃO – INDEFERIMENTO – AUSÊNCIA DE VÍCIOS – CONSTRIÇÃO SOBRE REPASSE DE VERBAS DO SUS AO HOSPITAL SANTA CASA – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Inexistindo provas nos autos da existência de vícios quanto à avaliação judicial, bem como de fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem penhorado, não se defere pedido de nova avaliação.

Considerando que os repasses percebidos pela recorrente não representam créditos do SUS, mas, sim, numerários de sua propriedade, em contraprestação aos serviços de saúde, possível se verifica a decretação da penhora de 30% (trinta por cento) sobre tais repasses.

Em regra, a intervenção de município em instituição hospitalar não impede os credores de buscarem, por meio da via judicial, o recebimento de seus créditos perante essa instituição.” (Agravo n.º 2005.015529-0, 1ª Turma Cível, Rel. Des. Josué de Oliveira, j. 15.05.06)

Não se olvide das dificuldades financeiras pelas quais passa a agravada, consoante demonstrado nos autos, mas tal fato não repele o direito dos agravantes.

Enquanto isso, como a receita originária de particulares, como afirmado pela própria agravada, constitui apenas 14% do atendimento prestado, a penhora de 30% sobre tal receita mensal não se mostra demasiadamente onerosa para o devedor.

No que tange ao valor relativo a honorários fixados no cumprimento de sentença, para pronto pagamento, assiste razão ao agravante.

Isto porque o valor se mostra irrisório se comparado ao valor exequendo – aproximadamente R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) – bem como porque foi utilizado como fundamento do juízo a quo, naquela oportunidade, “tendo em conta a pouca complexidade da causa, tempo e trabalho exigidos dos profissionais nesta circunstâncias.”

No entanto, sabe-se que a dificuldade na efetivação da penhora de bens que venham a garantir a satisfação do débito tem gerado trabalho considerável aos patronos dos exequentes/agravantes, motivo pelo qual, com fulcro no art. 20, §4º, do CPC, que acaba remetendo aos critérios do §3º, a majoração pleiteada se mostra a medida mais razoável.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, para o fim de determinar a penhora de 30% da receita mensal da agravada, de origens particulares, bem como majorar os honorários advocatícios arbitrados no Cumprimento de Sentença, fixando-os em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Relatora, a Exma. Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 09 de outubro de 2012.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0007683-12.2009.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

E M E N T A – EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS – AÇÃO PREVIDENCIÁRIA – HONORÁRIOS CONTRATUAIS CONVENCIONADOS EM 30% DO PROVEITO ECONÔMICO – AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO – OBSERVÂNCIA À TABELA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – RECURSO PROVIDO.

Devem ser mantidos os honorários advocatícios, contratados em 30% (trinta por cento) sobre o benefício econômico auferido, em ação previdenciária, eis que se acha em consonância com o percentual previsto na tabela editada pela Ordem dos Advogados do Brasil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 29 de novembro de 2012.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Patrícia Tieppo Rossi interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos embargos à execução, autos n. 0007683-12.2009.8.12.0019, opostos por Efigênia Aguilhera.

Alega que conforme a tabela de honorários advocatícios disponibilizada pela OAB/MS, na advocacia previdenciária, nas ações condenatórias, constitutivas e declaratórias, é legítima a cobrança de 20% a 30% sobre o valor da condenação ou eventual acordo.

Salienta ser perfeitamente possível a cobrança de 30% (trinta por cento) sobre o valor da condenação, avençado quando da celebração do contrato de prestação de serviços advocatícios.

Destaca que, a cobrança do percentual fixado se justifica na medida em que houve a necessidade de deslocamento para a prestação dos serviços, tendo como destino a cidade de Aral Moreira/MS, domicílio da apelada, e Ponta Porã/MS, comarca onde tramitou o processo.

Sustenta que não houve violação ao artigo 34, incisos III e IV, do Estatuto da Advocacia, pois a reunião realizada na Câmara de Vereadores da cidade de Aral Moreira teve o único intuito de prestar esclarecimentos relacionados ao direito previdenciário.

Esclarece jamais ter atendido na câmara de vereadores, tampouco recebido qualquer auxílio daquele órgão.

Ao final, requer o provimento do recurso, reformando-se a sentença proferida.

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Patrícia Tieppo Rossi, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos embargos à Execução, autos n. 0007683-12.2009.8.12.0019, opostos por Efigênia Aguilhera.

Insurge-se a apelante quanto a redução imposta aos honorários convencionados entre as partes, que foram reduzidos de 30% para 20% sobre o benefício econômico auferido pela apelada, bem em relação ao capítulo da sentença que determinou o encaminhamento de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Amambai, para apuração de infração aos incisos III e/ou IV, do artigo 34, do Estatuto da Advocacia.

O exercício da advocacia e as relações provenientes de seu desempenho são reguladas pelo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei Federal n. 8.906, de 04 de julho de 1994

O artigo 22, da Lei n. 8.906/94, confere ao profissional inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil “o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”.

No presente caso, as partes celebraram contrato de prestação de serviços advocatícios, mediante o qual a apelada comprometeu-se a efetuar o pagamento de 30% do benefício econômico auferido com a propositura de ação para o recebimento de benefício previdenciário.

O valor representado pelo contrato exequendo originou-se de comum acordo das partes, que amigavelmente convencionaram a remuneração pelos serviços prestados, assumindo a apelada a obrigação de adimpli-lo.

Nessa senda, havendo a manifestação de vontade das partes, em observância ao princípio da *pacta sunt servanda*, a relativização da validade do negócio jurídico apenas seria admissível caso restasse evidenciada a presença de algum vício ou erro, hipótese que, conforme bem observado pelo juízo singular, não se amolda ao presente caso, observando-se, ainda, que os serviços foram prestados satisfatoriamente.

Acerca dos parâmetros a serem observados para a fixação dos honorários advocatícios, dispõe o artigo 36, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, *in verbis*:

“Art. 36. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

I – A relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;

II – o trabalho e o tempo necessários;

III – a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de desavir com outros clientes ou terceiros;

IV – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional;

V – o caráter de intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente;

VI – o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado;

VII – a competência e o renome do profissional;

VIII – a praxe do foro sobre trabalhos análogos.”

Ainda disciplinando a matéria, o artigo 2º, das disposições introdutórias da tabela de honorários advocatícios, estabelece que os valores fixados são mínimos, podendo variar de acordo com a “complexidade da causa, o trabalho e o tempo necessário, a importância do interesse econômico e os conhecimentos do advogado, a sua experiência e o seu conceito como profissional e a condição econômica do cliente”.

Atentando-se, ainda, ao que dispõe a tabela da Ordem dos Advogados do Brasil (f. 20), em relação aos honorários a serem fixados para a propositura de ação de natureza previdenciária, o item 85 estabelece que nos feitos de cognição condenatória, constitutiva e declaratória podem variar entre “20 a 30% sobre o valor bruto da condenação ou eventual acordo, sem dedução dos encargos fiscais e previdenciários.”

Nesse passo, verifica-se que os honorários encontram-se em consonância com as disposições em referência, principalmente em relação ao item 85 da Tabela de Honorários Advocatícios da OAB/MS, de modo que devem permanecer nos exatos termos em que foram convencionados.

Observa-se, ainda, que o juízo de primeiro grau determinou a expedição de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Amambai, para a apuração de possível transgressão dos incisos III e/ou IV, do artigo 34, do Estatuto da OAB.

Todavia, a adoção de tal medida depende da presença de indícios que demonstrem ter o profissional praticado a conduta tipificada nos dispositivos supracitados, o que não se verifica no caso em análise, uma vez que não se vislumbra provável infração disciplinar, considerando que o percentual pactuado acha-se dentro do limite fixado na tabela de honorários.

Outrossim, a simples prestação de esclarecimentos à comunidade não é capaz de ensejar o reconhecimento de infração disciplinar, mormente de que a recorrente tenha auferido vantagem ou proveito econômico da situação.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para: **(a)** reformar a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, a fim de julgar improcedentes os presentes embargos à execução, opostos em por Efigênia Agulhera, em face de Patrícia Tieppo Rossi; **(b)** tornar sem efeito a determinação de expedição de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil para apuração de eventual infração disciplinar.

Condeno a apelada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em R\$600,00 (seiscentos reais), nos termos do que dispõe o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, cuja exigência permanecerá sobrestada na forma prevista no art. 12 da Lei Federal n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.

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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 29 de novembro de 2012.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0129341-91.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – LOCAÇÃO DE IMÓVEL – RESCISÃO CONTRATUAL – DETERIORAÇÃO DO BEM – PAGAMENTO DE DANOS MATERIAIS E MULTA POR INFRAÇÃO CONTRATUAL – DEVIDOS – ALTERAÇÃO DO TERMO DO CONTRATO – COMPROVADO – INTEGRALIDADE DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – NÃO CABIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Nos contratos de locação de imóvel as partes se obrigam a ceder à outra, por tempo determinado, ou não, o uso e o gozo do bem, mediante retribuição e devolução conforme o estado em que a recebeu. Contrato não cumprido, aplicam-se os dispositivos garantidores para seu adimplemento.

Havendo deterioração do imóvel locado por culpa do locatário, gera obrigação de pagamento da despesa efetuada para reparação do bem e restituição ao estado como o recebeu.

É pacífico o entendimento de que o termo do contrato ocorre na data da entrega das chaves ao locador. No caso em tela, a entrega ocorreu em juízo, devidamente comprovada nos autos.

Compreende-se que a aplicação do exposto no § 3º do art. 20 do CPC evidencia perfeita adequação da norma ao caso concreto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 20 de setembro de 2012.

Des. Sideni Soncini Pimentel – em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

O Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, representado por seu diretor Waldemir Moka Miranda de Brito, interpõe recurso de apelação para reformar parcialmente a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação de cobrança ajuizada pelo Espólio de João Fernandes de Carvalho, representado por sua inventariante Kátia Brito Lira de Carvalho, referente a contrato de locação de imóvel.

Na apelação, requer o total provimento do pedido para se conhecer a mora do apelado em receber as chaves do imóvel, as quais alega tê-las depositado em juízo na data de 30 de maio de 2006 e, conseqüentemente, a inexistência de qualquer direito do apelado quanto aos seus pedidos iniciais, julgando-os totalmente improcedentes para excluí-lo da condenação do pagamento no valor de R\$ 24.948,74 (vinte

e quatro mil, novecentos e quarenta e oito reais e setenta e quatro centavos) referente aos três aparelhos de ar-condicionado desaparecidos, mais a reparação das avarias ocasionadas no imóvel durante a locação, por tratar-se de reforma estrutural que não fazia parte da relação contratual, conforme se depreende dos recibos, orçamentos e notas fiscais acostados nos autos.

Requer ainda o apelante que seja excluída sua condenação quanto ao pagamento da multa contratual e, por fim, que seja atribuído integralmente o ônus da sucumbência ao apelado.

Intimado, o apelado apresentou contrarrazões para que seja mantida incólume a sentença.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, representado por seu diretor Waldemir Moka Miranda de Brito, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação de cobrança promovida pelo Espólio de João Fernandes de Carvalho, representado por sua inventariante Kátia Brito Lira de Carvalho.

Na inicial, o Espólio de João Fernandes de Carvalho requereu que a ação de cobrança fosse julgada procedente para condenar o Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB ao pagamento no valor de R\$ 24.948,74 (vinte e quatro mil, novecentos e quarenta e oito reais e setenta e quatro centavos), referentes às despesas realizadas para reparação do imóvel danificado e abandonado, acrescidos de juros de mora e correção monetária, multa contratual, custas processuais e extraprocessuais, mais honorários advocatícios em 20% sobre o valor total do débito, fixação do término do contrato em 28 de setembro de 2006, além do arbitramento judicial dos honorários de administração das obras.

Na contestação o réu requereu que fossem julgados totalmente improcedentes os pedidos formulados pelo autor alegando que os reparos no imóvel, objeto da locação, foram em função da existência de problemas estruturais, sendo estes, conforme indicado no contrato, de responsabilidade exclusiva do locador/autor. Pugnou pelo reconhecimento do encerramento do contrato em 31 de março de 2006, prazo extintivo apontado na cláusula 1ª e, ainda, pela total improcedência do pedido relativo à fixação de honorários da administração de obras e a condenação do autor ao pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios em 20% sobre o valor da causa.

A sentença julgou o autor carecedor da ação quanto ao pedido formulado para arbitramento de honorários de administração de obras por falta de legitimidade ativa *ad causam* e, por consequência, extinto o processo nessa parte nos termos do art. 267, VI, do CPC. Quanto ao pedido de cobrança, o juiz *a quo* resolveu o mérito de acordo com o art. 269, I, do CPC e julgou procedente para condenar o réu ao pagamento de R\$ 24.948,74 (vinte e quatro mil, novecentos e quarenta e oito reais e setenta e quatro centavos) referente à reparação dos danos causado no imóvel, com correção monetária pelo IGPM a partir do dispêndio de cada quantia, conforme notas de fls. 43/122 e juros de mora contados a partir da citação, segundo o art. 405 do Código Civil, acrescidos, ainda, da multa contratual prevista na cláusula 13ª.

O autor foi condenado a pagar 20% das custas processuais e R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) de honorários advocatícios, com base no art. 20, § 4º, do CPC.

Por sua vez, o réu foi condenado a pagar o restante das custas processuais e os honorários advocatícios arbitrado em 15% do valor da condenação, atendendo aos critérios do art. 20, § 3º, do CPC.

O magistrado sentenciante considerou a data do início do contrato em 7 de março de 2002 e o seu termo em 4 de setembro de 2006.

Insurge o apelante requerendo total provimento ao recurso a fim de reformar parcialmente a sentença para reconhecer a mora do apelado em receber as chaves do imóvel, depositadas em juízo em 30 de maio de 2006 e pela inexistência de qualquer direito do apelado em seus pedidos formulados na inicial, julgando-os totalmente improcedente em razão do arcabouço probatório constante nos autos e excluí-lo da condenação que lhe foi imputada.

Alega que o valor de R\$ 24.948,74 (vinte e quatro mil, novecentos e quarenta e oito reais e setenta e quatro centavos) refere-se aos aparelhos de ar-condicionado, bem como à reforma realizada no imóvel, conforme os recibos de fls. 71, 97, 100-101 e 114, as notas fiscais de fls. 72-73, 78-79, 83-84, 89-90 e os orçamentos de fls. 119, 120-122 apresentados nos autos, que são relativos: a) às modificações elétricas, a exemplo de troca de campainha de um cômodo para outro, o que representa novas instalações e canalizações em detrimento de anulação de outras; b) à construção de parte nova de alvenaria, com acréscimo de muro (f. 128); c) à vedação dos espaços onde ficavam localizados os condicionadores de ar; d) à colocação de piso novo de cerâmica em vez do piso de madeira (f. 142), itens que não fazem parte da relação contratual firmada entre as partes.

Afirma, ainda, que o valor referente à despesa com a reforma do telhado não lhe cabe, considerando a existência de um vício de construção mencionada no depoimento do antigo administrador do Espólio, motivo pelo qual requer seja esse item retirado da condenação.

Além disso, requer seja retirada da condenação a multa contratual estabelecida na cláusula 13ª e a modificação da condenação para atribuir integralmente o ônus da sucumbência ao apelado.

Extrai-se da análise dos aspectos fáticos da demanda que assiste razão ao apelante quanto ao depósito das chaves em juízo, pois a teor da doutrina apresentada por Silvio de Salvo Venosa (2012, p.162-163, Direito Civil: contratos em espécie, v.3), considera-se que:

“A entrega de imóvel dá-se pela tradição simbólica, geralmente a entrega das chaves. Pode ser ficta, mediante a prática de qualquer ato que faça o locador voltar a ser possuidor direto do imóvel. Havendo recusa no recebimento, poderá o locatário depositar o imóvel em juízo. Enquanto não restituído o prédio, responde o inquilino pelos aluguéis e encargos. Não poderá abandoná-lo, porque ficará sujeito a perdas e danos.”

Constata-se nos autos, por meio do documento de fls. 244, que o apelante procedeu à entrega das chaves em juízo no dia 30 de maio de 2006, porém o juiz *a quo* considerou a rescisão do contrato em 4 de setembro de 2006, data em que foi lavrado o termo de entrega das chaves à inventariante do Espólio de João Fernandes de Carvalho (fls. 315).

Assim, deve ser reformada a sentença nessa parte para considerar a data da rescisão do contrato aquela em que houve o depósito das chaves do imóvel em cartório, ou seja, em 30 de maio de 2006.

Melhor sorte não assiste ao apelante em relação ao pedido de exclusão da condenação o pagamento dos valores referentes aos aparelhos de ar-condicionado e à reforma realizada no prédio, pois o imóvel locado deve ser restituído ao locador no estado em que foi recebido pelo inquilino e, quando for o caso, com suas devidas pertencas.

Afirma o art. 93 do Código Civil, *in verbis*: “São pertencas os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento do outro.”

No entendimento de Silvio de Salvo Venosa (2012, p.159, Direito Civil: contratos em espécie, v.3):

“Pertencas são coisas acessórias destinadas a conservar ou facilitar o uso das coisas principais [...] O contrato deve ser expresso a respeito de pertencas que possam ser facilmente retiradas, como lustres e aparelhos de ar-condicionado. A presunção relativa, não havendo ressalva do locatário, é de que a coisa foi recebida a contento.” (grifo nosso).

O contrato de locação contém um termo aditivo onde foi relacionado os itens que formam as pertencas existentes no imóvel, o qual foi aceito pelo locatário sem nenhuma ressalva (fls. 13-17).

Constam no termo aditivo três aparelhos de ar-condicionado, motivo pelo qual revela-se correta a sentença prolatada pelo magistrado singular que condenou o apelante ao pagamento dos condicionadores de ar ao apelado.

Ademais, o art. 569, IV, do Código Civil e o art. 23, III, da Lei do Inquilinato (8.245, de 18.10.1991), são dispositivos que, por sua natureza, consagram nos contratos de locação, a obrigação de restituir a coisa na forma em que a recebeu, vejamos:

“Art. 569. O locatário é obrigado:

[...]

IV – a restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular.”

.....//.....

“Art. 23. O locatário é obrigado a:

[...]

II – servir-se do imóvel para o uso convencionado ou presumido, compatível com a natureza deste e com o fim a que se destina, devendo tratá-lo com o mesmo cuidado como se fosse seu;

III – restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal;

[...]

V – realizar a imediata reparação dos danos verificados nos imóvel, ou nas suas instalações, provocados por si, seus dependentes, familiares, visitantes ou prepostos.”

Em relação aos itens que perfazem o *quantum* da reforma do imóvel, alega o apelante que não constam no contrato, contudo, firmou obrigação expressa nos termos das cláusulas contratuais, sendo que, a 1ª, diz: “... **se compromete a entregar o imóvel em perfeitas condições, assim como o recebe, nos termos da cláusula 4ª...**”. (grifo nosso). A cláusula 4ª trás a seguinte obrigação:

“O locatário, salvo as obras que importem na segurança do imóvel, obriga-se por todas as outras, devendo trazer o imóvel locado em boas condições de higiene e limpeza, com os aparelhos sanitários e de iluminação e de ar condicionado, pinturas, telhados, vidraças, portas, armários, torneiras, chuveiros, ralos, banheiros e demais acessórios em perfeito estado de conservação e funcionamento, para assim restituí-los e também quaisquer benfeitorias, ainda que necessárias, as quais ficarão desde logo incorporadas ao imóvel. (fls. 13). (grifo nosso).

Os recibos, notas fiscais e orçamentos colacionados aos autos são concernentes à reforma necessária no imóvel, pois conforme se depreende do Laudo de Constatação realizado pelo oficial de justiça (fls. 26-29), apurou-se verdadeiro estado de deterioração, assim ditos:

“1. GRADE E PORTÕES...a grade apresentava visível empenamento...o pilar metálico de apoio do portão apresenta dois vãos abertos, para instalação de interfone e fechadura eletrônica, ambos retirados...a pintura apresenta-se desgastada mostrando vários pontos de ferrugem...2. PAREDES...Algumas paredes apresentam furos feitos com broca, que danificaram o tijolo aparente. Na sala de visitas há cinco pregos e seis furos de broca nas paredes e na sala de jantar são vinte e um furos de broca; Existem seis vãos abertos nas paredes de cinco quartos e um na parede da sala de jantar, tendo sido retirados os seis respectivos aparelhos de ar condicionado, estando o imóvel exposto ao vento, à chuva... Não existe no imóvel nenhum sinal de ter sido ele arrombado...3. TETO E TELHADO... No quarto e no banheiro da suíte há marcas de infiltração no teto... O telhado, de telhas de cerâmica, apresenta-se com dois rincões metálicos e telhas cortadas e colocadas em total desalinhamento...Possíveis quebras e rachaduras dependerá de inspeção específica, feita por profissional da área. 4. PISOS. Todos os pisos externos são revestidos com placas de pedra ardósia, que se apresentam bastante manchadas e danificadas...A sala de visitas, o corredor, quatro quartos sociais e o apartamento de serviço tem o piso revestido com tacos de madeira. A madeira apresenta-se com grossa camada de sujeira escura, apresentando, em alguns pontos, grandes manchas, mais claras, que mostram o sinteco duramente danificado. No apartamento de serviço, devido a vazamentos nas telhas de ameamento (que apresentam trincas e pequenos furos) há marcas de muita umidade, nas madeiras de sustentação das telhas e nas paredes; os tacos deste cômodo apodreceram, deixando vários vãos abertos no piso e forte cheiro de mofo no ambiente. A sala, a cozinha e a despensa, pisos revestidos com cerâmica, na cor castanha, apresentam-se com grandes manchas escuras, e inúmeros riscos de móveis arrastados (principalmente na sala)...5. FECHADURAS INTERNAS E EXTERNAS. PORTÃO PRINCIPAL...fechadura frouxa, faltando parafusos...PORTÃO LATERAL...ausência de trinco...PORTAS EXTERNAS...A fechadura da porta de metal e vidro, saída da sala para a varanda dos fundos, está totalmente danificada, não funcionando nem para abrir nem para fechar...6.ARMÁRIOS. COZINHA. Os armários abaixo da bancada da cozinha, em madeira cerejeira, encontram-se com sua parte interna totalmente apodrecida...QUARTOS SOCIAIS. O armário, de um dos quartos, em madeira cerejeira, apresenta uma de suas partes internas destruídas...7. PARTE ELÉTRICA. São doze pontos para colocação de lâmpadas, no teto da casa, todos sem o necessário apoio metálico, para sustentação dos “globos”. No teto da casa existem apenas pedaços de fio...Por todos os cômodos da casa, vê-se adaptações feitas para ampliação da rede elétrica original. Tais adaptações encontram-se em precário estado de acabamento, faltando canaletas de condução da fiação e acabamento em vários pontos de saída elétrica (tomadas ou interruptores)...8. ACESSÓRIOS DO IMÓVEL. Vidros quebrados:...Quartos sociais: ausentes três aparelhos de ar condicionados...Banheiro do apartamento de serviço: ausente o chuveiro elétrico...”

As fotos juntadas aos autos (123-168) evidenciam de forma contundente o laudo de constatação do imóvel, acima descrita.

O vício de construção alegada pelo apelante não prospera, visto que não houve comprovação nesse sentido.

Pelo exposto, denota-se que a sentença julgou com equidade ao condenar o apelante ao pagamento do valor referente à despesa da reforma do imóvel, com o devido acréscimo de juros e correção monetária, para garantir os direitos do locador em receber o imóvel em perfeito estado de conservação.

No que tange à multa contratual, constante na cláusula 13ª, foi estipulado que corresponderia a três vezes o valor do aluguel vigente, à época, para qualquer das partes contratantes que faltassem ao cumprimento da obrigação.

Dessa forma, cabe razão ao juiz *a quo* ao julgar procedente a condenação do apelante ao pagamento da multa contratual.

Quanto ao pedido de atribuir integralmente o ônus da sucumbência ao apelado, não procede, pois a sentença arbitrou em 15% do valor da condenação, nos termos do § 3º do art. 20 do CPC, ou seja, dentro dos parâmetros estipulados pelo dispositivo:

[...]

“§ 3º. Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) 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.” Grifo nosso.

Ante ao exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial para reformar a sentença somente quanto ao termo do contrato, passando a constar a partir de 30 de maio de 2006.

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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 20 de setembro de 2012.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0363036-52.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA—APELAÇÃO CÍVEL—AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER—ADQUIRENTE DE VEÍCULO QUE NÃO PROVIDENCIOU A TRANSFERÊNCIA DA DOCUMENTAÇÃO—INFRAÇÕES COMETIDAS QUE GERARAM PONTOS NA CARTEIRA DE HABILITAÇÃO DO VENDEDOR—SENTENÇA QUE DETERMINOU A TRANSFERÊNCIA—NECESSIDADE DE OFICIAR-SE O DETRAN/MS APÓS O PERÍODO DE CUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO—RECURSO PROVIDO.

Tratando-se de obrigação de fazer, o magistrado deve socorrer-se de todos os mecanismos viáveis a realização do direito que reconheceu na sentença.

Não fixada *astreinte*, a determinação para que seja oficiado o Detran/MS após o prazo para cumprimento voluntário da decisão, é medida que se impõe como forma de conferir efetividade ao princípio do acesso à justiça. Inteligência do art. 461 do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª 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, 13 de dezembro de 2012.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Vera Lúcia Ferreira interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente a ação de obrigação de fazer ajuizada em face de Rogério Bastos Silva.

Sustenta que, ao contrário da conclusão do juízo sentenciante, a necessidade de que seja oficiado o Detran/MS para que proceda a transferência do veículo para o apelado é necessário se considerado que, na prática, poderá enfrentar dificuldades se tiver de requisitar diretamente perante o órgão apenas com a carta de sentença.

Por fim, pugna pela reforma da sentença a fim de que seja determinado a expedição de ofício ao órgão responsável para que proceda a transferência.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Vera Lúcia Ferreira, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente a ação de obrigação de fazer ajuizada em face de Rogério Bastos Silva.

Segundo consta, o réu não teria providenciado a transferência do veículo após sua compra em 04/01/2006, mesmo devidamente preenchido a “autorização para transferência de veículo”.

Ocorre que diversos débitos e pontos em sua carteira de habilitação incidiram após a transação, fruto da inércia do réu em transferir para seu nome o automóvel.

O juízo sentenciante, por sua vez, acolheu parcialmente o pedido para condenar o réu a proceder à transferência do veículo, assim como dos pontos oriundos das infrações cometidas após janeiro de 2006 no prazo de cinco dias.

Houve a interposição de embargos pela autora, defendendo a necessidade da expressa determinação no dispositivo de que fosse oficiado o Detran/MS caso houvesse o descumprimento por parte do réu.

O magistrado rejeitou os embargos por entender inexistente a omissão apontada.

De modo sucinto, este é o fato posto sob análise.

Como se observa, não há qualquer discussão acerca do fato ou do direito aplicado na solução da demanda.

A insurgência por sua vez reside apenas na possibilidade de, sem maiores providências do Judiciário, continuar o réu obstruindo a aplicação do direito da apelante já reconhecido na sentença.

A obstrução dar-se-ia mediante a manutenção da inércia em não providenciar a transferência do veículo, considerando que o juízo singular não fixou qualquer *astreinte* para a hipótese de descumprimento.

Outrossim, não afastando a coatividade inerente da decisão judicial que permitiria a apelante apresentá-la por si só ante o Detran/MS e obter a transferência, é inegável a possibilidade de envolver-se nos mais diversos contratemplos típicos da regularização de uma situação frente a órgão administrativo. Infelizmente, tem-se uma burocracia notavelmente reconhecida pelos cidadãos que precisam recorrer à providências do citado Órgão.

Neste passo, inclusive como forma de conferir ampla efetividade ao princípio do acesso à justiça, garantidor que se faz da necessária tutela judicial com vias a solução dos conflitos, tem o magistrado o dever de certificar-se, utilizando de seu conhecimento do que efetivamente ocorre na prática, de que empregou todos os mecanismos postos à sua disposição para fazer valer o direito que reconheceu (art. 461 do Código de Processo Civil).

Uma vez não cominada a multa diária na sentença, é de se supor que o magistrado no mínimo deveria assegurar a efetividade de sua decisão através da determinação para que, após o prazo de cumprimento voluntário da sentença, fosse expedido ofício ao Detran/MS para a definitiva conclusão da lide.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para determinar que, expirado o período de cumprimento voluntário da decisão, seja oficiado ao Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - DETRAN/MS para que proceda, em quinze dias, a transferência do veículo para o nome do apelado, bem como dos pontos na carteira de habilitação provenientes de infrações cometidas após 04/01/2006.

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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2012.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



Seção Criminal

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000002-31.2012.8.12.0004/50000 - Amambai Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMBARGOS INFRINGENTES – PENAL – TRÁFICO DE DROGA – INTERESTADUALIDADE – DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DOS LIMITES TERRITORIAIS – NÃO PROVIMENTO.

Comprovado o *iter criminis* no sentido de que o tráfico de drogas caracterizou-se na modalidade interestadual é de se aplicar a majorante do art. 40, V, da Lei n.º 11.343/2006, ainda que o agente não tenha ultrapassado as divisas entre os Estados da federação.

Embargos Infringentes a que se nega provimento com base na correta aplicação da lei penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e com o parecer, improveram os embargos, nos termos do voto do relator. Ausente, por férias, o Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 27 de novembro de 2012.

Des. Romero Osme Dias Lopes - em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

DIEGO FARIA DE SOUZA interpõe EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE, objetivando a prevalência do voto vencido que deu provimento parcial à APELAÇÃO e excluiu a causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei n.º 11.343/06.

Aduz que a não transposição das divisas territoriais impede o reconhecimento da majorante.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento (f. 295/300).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE interpostos por DIEGO FARIA DE SOUZA objetivando a prevalência do voto vencido que deu provimento parcial à APELAÇÃO e excluiu a causa de aumento de pena descrita no art. 40, V, da Lei n.º 11.343/06.

Sobre o assunto, discorre a doutrina que “*não será necessário que a droga efetivamente tenha que ‘tocar’ mais de um Estado da Federação, bastando que se comprove que a intenção do agente era conduzi-la a outro Estado.*”¹

Com efeito, aqui não deve ser analisada, tão somente, a efetividade da conduta, porquanto a iniciativa de transportar a droga, passando por mais um Estado da Federação, escancara ousadia e recalcitrância criminosa, na medida em que o agente se expõe por maior tempo e, mesmo assim, não se intimida diante da possibilidade de ser interceptado pela polícia.

Ademais, não se está punindo a mera intenção, visto que ao ser pego no meio do caminho, forçoso reconhecer que o *iter criminis* ultrapassou a fase da cogitação e ingressou na consumação propriamente dita, que somente não foi esgotada devido à atuação policial, que prendeu o embargante em flagrante.

In casu, o embargante confessou (f. 134/135) que saiu de Barrinhas (SP), dirigiu-se a Ponta Porã para buscar a droga e a levaria novamente para a cidade de origem.

Não bastasse isso, a placa do veículo utilizado pelo acusado era de Campinas (SP), demonstrando que ele veio imbuído da intenção de levar a droga para aquele Estado.

Raciocínio inverso pressupõe ser indispensável a transposição das divisas estaduais, deixando continuar a escalada criminosa, e, só então, quando os algozes estiverem em outro Estado – e os policiais não possuem mais atribuição para atuar – que se comunique, então, o crime à congênera vizinha, e que esta tome as medidas cabíveis. Ou seja, prevarica-se a espera que outros façam o que compete à polícia judiciária local cumprir no flagrante criminoso.

Dizer, por outro lado, que a aplicação da majorante só ocorrerá quando se puder materialmente assegurar a transposição dos limites estaduais é ignorar a realidade, camuflar os fatos, esconder-se do mundo e imaginar a estupidez da sociedade para aguentar calada os reveses impostos em prol dos meliantes e contra as pessoas de bem.

Nesse sentido, já se manifestou o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“HABEAS CORPUS – TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS ILÍCITAS – CAUSA DE AUMENTO DE PENA – DESLOCAMENTO DO ENTORPECENTE ALÉM DA FRONTEIRA ESTADUAL – FATO IRRELEVANTE – INTENÇÃO DE LEVAR A DROGA A OUTRO ESTADO – DESIDERATO FRUSTRADO – APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA ILÍCITA DURANTE A JORNADA – CIRCUNSTÂNCIA SUFICIENTE PARA INCIDÊNCIA DO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/06 – ORDEM DENEGADA.

1. “A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, para incidir a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual, sendo suficiente que haja evidência de que a droga tinha como destino outro Estado”. (HC 100.644/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 28/06/2011)

2. *In casu*, conforme assentado pelas instâncias ordinárias, a substância ilícita só não ultrapassou as fronteiras do Estado de Mato Grosso do Sul, em razão de sua apreensão pela Polícia Militar, motivo pelo qual resta justificada a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/06.

¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Lei de Drogas comentada*, São Paulo: Método, 2007, p. 146.

3. Ordem denegada.”² (Destques não originais)

“HABEAS CORPUS – TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES – ART. 33, CAPUT E § 4º, C/C O ART. 40, INCISO V DA LEI 11.343/2006 – DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS DE ESTADOS DA FEDERAÇÃO PARA A APLICAÇÃO DA MAJORANTE [...]”

1. Para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V da Lei 11.343/06 não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual; bastarão, para tanto, evidências de que a substância entorpecente tem como destino qualquer ponto além das linhas divisórias estaduais.

[...]”³ (Destques não originais)

Assim, nego provimento aos EMBARGOS INFRINGENTES interpostos por DIEGO FARIA DE SOUZA, mantendo o acórdão original da 1ª Câmara Criminal.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Revisor)

De acordo com o relator.

O Sr.Des. Francisco Gerardo de Sousa(3º Vogal)

De acordo com o relator.

A Srª. Desª Maria Izabel de Matos Rocha (4ºVogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (5ºVogal)

Ouvi atentamente o voto do eminente relator e também o acompanhamento para dar provimento parcial ao recurso defensivo, mas, com a devida *venia*, dou provimento em maior extensão, afastando a aplicação da causa de aumento do art. 40, V, da Lei de Drogas, a qual, a meu ver, não restou configurada nos autos.

Isto porque restou comprovado que o réu, apesar de ter a intenção de levar a droga para outro Estado, foi preso, em flagrante, no município de Amambai (MS), ou seja, não atravessou a divisa entre os Estados, não podendo, assim, falar-se em tráfico interestadual de drogas.

Sobre o assunto: “*É preciso prova efetiva de que a droga provém de outro Estado da Federação, ou de que se trata de tráfico entre Estados e Distrito Federal*”(MARCÃO Renato. Tóxicos. 4º ed. 2007: Saraiva. p. 337).

Neste sentido:

“A causa especial de aumento de pena prevista no inciso V do artigo 40 da nova Lei Antidrogas pressupõe que os agentes tenham ultrapassado a fronteira entre duas ou mais unidades federativas.” (STJ. HC 99373/MS. Rel.ª Min.ª Jane Silva (Des.ª convocada do TJ/MG). 6.ª Turma. j. 18/03/2008. DJe 14.04.2008).

Logo, o simples fato de a recorrente confessar que a droga tinha como destino outro Estado, não tem o condão de ensejar a referida causa de aumento.

² HC 213.722/MS, 6 T., rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA (Des. conv. do TJ/RS), j. 13/09/2011.

³ HC 157.630/SP, 5ª T., rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 16/11/2010.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso em maior extensão, e, diante da exclusão da causa de aumento e concordando com a fixação da pena operada pelo relator até a segunda fase da dosimetria, torno a pena, em definitivo, em **04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa**, estes no unitário mínimo.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (6º Vogal)

Acompanho o 5º Vogal

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (2º Vogal)

Acompanho o 5º Vogal

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COM O PARECER, IMPROVERAM OS EMBARGOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE, POR FÉRIAS, O DES. MANOEL MENDES CARLI.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. João Carlos Brandes Garcia e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 27 de novembro de 2012.

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0047118-76.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO PENAL – LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – SUSPENSÃO DA DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DO ART. 16, DA LEI N.º 11.340/06 – NATUREZA INCONDICIONADA DA AÇÃO PENAL – NECESSIDADE DE REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO – NÃO PROVIMENTO.

Após o pronunciamento do Pretório Excelso, no julgamento da ADI 4.424, para “*assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico*”, conclui-se que a representação da vítima é irrelevante para o prosseguimento do processo criminal.

Admitindo-se que a ação penal possui natureza incondicionada, é absolutamente desnecessário o agendamento da audiência do art. 16, da Lei n.º 11.340/06, já que eventual retratação não teria nenhum efeito no trâmite processual.

Recurso em Sentido Estrito defensivo a que se nega provimento, para determinando-se o regular prosseguimento da ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal 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 outubro de 2012.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de RECURSO EM SENTIDO ESTRITO interposto por contra a decisão (f. 44) que suspendeu a audiência prevista no art. 16, da Lei n.º 11.340/06, e determinou o normal prosseguimento do feito.

Sustenta que a ação penal para a apuração do crime de lesão corporal leve – ainda que no ambiente doméstico – é condicionada à representação, possibilitando a retratação da ofendida em audiência designada antes do recebimento da denúncia. Ressalta que, se presente o interesse das partes na manutenção do núcleo familiar, não é razoável que o Estado intervenha para obrigá-las a uma demanda criminal indesejada (f. 02/09 e 34/35).

Contrarrazões ministeriais pelo não provimento do recurso (f. 17/24 e 49/51).

Contrarrazões da DEFENSORIA PÚBLICA DE DEFESA DA MULHER também pela rejeição do recurso (f. 54/56).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se no mesmo sentido (f. 64/67).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de RECURSO EM SENTIDO ESTRITO interposto por contra a decisão (f. 44) que suspendeu a audiência prevista no art. 16, da Lei n.º 11.340/06, e determinou o normal prosseguimento do feito.

Consta na denúncia que, aos 06 de dezembro de 2009, por volta das 17h30min, na rua Gabriel Malke, Jardim Itamaracá, em Campo Grande, o recorrente deu um soco no rosto da vítima PRISCILA GONÇALVES DA SILVA ARAÚJO, sua ex-companheira, causando-lhe lesões corporais aparentes.

Aos 29 de abril de 2010, a denúncia foi recebida e determinada a citação do acusado (f. 40). Pouco após, aos 05 de julho de 2010, o feito foi chamado à ordem e designada data para a realização da audiência do art. 16, da Lei n.º 11.340/06 (f. 41).

Na audiência em questão, aos 22 de setembro de 2010, foram anulados todos os atos processuais desde o recebimento da denúncia e reagendada a audiência, ante a ausência do *Parquet* para o ato processual (f. 42/43).

Aos 21 de fevereiro de 2011, mais uma vez, o feito foi chamado à ordem para que fosse suspensa a audiência redesignada e revogada a decisão que decretou a nulidade dos atos processuais (f. 44).

É contra esta decisão que se insurge o recorrente.

Ab initio, deve-se esclarecer que a vítima manifestou expressamente o desejo de que o recorrente fosse processado criminalmente (f. 38).

Entre várias controvérsias no trâmite processual, verifica-se que a audiência do art. 16, da Lei n.º 11.343/06, mesmo quando devidamente agendada não contou com a presença da ofendida (f. 42/43).

Em tais condições sequer há indícios de que a vítima pretenda se retratar de representação anteriormente manifestada. Ao contrário do que defende o recorrente, não se notam elementos de convicção de que as partes envolvidas pretendam manter o núcleo familiar. Deve-se ressaltar que esta afirmação, ainda que verdadeira, não encontra qualquer respaldo nas provas dos autos.

Não fosse o bastante, mesmo já tendo manifestado entendimento pessoal de que ações desta natureza são públicas condicionadas à representação, houve importante decisão de controle de constitucionalidade *in abstracto* do Pretório Excelso.

Aos 09 de fevereiro de 2012, o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL julgou procedente a AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n.º 4.424, decidindo que ao dar “*interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei n.º 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico*”.

Na mesma ocasião, foi julgada procedente a AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE n.º 19 “*para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).*”

É certo que os julgamentos em tela ainda não tiveram os acórdãos publicados, entretanto, trata-se de controle abstrato de constitucionalidade que possui efeito *erga omnes*, vinculante e *ex tunc*.

Neste contexto, sendo o resultado dos julgamentos da ADI n.º 4.424 e da ADC n.º 19 de clareza solar sobre o entendimento da Corte Suprema, de que a ação penal nos casos de violência doméstica é de natureza pública incondicionada e de que não se aplicam quaisquer dos institutos da Lei n.º 9.099/95.

Assim sendo, deve-se lembrar que além da previsão contida na Lei n.º 11.340/06, o crime em tela seria condicionado à representação por exigência da Lei n.º 9.099/95, de que “*além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas*” (art. 88).

Ocorre, entretanto, que o entendimento já mencionado do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL afasta completamente os fundamentos jurídicos para a exigência da representação como condição de procedibilidade da ação penal.

Importante lembrar que o julgamento de ação de controle abstrato possui, em regra, efeitos *ex tunc*, portanto o fato de a decisão ora combatida ter sido proferida antes da manifestação da Suprema Corte é irrelevante.

Aliás, apenas para que não paire dúvidas, a Lei n.º 9.868/99 admite a chamada “*modulação de efeitos*” apenas em situações excepcionais “*tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social [...] por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*” (art. 27), o que não ocorreu *in casu*.

Por fim, cumpre destacar que se o Pretório Excelso consolidou o entendimento quanto à desnecessidade de representação da ofendida para casos como o retratado nos autos, certamente, a audiência almejada pelo recorrente não teria qualquer utilidade processual.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por ELBERTO TELES RIBEIRO.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (1.º vogal)

Acompanho o relator, Desembargador Carlos Eduardo Contar, a fim de negar provimento ao presente recurso.

Registro, contudo, que os fatos aqui discutidos ocorreram antes do julgamento da ADI 4424, pelo Supremo Tribunal Federal, que assentou natureza incondicionada aos casos de crimes no âmbito doméstico e familiar, sendo que tal decisão não pode retroagir a fim de prejudicar o recorrido.

Entretanto, o fato de a denúncia já ter sido recebida impossibilita a realização da audiência do artigo 16 da Lei 11.343/06, porquanto *nas ações públicas condicionadas à representação da ofendida [...], só será admitida a renúncia a representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.*

Assim, a decisão de prosseguimento do feito deve ser mantida, pois resta incabível a retratação da representação, posto que a peça exordial já foi recebida.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (2.º vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 08 de outubro de 2012.

2ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* n. 0602496-26.2012.8.12.0000 - Ivinhema**
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – CRIMES APENADOS COM DETENÇÃO – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS – NÃO CONCESSÃO.

Ainda que o paciente seja acusado da prática de crime apenados com penas de detenção e ostente condições pessoais favoráveis, o descumprimento de medidas protetivas antes impostas autoriza o decreto de prisão preventiva.

Habeas Corpus a que se nega concessão, face a necessidade do encarceramento cautelar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 15 de outubro de 2012.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

A advogada JUCELIA FROES BESSA ingressa com pedido de *HABEAS CORPUS*, com pleito de liminar, em favor de PAULO ROBSON DE ALMEIDA sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE IVINHEMA.

Esclarece que o paciente está preso desde 07 de setembro de 2012, por força de mandado de prisão preventiva, “sob a acusação de ter desobedecido determinação judicial (ameaça)” (f. 03), e que o pleito de revogação da custódia cautelar foi indeferido pelo juízo a quo.

Alega que o paciente foi até a residência da vítima, mas apenas e tão-somente porque a mesma o chamou insistentemente. Acrescenta que muitas vezes a vítima agrediu o paciente, resultando em agressões mútuas.

Aduz que PAULO possui condições pessoais favoráveis, preenchendo os requisitos para a revogação da prisão preventiva.

Sustenta não haver qualquer indício de que o paciente pretenda prejudicar a instrução criminal e que há desproporcionalidade entre a prisão e a possível punição pelo crime, ensejando a aplicação de medidas cautelares alternativas.

A liminar foi indeferida (f. 94/95). Vieram informações (f. 99/100).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela não concessão da ordem (f. 101/109).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Extraí-se dos autos que a vítima DEBORA CRISTINA BATILANI representou contra o ora paciente, autos n. 0000927-03.2012.8.12.0012, em razão de ter sido agredida fisicamente por ele, que a derrubou no chão, puxou seus cabelos e desferiu tapas em seu rosto.

Consta ainda que na data de 13 de julho de 2012, após a decretação de medidas protetivas, o paciente entrou no quintal da residência da vítima e começou a bater nas janelas e na porta, gritando o nome da mesma para que esta saísse, reiterando tal atitude durante toda a noite.

Posteriormente, no dia 22 de julho, a vítima foi a uma festa e ao ser vista pelo paciente, este foi com sua motocicleta ao seu encontro e começou a xingá-la, bem como chutou o carro de um amigo da vítima e a ameaçou, dizendo que iria matá-la.

A vítima foi até a Delegacia de Polícia relatar que o paciente desobedeceu a decisão judicial e acrescentou que devido ao ocorrido deixou o seu serviço, a escola e a liberdade de vir para a cidade, mudando-se para o sítio do pai. Ainda, declarou que o paciente constantemente a ameaça por meio de ligações e mensagens.

A impetrante pugna pela soltura do paciente aduzindo que o mesmo ostenta condições pessoais favoráveis e que é desproporcional a segregação cautelar.

Ab initio, mesmo que fosse comprovada a primariedade do paciente, não há que se questionar eventual desproporcionalidade entre a prisão preventiva e a eventual condenação.

Na verdade, ainda que as penas previstas para as imputações direcionadas ao paciente sejam passíveis apenas de detenção, sua custódia cautelar se mostrou imprescindível para a garantia da ordem pública e da adequada instrução criminal.

Ademais, constata-se que o Código de Processo Penal estabelece a possibilidade de prisão preventiva, independentemente do *quantum* abstrato de pena “*se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*” (art. 313, III).

É exatamente o caso dos autos em que já havia ordem judicial anterior de afastamento do paciente em relação à vítima e o mesmo não conseguiu frear seus impulsos e desrespeitou tal decisão.

Neste aspecto, ainda que o paciente possua todos os requisitos para responder o processo em liberdade, sua soltura é inviabilizada por seu próprio comportamento que demonstra a incapacidade de respeitar as regras da liberdade provisória.

Este entendimento é consolidado pela jurisprudência desta Corte:

“*HABEAS CORPUS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL – PRISÃO PREVENTIVA – PRETENDIDA REVOGAÇÃO – MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA – DESCUMPRIMENTO – AMEAÇAS CONSTANTES À OFENDIDA – CIRCUNSTÂNCIA QUE RECOMENDA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA – REAL POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA – PACIENTE DOTADO*”

DE EFETIVA PERICULOSIDADE – CONDIÇÕES PESSOAIS DESFAVORÁVEIS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA.

O descumprimento da medida protetiva de urgência aliado às constantes ameaças proferidas contra a vítima, sua ex-companheira, justificam a segregação cautelar do paciente, sobretudo por possuir diversas autuações em situações de violência doméstica e outras criminais, inclusive com condenação transitada em julgado, o que demonstra sua personalidade voltada à prática delitiva.”¹

“*HABEAS CORPUS* – AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRETENDIDA A LIBERDADE PROVISÓRIA – NÃO POSSÍVEL – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – CONCRETO RISCO DE REITERAÇÃO – CONDIÇÕES PESSOAIS IRRELEVANTES – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA.

Mantém-se a segregação cautelar, porquanto devidamente fundamentada nos requisitos legais do art. 312 e do art. 313, inciso III, do CPP, consistentes em crime de ameaça praticado no âmbito das relações domésticas, mediante descumprimento de medidas protetivas deferidas anteriormente, bem como, evidenciada a periculosidade do agente e o concreto risco de reiteração criminosa.”²

Ante o exposto, nego concessão ao pedido de *HABEAS CORPUS* em favor de PAULO ROBSON DE ALMEIDA.

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. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 15 de outubro de 2012.

1 HC 2012.015852-8, 2ª Câm. Crim., Rel. Des. ROMERO OSME DIAS LOPES, j. 18/06/2012, DJ 25/06/2012.

2 HC 2012.014603-5, 1ª Câm. Crim., rel. Des. FRANCISCO GERARDO DE SOUSA, j. 11/06/2012, DJ 18/06/2012.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000624-79.2010.8.12.0037 - Itaporã
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA –APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – NÃO ACOLHIMENTO – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PERIGO CONCRETO – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – RECURSO IMPROVIDO.

I – O artigo 306 da Lei 9.503/97 cuida de crime de perigo abstrato: o simples fato de o agente dirigir veículo sobre a influência de álcool já o tipifica, prescindindo-se de perigo concreto. Trata-se de crime de mera conduta, de sorte que, para a sua configuração, basta que o motorista dirija o veículo em estado de embriaguez alcoólica, expondo terceiros a dano em potencial.

II – Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de outubro de 2012.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Gilberto Silva Rodrigues interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença proferida pelo Juízo da Vara Única de Itaporã, que o condenou como incurso no art. 306 da Lei n. 9.503/97, inflingindo-lhe a pena de 06 meses de detenção em regime inicial semiaberto e 10 dias-multa, e suspensão da habilitação para conduzir veículo automotor pelo mesmo prazo da reprimenda corporal.

Aduz a Defesa, nas razões, que a conduta do apelante não gerou qualquer perigo concreto para a incolumidade pública, de modo que conclui tratar-se de fato atípico, motivo pelo qual pugna pela absolvição (fls. 121-125).

Em contrarrazões, o Promotor de Justiça requer o improvimento do recurso (fls. 128-136).

Com vistas, manifesta-se a Procuradoria-Geral de Justiça igualmente pelo não provimento do apelo (fls. 141-147).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Gilberto Silva Rodrigues interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença proferida pelo Juízo da Vara Única de Itaporã, que o condenou como incurso no art. 306 da Lei n. 9.503/97, infligindo-lhe a pena de 06 meses de detenção em regime inicial semiaberto e 10 dias-multa, e suspensão da habilitação para conduzir veículo automotor pelo mesmo prazo da reprimenda corporal.

Aduz a Defesa, nas razões, que a conduta do apelante não gerou qualquer perigo concreto para a incolumidade pública, de modo que conclui tratar-se de fato atípico, motivo pelo qual pugna pela absolvição.

Passo a analisar a insurgência recursal.

Em que pese o esforço defensivo, o apelo não comporta provimento.

Como é cediço, o delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, para sua caracterização não é necessária a comprovação da incapacidade de conduzir o veículo decorrente do estado de embriaguez (comprovação do risco concreto para a incolumidade pública), bastando para tanto que o agente conduza veículo automotor em via pública com a concentração de álcool por litro de sangue maior que a determinada em lei.

Neste sentido é o escólio de Renato Marcão, *in verbis*:

“[...] O legislador passou a entender que conduzir veículo na via pública nas condições do art. 306, caput, do Código de Trânsito Brasileiro, é conduta que, por si, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de molde a justificar a imposição de pena criminal.

Não se exige mais um conduzir anormal, manobras perigosas que exponham a dano efetivo a incolumidade de outrem.

O crime, agora, é de perigo abstrato [...]” (Crimes de Trânsito. 3ª ed., Saraiva: São Paulo, 2011, p. 168.)

A jurisprudência desta e. Corte de Justiça é pródiga a esse respeito:

“[...] Sendo o crime de embriaguez ao volante (art. 306, do CTB), de mera conduta e de perigo abstrato, não há se falar em atipicidade da conduta e ausência de justa-causa para a persecução penal, pois objetivo do legislador foi antecipar a punição de fatos que apresentem potencial lesivo à incolumidade pública, como dirigir embriagado, devendo assim, o feito ter seu processamento normal sob o crivo do contraditório e ampla defesa, até decisão final. [...]” (HC N. 2011.006316-1/0000-00 - Segunda Turma Criminal - Relator Des. Manoel Mendes Carli, em 04/04/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CONDOTA DE PERIGO ABSTRATO. LEGITIMIDADE. NÃO CONCESSÃO. O delito previsto no art. 306, do Código de Trânsito de Brasileiro, descreve uma conduta de perigo abstrato, de modo que basta que o agente conduza um veículo com a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 06 DG (seis decigramas), sendo desnecessária a adoção de manobras perigosas. Habeas Corpus a que se nega concessão, dada a tipicidade da conduta imputada ao paciente. (HC 2011.011325-3; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; em 24/05/2011)

APELAÇÃO CRIMINAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. REDAÇÃO DADA AO ARTIGO 306 DO CTB. OCORRÊNCIA DA CHAMADA NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. AUSÊNCIA DA MATERIALIDADE. ABSOLVIÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. Para a configuração do crime de embriaguez ao volante, é necessária a sua configuração, além do perigo in abstracto, a prova específica do exame de alcoolemia, nos termos do art. 306 do CTB com as alterações trazidas pela Lei nº 11.705/2008. (ACr 2009.006363-8; Primeira Turma Criminal; Relª Desª Marilza Lúcia Fortes; em 17/08/2009)

Na mesma esteira vem decidindo o e. Superior Tribunal de Justiça:

“[...] 1. O delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro inclui-se dentre aqueles considerados de perigo abstracto, ou seja, para sua configuração prescinde-se da demonstração do efetivo risco causado pela conduta incriminada (Precedentes) [...]” (HC 178.882; Proc. 2010/0126901-2; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; em 18/08/2011)

“[...] A embriaguez ao volante é caracterizado como delito de perigo abstracto, bastando comprovar que o sujeito dirigia embriagado em via pública, não constando como elemento do tipo penal a efetiva capacidade lesiva da conduta. A objetividade jurídica imediata é a segurança viária e, de forma indireta a incolumidade pública. [...]” (STJ; HC 166.117; Proc. 2010/0049756-9; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Gilson Langaro Dipp; Julg. 03/05/2011; DJE 01/08/2011)

HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALEGAÇÃO DE QUE, POR SE REFERIR A CRIME DE PERIGO ABSTRATO, O ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO NÃO É ACEITO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. NÃO CABIMENTO. DANO POTENCIAL. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de reconhecer a aplicabilidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro delito de embriaguez ao volante -, não prosperando as alegações de que o mencionado dispositivo, por se referir a crime de perigo abstracto, não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro. 2. Esta Corte Superior de Justiça entende que, com o advento da Lei nº 11.705/08, inseriu-se a quantidade mínima exigível de álcool no sangue para se configurar o crime de embriaguez ao volante e se excluiu a necessidade de exposição de dano potencial, sendo certo que a comprovação da mencionada quantidade de álcool no sangue pode ser feita pela utilização do teste do bafômetro ou pelo exame de sangue, o que ocorreu na hipótese dos autos. (STJ; HC 187.478; Proc. 2010/0187697-2; MG; Sexta Turma; Rel. Des. Conv. Haroldo Rodrigues; Julg. 14/04/2011; DJE 06/06/2011)

Pois bem.

Consoante os autos, o apelante conduzia a motocicleta Honda CG Titan (placas HTC 2667) na BR 163 km 290, em Douradina-MS, apresentando visível sinal de embriaguez.

Submetido ao teste de alcoolemia, foi constatado que apresentava a dosagem de 0,77 miligramas de álcool por litro de sangue, concentração notoriamente acima do permitido em lei, sendo, pois, perfeitamente típica a conduta perpetrada pelo apelante.

Dessa forma, não há que se falar em insuficiência de provas para a manutenção da condenação pelo delito de embriaguez na condução de veículo automotor.

Destarte, ante ao exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. João Carlos Brandes Garcia e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 22 de outubro de 2012.

1ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* n. 0604303-81.2012.8.12.0000 - Campo Grande**
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – AMEAÇA, ESTUPRO E DESOBEDIÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA – DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PROTEÇÃO DA VÍTIMA – PACIENTE COM DIVERSAS INCIDÊNCIAS POR CRIMES PRATICADOS NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – ORDEM DENEGADA.

Não há constrangimento ilegal a ser sanado se a decisão que decretou a prisão preventiva está calcada em circunstâncias concretas, que demonstram a necessidade da medida para a garantia da ordem pública e para a segurança da ofendida, que, com razão, sente-se amedontrada com a soltura de um indivíduo que possui diversas incidências por crimes praticados no âmbito de violência doméstica, demonstrando, assim, personalidade incompatível com a liberdade pretendida, em virtude do risco concreto de reiteração criminosa.

Se o paciente está sendo acusado de ameaça e estupro de sua ex-companheira, forçosa é a manutenção da segregação cautelar, ante a necessidade de proteger a integridade física da ofendida que fica sujeita às influências e temores naturais impingidos pelo agressor, mormente quando o mesmo reitera na prática criminosa.

É sabido que a existência de predicativos pessoais favoráveis não autoriza, de forma automática, a concessão da liberdade provisória, principalmente quando a prisão tem esteio nos requisitos da legislação processual pertinente.

Ordem denegada, dada a higidez do decreto prisional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, denegar a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de dezembro de 2012.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

O advogado Gabriel Campos de Lima impetra ordem de *HABEAS CORPUS*, com pedido de liminar, em favor de Rodrigo de Oliveira Souza, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Relata o impetrante que o paciente encontra-se preso sob o argumento de ter descumprido ordem judicial de manter-se afastado da suposta vítima. O paciente está sendo acusado pelo crime de estupro supostamente praticado contra sua companheira e mãe de suas duas filhas. Entretanto não há que se falar em estupro vez que o paciente à época dos fatos encontrava-se vivendo em união estável com a suposta vítima. Sendo que nos autos principais não fora constatada nenhuma lesão corporal ou ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Assim, inexistindo as elementares do crime não há que se falar em crime muito menos em necessidade de custódia cautelar, vez que ausentes as causas justificadoras da prisão cautelar.

Alega ainda, que o paciente foi convidado pela própria vítima para entrar na casa, porque estava reatando o relacionamento com ela para restabelecer família, portando não estamos diante de nenhum estupro.

Aduz, ainda, que o paciente exerce profissão remunerada, possui residência fixa, posição estável na sociedade, e estando preso não poderá manter-se e manter também as suas duas filhas com a suposta vítima.

Requer, liminarmente, que seja expedido alvará de soltura soltura em favor do paciente para que cesse a violação ao seu direito de it e vir.

A tutela de urgência foi indeferida às fls. 30/31.

A autoridade indigitada coatora prestou informações às fls. 34/42.

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pela denegação da ordem às fls. 44/46.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

O advogado Gabriel Campos de Lima impetra ordem de HABEAS CORPUS, com pedido de liminar, em favor de Rodrigo de Oliveira Souza, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Relata o impetrante que o paciente encontra-se preso sob o argumento de ter descumprido ordem judicial de manter-se afastado da suposta vítima. O paciente está sendo acusado pelo crime de estupro supostamente praticado contra sua companheira e mãe de suas duas filhas. Entretanto não há que se falar em estupro vez que o paciente à época dos fatos encontrava-se vivendo em união estável com a suposta vítima. Sendo que nos autos principais não fora constatada nenhuma lesão corporal ou ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Assim, inexistindo as elementares do crime não há que se falar em crime muito menos em necessidade de custódia cautelar, vez que ausentes as causas justificadoras da prisão cautelar.

Alega ainda, que o paciente foi convidado pela própria vítima para entrar na casa, porque estava reatando o relacionamento com ela para restabelecer família, portando não estamos diante de nenhum estupro.

Aduz, ainda, que o paciente exerce profissão remunerada, possui residência fixa, posição estável na sociedade, e estando preso não poderá manter-se e manter também as suas duas filhas com a suposta vítima.

Requer, liminarmente, que seja expedido alvará de soltura soltura em favor do paciente para que cesse a violação ao seu direito de it e vir.

Passo à análise da ordem.

Consta nos autos que, no dia 15 de outubro de 2010 foi decretada a prisão preventiva do paciente, pela suposta prática do crimes tipificados no art. 213, 147 e 330 todos do Código Penal.

Ao receber o auto da prisão em flagrante, o Magistrado da Vara de Violência Doméstica e Familiar de Campo Grande-MS, teve por bem convertê-la em preventiva, com fundamento nos pressupostos e condições elencados nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, em decisão assim fundamentada:

“[...] A prisão preventiva do paciente foi decretada em razão da presença dos requisitos autorizadores da manutenção da segregação cautelar, especialmente a garantia da ordem pública. Ressalta-se ainda que o paciente possui extensa ficha criminal o que demonstra sua personalidade voltada para a prática delitativa e temerária a sua soltura. Assim, presente o *periculum in mora* configurado na proteção da vítima e para garantia das medidas protetivas de urgência, em garantia da ordem pública, uma vez que a ofendida vem sendo vítima de constantes práticas delitivas em situação de violência domésticas e familiar cometidas pelo paciente.[...]”

Ao ser ouvida na Delegacia, a vítima Maria Ribeiro de Oliveira declarou que “O Autor desferiu tapas no rosto da declarante...Que forçou manter relação sexual...Ameaçou a vítima de morte dizendo: se a polícia me pegar vai se arrepender...Que a vítima teme por sua vida...”

Nesse sentido, é manifesta a necessidade e adequação da decretação da prisão preventiva, para proteção da vítima e em garantia da ordem pública, encontrando-se atendido o princípio da proporcionalidade.

O TJMS já se manifestou no sentido que:

[...]

Por derradeiro, convém observar que um dos principais objetivos da Lei n. 11.340/06 é tutelar a dignidade humana da mulher vítima de violência doméstica e familiar, protegida internamente e internacionalmente pela “*Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*” e “*Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*”.

Com efeito, a ordem pública encontra-se abalada, bem como a ofendida necessita de proteção imediata e efetiva, sendo necessário se concretizar o Princípio da Proteção previsto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, impondo-se a realização de um juízo de ponderação entre o direito de ir e vir do réu e o direito à proteção da ofendida, de forma que no caso ora tratado prevalece, por ora, a proteção das vítimas.

Portanto, os requisitos da prisão preventiva seguem preenchidos, bem como os fundamentos que a autorizam, no caso notadamente a garantia da ordem pública, em proteção da mulher em situação de violência doméstica...”

Em passo contínuo, a defesa ingressou com pedido de revogação da segregação preventiva, que restou indeferido pela autoridade indigitada coatora, por entender que permaneciam incólumes os requisitos ensejadores do confinamento cautelar.

Recalcitrante, a defesa impetra a presente ordem de *habeas corpus*, aduzindo a ilegalidade da manutenção da prisão do paciente.

De proêmio, convém salientar que a decretação da prisão cautelar, em razão de sua reconhecida excepcionalidade, exige fundamentação esmerada, que demonstre, com exatidão, a presença dos pressupostos que autorizam a constrição prévia da liberdade, sem que haja ofensa ao princípio da inocência, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Faz-se mister, portanto, além da prova de materialidade delitiva e dos indícios de autoria, demonstrar, com base em circunstâncias concretas, a necessidade da custódia para acautelar a ordem pública ou a ordem econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

E na hipótese em tela, após engenhosa análise dos autos, observa-se que o decreto prisional está calcado em decisão devidamente fundamentada, que bem demonstra a necessidade da custódia do paciente para acautelar a ordem pública e, em especial, a segurança das ofendidas.

O pressuposto da garantia da ordem pública, embora não possua conceito convergente, é assim definido pela melhor doutrina:

“O significado da expressão “garantia de ordem pública” não é pacífico na doutrina e na jurisprudência. Buscando a manutenção da paz no corpo social, **a lei visa impedir que o réu volte a delinquir durante a investigação ou instrução criminal (periculosidade)**. Pretende, também, resguardar a própria credibilidade da Justiça, reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em xeque pela conduta criminosa e por sua repercussão na sociedade.” (BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do código de processo penal: comentários à Lei n. 12.403/2011 – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 131).

No caso em epígrafe, os autos evidenciam, e o magistrado singular bem enfatizou em sua decisão, que o paciente é pessoa extremamente agressiva e que, com bastante contumácia, tem sido protagonista de delitos praticados no âmbito de violência doméstica e familiar, o que é corroborado pela certidão de antecedentes criminais acostada às fls. 41/42 do presente, onde constam diversas incidências criminais dessa natureza.

Condutas dessa estirpe e agentes com essa personalidade devem ser, o quanto antes, repreendidos pelo Poder Judiciário, cujo dever reclama, neste momento, à manutenção de sua custódia preventiva, notadamente por se mostrarem insuficientes a aplicação de medidas outras, que não o recolhimento do paciente ao cárcere.

É bem por isso que o Código de Processo Penal, em seu art. 313, III, admite ao Magistrado decretar a medida extrema “*se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.*”

Dessa forma, admitido pelo direito, e com especial acuidade aos critérios da necessidade e adequação, reputo cristalinos os pressupostos necessários a manutenção da custódia preventiva (art. 312 do CPP), destacando-se, entre eles, a necessidade de garantir a ordem pública e, em especial, a segurança das ofendidas.

No átimo desse entendimento, colho os seguintes precedentes da inteligência jurisprudencial, *verbis*:

“[...] Mantém-se a decisão que indeferiu a liberdade ao paciente, pois devidamente fundamentada nos artigos 312 e 313, inciso II e III, do CPP, diante da necessidade de garantir a ordem pública, a periculosidade decorre de ser o paciente propenso a prática delituosa, as anotações constantes na certidão criminal do paciente, embora não se prestem a gerar maus antecedentes ou reincidência na fase de aplicação de pena, por falta de trânsito em julgado, nesta oportunidade, de cognição sumária, aliadas aos demais elementos do writ, não aconselham a sua liberdade. Com efeito, o caso trata-se de violência doméstica e o réu possui outros processos da mesma natureza em andamento. Além disso, segundo os depoimentos ele é uma pessoa muito violenta e que já ameaçou de morte as vítimas outras vezes, portanto, evidencia-se concreta possibilidade de reiteração criminosa [...]” (TJMS - HABEAS CORPUS – N. 2012.015843-2/0000-00 – Campo Grande. Relator Exmo. Des. Francisco Gerardo de Sousa – Primeira Turma Criminal, j. 25.6.2012). – g.n.

“EMENTA – *HABEAS CORPUS* – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E POSSE DE ARMA – PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – PRESENÇA DE REQUISITO DA PRISÃO PREVENTIVA – DECRETAÇÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – PROTEÇÃO DA VÍTIMA – ORDEM DENEGADA. Mantém-se a prisão cautelar para garantir a segurança da vítima, face à circunstância de se tratar de agente violento, que demonstra real possibilidade de reiteração criminosa. Da mesma forma, mantém-se a segregação quando o agente não demonstra residência fixa ou emprego lícito.” (Primeira Turma Criminal - Habeas Corpus - N. 2011.015810-9/0000-00 - Angélica - Relatora - Exm^a Sr^a Des^a Marilza Lúcia Fortes - Julgamento: 04/07/2011) – g.n.

“*HABEAS CORPUS* – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL E AMEAÇA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA DA DECISÃO QUE INDEFERIU A LIBERDADE PROVISÓRIA E CONDIÇÕES PESSOAIS COMO RESIDÊNCIA FIXA E OCUPAÇÃO LÍCITA – DECISÃO MOTIVADA – CONDIÇÕES PESSOAIS QUE NÃO ELIDEM O CÁRCERE – DIVERSAS INFRAÇÕES PRATICADAS – ORDEM DENEGADA. Se a decisão que indeferiu a liberdade provisória vem dotada de elementos motivados e seguros a embasar a medida constritiva, não há alegar ausência de fundamentação, sendo necessária a constrição para impedir novos episódios de violência e ameaça contra a vítima se o paciente é adepto a criminalidade, pois detentor de inúmeras infrações. Condições pessoais não elidem o cárcere provisório.” (Habeas Corpus N. 2010.015468-9 – Rel. Des. João Batista da Costa Marques, 1^a Turma Criminal. J. 22/06/2010)

Por derradeiro, importante salientar que a jurisprudência é pacífica no sentido de que as condições pessoais favoráveis não autorizam, de forma automática, a revogação da custódia preventiva, principalmente quando presentes os pressupostos da legislação processual pertinente, como ocorre no caso em epígrafe.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

“EMENTA – *HABEAS CORPUS* – LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRISÃO PREVENTIVA – PRIMARIEDADE, TRABALHO LÍCITO E RESIDÊNCIA FIXA – ELEMENTOS QUE NÃO SÃO SUFICIENTES PARA AFASTAR OS REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP – PACIENTE QUE REITEROU AS OFENSAS FÍSICAS PRATICADAS CONTRA A OFENDIDA/VÍTIMA E SUA FAMÍLIA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA MEDIDA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – ORDEM DENEGADA. Somente as condições pessoais do paciente, primariedade, trabalho lícito e residência fixa, não bastam, por si sós, para a concessão do benefício da liberdade provisória. A custódia preventiva faz-se necessária para a garantia da ordem pública, quando há reiterações de conduta ilícita pelo paciente, que indicam comportamento voltado à prática delitiva.” (Segunda Turma Criminal - Habeas Corpus - N. 2011.027513-7/0000-00 - Campo Grande - Relator - Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Julgamento: 26/09/2011) – g.n.

Da mesma forma, é entendimento remansoso que a custódia de natureza cautelar não conflita com o princípio da presunção da inocência, quando devidamente fundamentada a sua necessidade, como no caso dos autos. Veja-se:

“*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO SIMPLES. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA. 1. A prisão preventiva não é incompatível com o princípio fundamental da presunção de inocência, mormente quando a aplicação da medida está alicerçada em elementos concretos, conforme demonstrado

no quadro fático delineado nestes autos. [...]” (HC 186.962/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 06/03/2012) – g.n.

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. PERICULOSIDADE CONCRETA. DEMONSTRAÇÃO. AMEAÇA À ORDEM PÚBLICA. 1. O princípio da presunção de inocência sede espaço para a prisão cautelar quando, como no caso, demonstrada periculosidade concreta nas ações do paciente que foi denunciado por ser fornecedor de expressiva quantidade de drogas (quase meio quilo de cocaína). 2. Em tal contexto, está demonstrada a necessidade do encarceramento cautelar, para assegurar a ordem pública, ameaçada com as suas ações, de concreta nocividade. 3. Ordem denegada.” (HC 160.141/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 22/02/2012) – g.n.

É imperioso ressaltar, para arrematar, que eventual possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado, caso o paciente seja condenado, não obsta a decretação da custódia preventiva, pois, revestida de cautelaridade, a medida visa resguardar os interesses processuais descritos no artigo 312 do Código de Processo Penal, que, na hipótese, restaram sublimemente verificados.

Diante de tais considerações, e por não evidenciar qualquer constrangimento ilegal a ser sanado, denego a presente ordem de *Habeas Corpus*.

É como voto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, DENEGARAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 03 de dezembro de 2012.

1ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* n. 0604346-18.2012.8.12.0000 - Miranda**
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – FURTO QUALIFICADO EM CONCURSO DE PESSOAS – INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – HIPPIES – SEM PARADEIRO FIXO – INSUFICIÊNCIA PARA FUNDAMENTAÇÃO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – ORDEM CONCEDIDA.

Num Estado Democrático de Direito, a análise do elemento subjetivo do indivíduo deve se orientar pela boa-fé. Assim sendo, o simples fato de os pacientes serem hippies não impossibilita a concessão de liberdade provisória, sob pena de revigorar a antiga prisão por vadiagem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2012.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

A Defensoria Pública impetra ordem de *HABEAS CORPUS* com pedido de liminar em favor de Leonidas Junior de Oliveira Silvestre e Rodney Maciel Magalhães, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Miranda-MS.

Segundo consta na impetração, os pacientes, em 13.11.2012, foram autuados e presos em flagrante delito (posteriormente convertido em prisão preventiva) por suposta prática do crime previsto no art. 155 § 4º IV, quando foram surpreendidos na posse de duas bicicletas pertencentes às vítimas Josiele e Maria Felícia.

Sustenta que a autoridade coatora decretou a prisão preventiva para a garantia de aplicação penal e por conveniência da instrução, por se tratarem de conduzidos hippies, que não tem paradeiro fixo e, portanto, qualquer vínculo com o distrito de culpa. Assim, o que se pode constatar é que a decisão é absolutamente nula, porquanto despida de fundamentação. a paciente sofre constrangimento ilegal decorrente de ato praticado pelo impetrado, que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva.

Alega ainda, a violação ao princípio de presunção de inocência e que não existem fundamentos legais para que os paciente continuem presos.

Aduz também, que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória está calcada em argumentos genéricos e abstratos que não

demonstram com exatidão a presença de qualquer das hipóteses autorizadoras da prisão processual, razão pela qual a manutenção da custódia se constitui de medida arbitrária.

Requer outrossim, que seja expedido o alvará de soltura dos pacientes para aguardarem em liberdade a tramitação do processo.

A liminar foi indeferida às fls. 35/36.

As informações da autoridade coatora foram acostadas à fl. 39/40.

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer pela denegação da ordem. (fls. 41/43).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

A Defensoria Pública impetra ordem de *HABEAS CORPUS* com pedido de liminar em favor de Leonidas Junior de Oliveira Silvestre e Rodiney Maciel Magalhães, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Miranda-MS.

Segundo consta na impetração, os pacientes, em 13.11.2012, foram autuados e presos em flagrante delito (posteriormente convertido em prisão preventiva) por suposta prática do crime previsto no art. 155 § 4º IV, quando foram surpreendidos na posse de duas bicicletas pertencentes às vítimas Josiele e Maria Felícia.

Sustenta que a autoridade coatora decretou a prisão preventiva para a garantia de aplicação penal e por conveniência da instrução, por se tratarem de conduzidos hippies, que não tem paradeiro fixo e, portanto, qualquer vínculo com o distrito de culpa. Assim, o que se pode constatar é que a decisão é absolutamente nula, porquanto despida de fundamentação. a paciente sofre constrangimento ilegal decorrente de ato praticado pelo impetrado, que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva.

Alega ainda, a violação ao princípio de presunção de inocência e que não existem fundamentos legais para que os paciente continuem presos.

Aduz também, que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória está calcada em argumentos genéricos e abstratos que não demonstram com exatidão a presença de qualquer das hipóteses autorizadoras da prisão processual, razão pela qual a manutenção da custódia se constitui de medida arbitrária.

Requer outrossim, que seja expedido o alvará de soltura dos pacientes para aguardarem em liberdade a tramitação do processo.

Passo à análise da ordem.

Inicialmente, devemos ressaltar que a Procuradoria Geral de Justiça postula pela denegação da ordem sob o fundamento de que, apesar de não haver indício de que a soltura dos pacientes implicariam em violação da ordem pública, deve-se garantir a aplicação da lei penal, já que os pacientes são hippies e não possuem paradeiro fixo.

Todavia, deve-se consignar que o fato de um paciente possuir residência fixa, emprego lícito, família constituída e vinculação com o distrito da culpa faz com que a concessão de liberdade provisória seja mais conveniente e confortável, tanto para o julgador quanto para o jurisdicionado.

Há que se notar, entretanto, que a inexistência dos fatores elencados acima não torna a concessão da liberdade provisória impossível, conforme já fora reconhecido pelo próprio Pretório Excelso, conforme nota-se a seguir:

“AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na gravidade do delito e no fato de o réu ser morador de rua. Inadmissibilidade. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Constrangimento ilegal caracterizado. Precedentes. HC concedido. É ilegal o decreto de prisão preventiva que se funda na gravidade do delito e na falta de residência fixa do acusado, decorrente de sua condição de morador de rua.” (STF. HC 97.177/DF. Rel. Min. Cezar Peluso. 2.^a Turma. j. 08/09/2009. DJe 08-10-2009)

Importante mencionar que, neste precedente, o paciente era acusado do cometimento de tentativa de homicídio qualificado, crime submetido a uma série de restrições e vedações, por sua natureza hedionda.

Já no caso em tela, os paciente são acusados do cometimento de furto de duas bicicletas e, desde o momento de sua prisão, vêm colaborando com a atividade judicial, não havendo indícios de que pretenda se furtar à persecução penal.

Impende mencionar trecho do voto do ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do HC 80.805:

“Anoto apenas como este caso materializa o que tenho chamado ‘a nostalgia apaixonada de alguns juízes pela prisão preventiva obrigatória’. Nele, volta-se à velha prisão por vadiagem: ‘não provou ter residência fixa nem ocupação’.”

Assim sendo, reitero o posicionamento de que a custódia cautelar deve, sempre, ser fundamentada em elementos concretos de convicção, e não na perspectiva abstrata de que os pacientes não comparecerão aos atos processuais, por não terem residência fixa, e de que poderão voltar a delinquir, porque um deles afirmou ser viciado em maconha.

Num Estado Democrático de Direito, a análise do elemento volitivo do cidadão deve partir sempre do pressuposto da boa-fé, esta deve ser presumida; a má-fé deve ser provada, ainda que por indícios.

No caso concreto, em que pese o flagelo social de que os pacientes não possuem residência fixa e um deles ser viciado em drogas, não há nenhum elemento indicativo concreto de que esteja tentando se furtar à aplicação da lei penal.

Desta forma, cabe ao Poder Público garantir a observância das garantias constitucionais a todos os cidadãos, até mesmo àqueles que vivem à margem da sociedade, possibilitando que os pacientes respondam ao processo criminal em liberdade.

Diante do exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* em favor de Leonidas Junior de Oliveira Silvestre e Rodiney Maciel Magalhães, para garantir-lhes a liberdade provisória, mediante condições a serem estabelecidas pelo juízo *a quo*.

Caso prevaleça o voto proferido por este relator, comunique-se ao juízo impetrado para adoção de providências visando a expedição do alvará de soltura.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2012.

1ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* n. 0021364-04.2012.8.12.0000 - Campo Grande**
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO PENAL - UNIFICAÇÃO DE PENAS SEM A OITIVA DO CONDENADO - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – AFASTADA - MANIFESTA ILEGALIDADE - CONCESSÃO DA ORDEM, PARA ANULAR A DECISÃO, DETERMINANDO QUE O PROCEDIMENTO SEJA RENOVADO.

É de ser conhecida a impetração que ataca decisão proferida em sede de execução penal se evidente o constrangimento ilegal alegado.

Ofende os princípios da ampla defesa e do contraditório a decisão que determina a unificação de penas e, conseqüentemente, a fixação de regime mais grave, sem a oitiva do condenado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1 de outubro de 2012.

Des. João Carlos Brandes Garcia - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Vera Sueli Lobo Ramos, em seu favor, em face de decisão proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande.

Sustenta a impetrante que está sofrendo constrangimento ilegal, porque o magistrado determinou a unificação de suas penas, resultando na fixação de regime fechado para o cumprimento da pena, sem que tivesse sido oportunizada a sua oitiva.

A liminar foi indeferida (f. 54).

Após as informações, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento e, no mérito, pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Vera Sueli Lobo Ramos, em seu favor, em face de decisão proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande.

Sustenta a impetrante que está sofrendo constrangimento ilegal, porque o magistrado determinou a unificação de suas penas, resultando na fixação de regime fechado para o cumprimento da pena, sem que tivesse sido oportunizada a sua oitiva.

Examino, inicialmente, a preliminar de inadequação da via eleita, suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça.

Tenho que o procedimento relativo aos incidentes de execução da pena, correspondente às situações previstas na Lei de Execuções Penais, deve ser judicial e contraditório, e, portanto, mais abrangente do que a restrita via do *habeas corpus*, desenvolvendo-se, por isso, perante o Juízo da execução, sendo que do inconformismo caberá, segundo a lei, Recurso de Agravo, sem efeito suspensivo.

Todavia, admite-se *habeas corpus*, mesmo em execução penal, quando a liberdade do paciente estiver cerceada ou ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder, pouco importando a existência de recurso específico para impugnar o ato, razão pela qual ele pode ser conhecido e analisado para verificação da apontada ilegalidade, única capaz de justificar sua admissibilidade em execução penal.

Rejeito, pois, a preliminar.

No mérito, tenho que a ordem deve ser concedida.

No caso dos autos, não foram oportunizados à condenada o contraditório e a ampla defesa no procedimento que determinou a unificação de suas penas, resultando em fixação de regime mais rigoroso, sendo negado, ainda, o reconhecimento da continuidade delitiva.

Assim, é de se reconhecer a nulidade absoluta do processo execucional.

Nesse sentido, a Jurisprudência, *verbis*:

HABEAS CORPUS - EXECUÇÃO PENAL - CONVERSÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE COM INOBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - MÁCULA ABSOLUTA INESCONDÍVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - ORDEM CONCEDIDA (TJSC: HC n. 2006.028086-4, de Itajaí, rel. Juiz José Carlos Carstens Köhler, j. 22.08.2006).

Ainda:

“Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Pena privativa de liberdade equivocadamente substituída por prestação pecuniária. Trânsito em julgado para o Ministério Público. Não pagamento das duas últimas prestações. Conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, sem que fosse dada oportunidade ao réu para apresentar justificativa do seu não cumprimento. Medida violadora dos princípios do contraditório e ampla defesa. Nulidade. Prova da quitação do débito, ainda que posterior à revogação do benefício. Recolhimento do paciente. Constrangimento ilegal evidenciado.

Ordem concedida para declarar extinta a pena do paciente” (TJSC: HC n. 2003.004858-8, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 08.04.03).

Diante do exposto, contrariando o parecer, concedo ordem para anular a decisão proferida, assegurando-se à condenada o contraditório e a ampla defesa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, CONHECERAM E CONCEDERAM A ORDEM, 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. Des. João Carlos Brandes Garcia, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 01 de outubro de 2012.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0063899-76.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE ARMA – PENA – COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - POSSIBILIDADE – ALTERAÇÃO DE REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO – IMPOSSIBILIDADE – RÉU REINCIDENTE – INTELIGÊNCIA DA ALÍNEA “C”, § 2º, ART. 33 DO CP – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

Em razão da reincidência, torna-se imperiosa a manutenção do regime semiaberto, conforme prescreve o artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de novembro de 2012.

Des. João Carlos Brandes Garcia - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Trata-se de apelação criminal interposta por Edgar Sales, em face da sentença que o condenou pela prática do crimes de porte ilegal de arma de fogo, tipificado no artigo 14 da Lei n. 10.826/03, à pena de 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, em regime semiaberto.

Pretende, em síntese, que seja compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e, ainda, que o regime de cumprimento da pena seja alterado para o aberto.

Contrarrazões às f. 156-9, pugnando pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria Geral de justiça opina pelo improvimento do recurso (f. 167-75).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Edgar Sales, em face da sentença que o condenou pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo, tipificado no artigo 14 da Lei n. 10.826/03, à pena de 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, em regime semiaberto.

Pretende, em síntese, que seja compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e, ainda, que o regime de cumprimento da pena seja alterado para o aberto.

Com relação à possibilidade de compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência vinha entendendo que não se mostrava possível acolher tal pretensão, tendo em vista o teor do art. 67 do Código Penal, comungando da mesma opinião que o magistrado *a quo* utilizou para fundamentar a sentença.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente da Terceira Seção, decidiu pela possibilidade da compensação entre agravante e atenuante, *verbis*:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.

2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local.” (EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESPNº 1.154.752 – RS (2010/0149989-9). RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR).

Diante desse novo entendimento, esta 1ª Câmara também modificou seu entendimento, conforme recentes julgados, e, assim, entendo que é possível a compensação pretendida.

A pena-base foi fixada em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa e, diante da compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, torno-a definitiva nesse patamar.

No que tange ao regime de cumprimento da pena, tenho que o apelante é **reincidente**, o que impede a fixação do regime aberto, tal como pretendido.

O art. 33 do Código Penal Brasileiro dispõe, *verbis*:

“Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.”

Tratando-se, pois, de condenado reincidente, impõe-se a fixação do regime semiaberto, tal como ocorreu na sentença recorrida.

A jurisprudência, a propósito, é no seguinte sentido, *verbis*:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO TENTADO – ALEGADO CRIME IMPOSSÍVEL – INVIABILIDADE – PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL – POSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PELA TENTATIVA EM GRAU MÁXIMO – NÃO CABÍVEL – ITER CRIMINIS PRATICAMENTE TODO PERCORRIDO – ALTERAÇÃO DE REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO – IMPOSSIBILIDADE – RÉU REINCIDENTE – INTELIGÊNCIA DA ALÍNEA “C”, § 2º, ART. 33 DO CP – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Escorrito é que, crime impossível “é aquele que, pela ineficácia total do meio empregado ou pela impropriedade absoluta do objeto material é impossível de se consumir”. In casu, mesmo que minimamente, houve a possibilidade de se materializar a conduta delitativa, não havendo, assim, que se falar em ineficácia absoluta do meio empregado e, conseqüentemente, em crime impossível.

II – Considerando que inexistem circunstâncias judiciais desfavoráveis em desfavor ao apelante, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal.

III - O iter criminis percorrido fornece o critério para aferição do grau de diminuição da pena pela tentativa, sendo que quanto mais próximo da consumação do delito, menor será o quantum de diminuição. No presente caso, o réu aproximou-se bastante da consumação do delito, só não fazendo por circunstâncias totalmente alheias a sua vontade.

IV – Em razão da reincidência, torna-se imperiosa a manutenção do regime semiaberto, conforme prescreve o artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal.

Com o parecer.” (TJMS: Primeira Câmara Criminal. Apelação Criminal - Reclusão - N. 2012.005700-6/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. J. 23.7.2012).

Diante do exposto, em parte com o parecer, dou provimento parcial ao recurso para compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e, assim, fixar a pena em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, que será cumprida em regime semiaberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Carlos Brandes Garcia, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 05 de novembro de 2012.

1ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* n. 0600325-96.2012.8.12.0000 - Brasilândia**
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – NULIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA – EDITAL NÃO PUBLICADO NA IMPRENSA OFICIAL – NULIDADE ACOLHIDA – PRISÃO PREVENTIVA QUE SE MOSTRA ILEGAL – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA – ORDEM CONCEDIDA.

A ausência de publicação do edital de citação na imprensa oficial - na Comarca em que houver imprensa oficial - é causa de nulidade absoluta, devendo o ato ser desconstituído e renovado.

Restando demonstrado que o não comparecimento do paciente à audiência designada se deu por deficiência de sua intimação, não é tal fato motivação válida a ensejar o decreto prisional preventivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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, 3 de setembro de 2012.

Des. João Carlos Brandes Garcia - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual, em favor de JOÃO BATISTA BARBOSA, sob a alegação de o paciente estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Comarca de Brasilândia-MS, que lhe decretou a prisão preventiva.

Alega o impetrante, de início, a ocorrência de violação ao devido processo legal e a ampla defesa, nos autos em que o paciente foi denunciado pela prática do delito previsto no artigo 299 do Código Penal.

Sustenta, para isso, que diante da não localização do paciente para a devida citação, foi determinada a sua citação editalícia, bem como a sua intimação para comparecer à audiência designada para a data de 28.05.2007 – cujo edital tinha por validade o prazo de 05 (cinco) dias.

Aduz, todavia, que o referido edital não foi publicado na imprensa oficial e, não obstante isso, a audiência foi realizada na data acima mencionada, sendo que, na ocasião, diante da ausência do paciente, foi determinada a sua prisão.

Assevera, porém, que a prisão preventiva decretada seria ilegal, haja vista a ocorrência da nulidade da citação editalícia e, por consequência, a nulidade de todos os atos subsequentes, não havendo, pois, motivação idônea a sustentar a medida cautelar segregatória.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja decretada a nulidade absoluta da citação por edital e, por conseguinte, de todos os atos posteriores, revogando-se a ordem de prisão preventiva.

Liminar indeferida à f. 51.

Informações prestadas pela autoridade coatora à f. 54-7.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer acostado à f. 59-67, opina pela concessão da ordem para que seja decretada a nulidade da ação penal a partir da citação por edital do paciente, bem como para que lhe seja revogada a prisão preventiva.

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual, em favor de JOÃO BATISTA BARBOSA, sob a alegação de o paciente estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Comarca de Brasilândia-MS, que lhe decretou a prisão preventiva.

Alega o impetrante, de início, a ocorrência de violação ao devido processo legal e a ampla defesa, nos autos em que o paciente foi denunciado pela prática do delito previsto no artigo 299 do Código Penal.

Sustenta, para isso, que diante da não localização do paciente para a devida citação, foi determinada a sua citação editalícia, bem como a sua intimação para comparecer à audiência designada para a data de 28.05.2007 – cujo edital tinha por validade o prazo de 05 (cinco) dias.

Aduz, todavia, que o referido edital não foi publicado na imprensa oficial e, não obstante isso, a audiência foi realizada na data acima mencionada, sendo que, na ocasião, diante da ausência do paciente, foi determinada a sua prisão.

Assevera, porém, que a prisão preventiva decretada seria ilegal, haja vista a ocorrência da nulidade da citação editalícia e, por consequência, a nulidade de todos os atos subsequentes, não havendo, pois, motivação idônea a sustentar a medida cautelar segregatória.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja decretada a nulidade absoluta da citação por edital e, por conseguinte, de todos os atos posteriores, revogando-se a ordem de prisão preventiva.

Devo, desde já, dizer que a ordem deve ser concedida.

De fato, consoante se vislumbra dos autos, em razão de o paciente encontrar-se em local incerto e não sabido, foi determinada a sua citação por edital.

Ocorre, porém, que conforme foi certificado aos autos (à f. 38), o edital não foi devidamente publicado na imprensa oficial, já que, provavelmente, conforme constou, “não chegou ao seu destino para que fosse publicado”.

Veja-se da certidão, *in verbis*:

“Certifico que revendo os Diários da Justiça/MS de 26.04.2007 até 25.05.2007, o edital de fls. 107 não foi publicado no referido Diário, conforme consta da certidão de fls.108. Certifico ainda que em contato com a servidora daquela imprensa, sra. Raquel, esta informou-me, que após o recebimento da matéria, o prazo para publicação é de 48 horas. Logo, leva a crer que o edital supra não chegou ao seu destino para que fosse publicado. Nada mais. Bras. 25.05.2007”.

Em que pese à deficiência da citação do paciente, a audiência designada para o dia 28.05.2007 foi realizada, considerando-se o paciente ausente (apesar de não ter sido, como visto, devidamente citado e intimado por edital), decretando-se, ainda, a sua prisão preventiva.

Segundo prevê o parágrafo único do artigo 365 do Código de Processo Penal, *verbis*:

“O edital será afixado à porta do edifício onde funcionar o juízo e será publicado pela imprensa, onde houver, devendo a afixação ser certificada pelo oficial que a tiver feito e a publicação provada por exemplar do jornal ou certidão do escrivão, da qual conste a página do jornal com a data da publicação”.

Pois bem, segundo entendimento jurisprudencial e doutrinário, apesar de não ser obrigatória a publicação do edital de citação em jornal de maior circulação na cidade, a ausência dessa publicação na imprensa oficial (em cuja Comarca a houver) é, em contrapartida, causa de nulidade absoluta da citação.

Nesse sentido, colaciono julgado do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE, EM CONCURSO DE PESSOAS. ALEGAÇÕES: NÃO PUBLICAÇÃO DO EDITAL DE CITAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL, DEFESA PRÉVIA DEFICIENTE, REVELIA DECRETADA NA VIGÊNCIA DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (LEI Nº 9.271/96), EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA E NÃO REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO DO PACIENTE, QUE FOI PRESO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. A publicação do edital de citação só é obrigatória nas comarcas em que haja imprensa oficial: interpretação do art. 365, V e parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes. 2. A ausência ou deficiência da defesa prévia não é causa de nulidade do processo penal, seja porque não é peça essencial à sua validade, seja porque o defensor constituído foi regularmente intimado para a prática do ato. Precedentes. 3. Não pode ser aplicado retroativamente o que dispõe a nova redação do art. 366 do Código de Processo Penal, dada pela Lei nº 9.271, de 17.04.96, com eficácia a partir de 17.06.96 (art. 2º), porque o crime foi praticado em 12.06.96. Precedentes. 4. A alegação de excesso de prazo para a formação da culpa não pode ser alegada após a lavratura da sentença condenatória, a qual absorve tal nulidade, se ocorrida. 5. Há violação ao art. 185 do Código de Processo Penal quando o réu não é interrogado, mesmo que preso no período que medeia entre a lavratura da sentença e o julgamento da apelação, até porque o interrogatório é meio de prova. Precedente. 6. Habeas-corpus conhecido e deferido, em parte, para anular o acórdão que julgou a apelação do paciente e determinar que se proceda ao seu interrogatório, de forma que, só então, novo acórdão seja lavrado. 7. Indeferido o pedido de soltura do paciente porque a sentença estabeleceu como condição para apelar o seu recolhimento ao cárcere” (HC 76206 / SC - SANTA CATARINA - HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA - Julgamento: 19/05/1998 Órgão Julgador: Segunda Turma - DJ 14-08-1998 PP-00003 EMENT VOL-01918-01 PP-00186).

Conforme sabido, no Estado do Mato Grosso do Sul a imprensa oficial é digitalizada, sendo, pois, evidente que a circulação desse periódico abrange todo o Estado e, por consequência, é imposição legal a publicação dos editais de citação nessa via, cuja ausência, portanto, é causa de nulidade absoluta.

Segundo ensinamento de Julio Fabbrini Mirabete, in “*Código de Processo Penal Interpretado*, 8ª Edição, Editora Atlas S.A, página785, verbis:

“A falta ou defeito da citação é causa de nulidade absoluta, que não pode ser convalidada e, assim, independe de alegação da prova de prejuízo, que é presumido. Nula é qualquer citação que contém vício insanável por haver induzido o citando a erro que culmina em sua revelia “.

Dessa forma, é inegável o prejuízo havido ao paciente, diante da deficiência de sua citação, razão pela qual anulo o processo desde a sua citação, devendo os atos serem repetidos, nos termos previstos no artigo 573 do Código de Processo Penal, para que lhe seja assegurada a ampla defesa e o devido processo legal.

Por conseguinte, resta evidente a ilegalidade do decreto prisional preventivo, já que foi motivado em razão do não comparecimento do paciente em juízo e, como visto, tal comparecimento não ocorreu por deficiência dos atos procedimentais, não havendo, pois, nada que demonstre a necessidade dessa medida constritiva para o fim de se manter incólume a ordem pública, ou mesmo para garantir-se a aplicação da lei penal.

Assim, revogo a prisão preventiva decretada.

Exposto isso, com o parecer, concedo a ordem para decretar a nulidade da Ação Penal movida em desfavor de JOÃO BATISTA BARBOSA a partir da citação, determinando, inclusive, nova citação.

Expeça-se mandado de contraprisão e, se o paciente estiver preso, alvará de soltura.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM.

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. Des. João Carlos Brandes Garcia, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 03 de setembro de 2012.

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001197-87.2008.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Manoel Mendes Carli

E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DEFENSIVO - CRIME AMBIENTAL - PESCA PREDATÓRIA - USO DE TARRAFA - 4 PEIXES, SENDO 1 FORA DA MEDIDA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA - EXTENSÃO AO CORRÉU - ABSOLVIÇÃO - RECURSO PROVIDO.

É de se reconhecer a atipicidade material da conduta dos agentes que pescaram com tarrafa, resultando na captura de 4 peixes, totalizando 5 quilos de pescado, com um deles fora da medida padrão, não podendo se conceber tal conduta como ofensiva ao meio ambiente e passível de causar qualquer espécie de desequilíbrio ecológico ou danosa à fauna aquática.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal 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, 8 de outubro de 2012.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de apelação criminal interposta por José Gonçalo (f.140-145) contra a sentença de f.122-128 que o condenou à pena de 2 anos de detenção por infração ao artigo 34, parágrafo único, incisos I e II, da Lei 9.605/98 c/c artigo 70, 2ª parte, do Código Penal (f.122-128).

Para tanto, argumenta a defesa técnica do apelante que deve ser absolvido pela atipicidade da conduta, ante a aplicação do princípio da bagatela, pois a lesão causada ao meio ambiente foi inexpressiva e sem repercussão. Ao final, pugna pela reforma da sentença a fim de absolvê-lo.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (f.141-151) e parecer Procuradoria-Geral de Justiça (f.159-164) pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por José Gonçalo (f.140-145) contra a sentença de f.122-128 que o condenou à pena de 2 anos de detenção por infração ao artigo 34, parágrafo único, incisos I e II, da Lei 9.605/98 c/c artigo 70, 2ª parte, do Código Penal (f.122-128).

Consta nos autos que o apelante JOSÉ junto com o corréu IVAN foram surpreendidos por policiais ambientais, no dia 24/11/2007, por volta das 19 horas praticando pesca predatória, sendo constatado que os mesmos se encontravam com 04 espécimes de pescado (3 pacus e 1 piraputanga), totalizando 5 quilos (f.26), sendo que 1 pacu encontrava-se fora da medida (38 cm – medida mínima: 45 cm, f.32), incidindo na infração ao artigo 34, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.605/98 e que os mesmo foram capturados mediante utilização de tarrafa em fios de náilon com 2,20 metros de altura e de malha 06 (seis) centímetros, petrecho proibido, infração ao inciso II, do mesmo diploma legal.

Cinge-se a questão à aplicação ou não do princípio da insignificância nos crimes ambientais.

A questão é bastante polêmica, uma vez que é dificultoso a avaliação dos limites do dano efetivamente causado pela conduta do agente ao meio ambiente, bem jurídico ora tutelado.

Contudo, conforme consignei por ocasião do julgamento da apelação criminal 0003072-20.2008.8.12.0029 (2009.025779-2), de minha relatoria, em 26/10/2009, a jurisprudência moderna aponta que “a caracterização do crime de bagatela não apresenta ampla aceitação para os delitos ambientais - Todavia, a sua aplicação pode ser considerada frente a situação fática, tendo em vista os princípios da proporcionalidade e razoabilidade”. (TRF 4ª R. – HC 2009.04.00.022811-7/SC – 8ª T. – Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado – DJe 22.07.2009 – p. 947).

Recentemente a questão voltou à tona, em razão da Segunda Turma, do Supremo Tribunal Federal, em 21/8/2012 ter concedido a ordem, por maioria de votos, no julgamento do *Habeas Corpus* 112.563-pendente de publicação - e absolvido um pescador de Santa Catarina, condenado por pescar 12 camarões durante o período de defeso, utilizando-se de rede de pesca fora das especificações do Ibama, incidindo em infração ao artigo 34, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.605/98, ante a aplicação do princípio da insignificância em crime ambiental.

No caso concreto o apelante e o corréu se dirigiram à Cahoeira de Camisão e utilizando uma tarrafa pescaram 3 pacus e 1 piraputanga, totalizando 5 quilos (f.26), sendo que 1 pacu estava 7 centímetros a menos que a medida permitida.

De uma análise detida dos autos, verifico que o apelante e o corréu devem ser absolvidos, ante a aplicação do princípio da insignificância.

Aliás, as duas vertentes do princípio da insignificância devem ser observadas no caso.

A primeira é que a aplicação do Direito Penal deve ser subsidiária, ou seja, somente merece ser punido criminalmente quando a conduta ilícita não puder ser tutelada na esfera do Direito Civil e do Direito Ambiental.

A conduta do apelado é punida no âmbito administrativo conforme artigo 35, parágrafo único, incisos I e II, do Decreto 6.514/2008¹, não merecendo reprimenda no âmbito penal.

¹ Art. 35. Pescar em período ou local no qual a pesca seja proibida:

Multa de R\$ 700,00 (setecentos reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com acréscimo de R\$ 20,00 (vinte reais), por quilo ou fração do produto da pescaria, ou por espécime quando se tratar de produto de pesca para uso ornamental.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas multas quem:

I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II - pesca quantidades superiores às permitidas ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

A segunda vertente diz respeito a lesividade gerada ao bem jurídico tutelado, que exclui a tipicidade do fato.

O princípio maior da proteção constitucional do meio ambiente é a necessidade de e garantir, para as presentes e futuras gerações, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, para que haja qualidade de vida.

No caso, não é razoável condenação do apelante e do corréu por terem pescado com petrecho proibido, resultando na captura de 4 peixes, totalizando 5 quilos de pescado, com um deles fora da medida padrão, não podendo se conceber tal conduta como ofensiva ao meio ambiente e passível de causar qualquer espécie de desequilíbrio ecológico.

Nas palavras do Ministro Cezar Peluso², que proferiu o voto vencedor no *Habeas Corpus* 112.563, supracitado, “Precisamos desenvolver uma doutrina a propósito do princípio da insignificância, mas aqui parece evidente a desproporcionalidade. [...] É uma questão que desafia a Justiça Federal e também o Ministério Público. É preciso encontrar outros meios de reprimir condutas como a dos autos, em que não parece razoável que se imponha esse tipo de sanção penal”, concluiu.

Reporto-me ainda às palavras da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, do Superior Tribunal de Justiça, relatora, do HC 93.859, que, em caso similar, também aplicou o princípio da insignificância:

“Sem embargo de reconhecer que o enquadramento da lei dos crimes ambientais no ordenamento jurídico brasileiro ainda ecoa inúmeras discussões jurídicas, sobretudo no que se refere à configuração dos tipos penais nela inscritos, chegando alguns até mesmo a afirmar que os princípios por ela edificados, sobretudo os da prevenção e o da precaução, sobrepõem-se aos princípios penais de garantia do cidadão, penso que a questão se resolve mesmo pela pouca invasão naquilo que a sociedade, através do regramento penal, espera de proteção de sua existência, o que importa considerar, evidentemente, um mínimo de probabilidade de o bem jurídico tutelado, na espécie, a fauna aquática, vir a ser atingido com a conduta do Paciente.

Luiz Regis Prado, em seu *Direito Penal Ambiental*, da Editora Revista dos Tribunais, 1992, considerando a tipificação de proteção do meio ambiente no rol dos crimes de perigo abstrato, lembra que:

‘Em decorrência da possibilidade de uma certa volatilização da ilicitude material, nos delitos de perigo abstrato, a moderna ciência penal tem entendido como causa de atipicidade de conduta, quando se comprove a absoluta inoccorrência (ou ausência) do perigo no caso concreto para o bem jurídico. Em favor dessa postura, convém observar que não tem qualquer sentido punir uma conduta cuja relevância penal provém da perigosidade que nela se supõe presente, quando tal perigosidade aparece como inexistente desde o começo. Afirma-se, ainda, que nos delitos de perigo abstrato dá-se uma presunção *iuris tantum* e não *iuris et de iure* da existência do perigo.’ (Obra citada, pág. 77)

Por esse sentido, tenho que o pensamento da doutrina já citada por mim noutros precedentes se adapta perfeitamente ao quadrante do caso examinado, consoante colação do magistério de CARLOS VICO MAÑAS, que ensina:

‘Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves.

2 In:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=215713>. Acesso em 6/9/2012, às 11h47.

O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais fez do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

No que diz respeito à origem, pode-se afirmar que o princípio já vigorava no direito romano, pois o pretor, em regra geral, não se ocupava de causas ou delitos insignificantes, seguindo a máxima contida no brocardo *minimis non curat pretor*.” (O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 56)

E mais adiante:

“Ademais, ao parâmetro da nocividade social, para precisar a global

insignificância da conduta, devem ser acrescidos os critérios do desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido pelo tipo penal. Deve-se considerar, ainda, uma antecipada medida da pena, analisando-se a necessidade de sua imposição, já que poderá não redundar em qualquer benefício para a sociedade ou para o próprio autor do delito.

Nem toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico (desvalor do resultado) é ilícita, mas apenas aquela que deriva de uma ação desaprovada pelo ordenamento jurídico (desvalor da ação).

O direito penal, por imperativo do princípio da intervenção mínima, não sanciona toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, mas só aquelas que produzam graves consequências e resultem de ações especialmente intoleráveis.

Assim, o desvalor do evento deve ser considerado de acordo com a importância dos vários bens jurídicos protegidos penalmente e da intensidade da ofensa ocorrida. O desvalor da ação, por sua vez, deve ser analisado segundo o grau de probabilidade da conduta para a realização do evento.’ (Carlos Vico Mañas, O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 60 e 61). (STJ; HC 93.859; Proc. 2007/0259548-5; SP; Sexta Turma; Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura; Julg. 13/08/2009; DJE 31/08/2009)

E, ainda:

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 34 DA LEI 9.605/98. CRIME CONTRA A FAUNA. PESCA EM LOCAL INTERDITADO PELO ÓRGÃO AMBIENTAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. - A pesca artesanal de 13 kg de peixe, de espécie não ameaçada de extinção, em área de proibida, é irrelevante do ponto de vista jurídico-penal, impondo-se a absolvição do acusado por força do princípio da insignificância. Precedentes. (TJMG. Apelação Criminal nº 1.0499.07.004705-9/001 - Relator Desembargador Renato Martins Jacob. Segunda Câmara Criminal - J. 31/03/2011 - P. 08/04/2011)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL. ARTIGO 34 DA LEI Nº 9.605/98 Pesca em época proibida com a utilização de petrecho não permitido - Ausência de lesão ao bem jurídico tutelado - Conduta de bagatela - Aplicação do princípio da insignificância - Atipicidade reconhecida - Absolvição decretada. - não viola o bem jurídico tutelado pelo artigo 34 da Lei nº 9.605/98, que vem a ser o equilíbrio ecológico, não constituinte crime ambiental, a conduta consistente na captura de apenas 03 quilos de peixe, para consumo pessoal, não se podendo conceber como ofensiva ao meio ambiente e passível de causar desequilíbrio ecológico uma ação dessa natureza, ainda que levada a

feito em local interdito para pesca e com o uso de uma tarrafa. (TJMG; APCR 0350587-45.2008.8.13.0515; Piumhi; Segunda Câmara Criminal; Rel^a Des^a Beatriz Pinheiro Caires; Julg. 24/11/2011; DJEMG 11/01/2012)

[...] O direito penal não é a *prima ratio*; o dano causado ao meio ambiente decorrente da edificação de casa com 22 (vinte e dois) metros quadrados não ultrapassa os limites do crime de bagatela e pode ser resolvido por meio de instrumentos previstos em outros ramos do Direito Civil. 6. Ordem concedida para cassar o acórdão e restaurar a sentença absolutória. (STJ; HC 124.820; Proc. 2008/0284736-3; DF; Sexta Turma; Rel. Des. Conv. Celso Limongi; Julg. 05/05/2011; DJE 22/08/2011)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DENÚNCIA REJEITADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRETENDIDO RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. CRIME AMBIENTAL. 500G DE PIRANHA E 1KG DE CARNE DE JACARÉ. LESIVIDADE INEXPRESSIVA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. A inexpressiva significância do fato e da correspondente lesividade ao bem jurídico não permitem a *persecutio criminis* por infração ao art. 34, parágrafo único, inciso III, e art. 29, § 3º, inciso III, da Lei nº 9.605/98. Aplicação do princípio da bagatela. (TJMS; RSE 2008.028693-4/0000-00; Miranda; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; DJEMS 25/02/2009; Pág. 89)

RECURSO MINISTERIAL. ART.34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I DA LEI Nº 9.605/98. CRIME AMBIENTAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA A FIM DE QUE SEJA O APELADO CONDENADO PELO DELITO SUPRACITADO. IMPOSSIBILIDADE. PEQUENO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA E INSIGNIFICANTE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. O Estado deve agir para reprimir e punir apenas os ataques realmente intoleráveis aos bens jurídicos que necessitem da intervenção penal, portanto é imperioso admitir a incidência do Princípio da Insignificância no caso em questão, devendo ser mantida a sentença absolutória em todos os seus termos e fundamentos. (TJMS; ACr 2009.017712-6/0000-00; Nova Andradina; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. João Batista da Costa Marques; DJEMS 17/09/2009; Pág. 60)

CRIME - INSIGNIFICÂNCIA - MEIO AMBIENTE. Surgindo a insignificância do ato em razão do bem protegido, impõe-se a absolvição do acusado.(STF. AP 439, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-01 PP-00037 RTJ VOL-00209-01 PP-00024 RT v. 98, n. 883, 2009, p. 503-508)

Outrossim, ao contrário do exposto em contrarrazões (f.150) não há como considerar que a conduta do apelado prejudicou o ciclo natural de reprodução da fauna aquática, pois tal fato não foi narrado na denúncia

Verifico ainda que não há o que se falar em violação ao artigo 34, parágrafo único, incisos I e II, da Lei 9.605/98, pois não se vislumbra de que forma a conduta do apelante, efetivamente, lesionou a fauna aquática.

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento á apelação criminal interposta por JOSÉ GONÇALO para, com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, absolvê-lo da imputação de infração ao artigo 34, parágrafo único, incisos I e II, da Lei 9.605/98 c/c artigo 70, 2ª parte, do Código Penal, constante na denúncia, bem como, nos termos do artigo 580, do Código de Processo Penal, estendo os efeitos desta decisão ao corréu IRAN CARLOS VELASCO a fim de também absolvê-lo, nos mesmos termos.

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. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 08 de outubro de 2012.

2ª Câmara Criminal***Habeas Corpus* n. 0602094-42.2012.8.12.0000 - Nova Andradina****Relator Des. Manoel Mendes Carli**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PRELIMINAR DA PGJ – NÃO CONHECIMENTO – REJEITADA – MENOR – IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE INTERNAÇÃO POR TEMPO INDETERMINADO – REAVALIAÇÃO FORA DO PRAZO – LAUDO PSICOLÓGICO – SUGESTÃO DE PROGRESSÃO DA MEDIDA – MANIFESTAÇÃO QUE NÃO VINCULA O MAGISTRADO – PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA.

Como a progressão de medida socioeducativa pleiteada pelo impetrante não implica em análise pormenorizada dos requisitos subjetivos do paciente, o presente *writ* merece ser conhecido.

“O descumprimento do prazo de seis meses previsto no art. 121, § 2o, do ECA, não enseja a progressão para a medida sócio-educativa mais benéfica (STJ. HC 37.897/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 23/05/2005, p. 315)”.

Embora exista parecer técnico favorável à aplicação de medida socioeducativa mais branda ao paciente, o mesmo não vincula o magistrado, que pode inferir referida progressão em conformidade com o princípio do livre convencimento motivado do juízo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de outubro de 2012.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de *habeas corpus* interposto por Christovam Martins Ruiz, em favor de J. da S. A, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina.

Narra que o paciente cumpre medida de internação, proferida em procedimento de infração de menor, que fixou o prazo máximo de 3 (três) anos, em virtude ter cometido ato infracional ao delito de homicídio qualificado, estando recolhido na cadeia pública de Nova Andradina-MS, junto a imputáveis, supostamente porque na data do início de seu cumprimento o paciente teria atingido a maioridade penal.

Afirma que o paciente já está internado há mais de 15 meses de internação, com comportamento satisfatório, sendo que a primeira reavaliação ocorreu fora do prazo legal.

Aduz que a autoridade apontada como coatora desconsiderou o laudo psicológico e manteve o paciente internado, causando constrangimento ilegal.

Discorre sobre os requisitos da liminar.

Requer, liminarmente, a desinternação do paciente e, no mérito, a concessão da semiliberdade ao paciente. Documentos de f.11-96.

Liminar indeferida, às f.98-100.

Informações da autoridade apontada como coatora às f.104-105.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f.106-114, pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela sua a denegação.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* interposto por Christovam Martins Ruiz, em favor de J. da S. A, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina.

Levanta a Procuradoria-Geral de Justiça a preliminar de não conhecimento do presente *writ*, por necessitar de dilação probatória, uma vez que não há como analisar os requisitos subjetivos do paciente para verificar se o mesmo faz jus à progressão da medida socioeducativa.

A preliminar deve ser rejeitada sem maiores delongas.

Isto porque o constrangimento ilegal apontado pelo impetrante reside na demora para realização da reavaliação da medida de internação e da não adoção do laudo psicológico pela autoridade apontada como coatora.

Superada a preliminar, a questão fática é a seguinte:

1) Em 15/10/2009 o paciente ingressou na residência de Natália Aquino Barbosa, sua ex-namorada e efetuou um disparo de arma de fogo contra a cabeça da mesma, sendo esta a causa eficiente de sua morte, cometendo ato infracional análogo ao delito capitulado no artigo 121, §2º, inciso do Código Penal (f.13-14).

2) O paciente foi internado provisoriamente do período de 28/4/2010 a 10/6/20120 (f.18-19).

3) A representação foi julgada procedente e aplicada medida de internação ao paciente, pelo prazo máximo de três meses (f.32-34).

4) O paciente deu início ao cumprimento da medida socioeducativa em 28/7/2011 (f.38), ocasião em que já estava com 19 anos.

5) Em 20 de março de 2012 foi certificado o decurso de seis meses da internação do paciente (f.41).

6) Após a oitiva do Ministério Público Estadual e da defesa, a autoridade apontada como coatora determinou a realização de exame criminológico no paciente, em 10 de maio de 2012 (f.64).

7) No Laudo Psicológico (f.80-82) constou que o paciente encontra-se apto a retornar gradativamente ao convívio social, bem como, colacionado o atestado de bom comportamento carcerário (f.88).

8) Em decisão de f.93-94, ora atacada, a autoridade apontada como coatora manteve o paciente internado.

Primeiramente consigno que o atraso na primeira reavaliação da internação do paciente não configura constrangimento ilegal, pois, no caso concreto, não ultrapassou prazo desarrazoado, mormente, porque, houve a necessidade da realização de laudo psicológico, com a consequente abertura de vista às partes.

Anote-se ainda que “O descumprimento do prazo de seis meses previsto no art. 121, § 2º, do ECA, não enseja a progressão para a medida sócio-educativa mais benéfica (STJ. HC 37.897/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 23/05/2005, p. 315)”.

Quanto à internação do paciente, tenho que a mesma deve ser mantida não havendo o que se falar em aplicação de medida socioeducativa mais branda, uma vez que suas condições pessoais no contexto social e os elementos do ato infracional cometido apontam que o mesmo não está apto à retornar ao convívio social.

É que o paciente ingressou na residência de sua ex-namorada e atirou contra sua cabeça, causando sua morte, por não concordar com o término do namoro e empreendeu fuga, ameaçando a família da vítima posteriormente.

Além disso, após tais fatos, em 11 de março de 2010, o paciente cometeu ato infracional análogo ao delito descrito no artigo 157, §2º, incisos I,II, e V do Código Penal, sendo a representação julgada procedente e imposta medida de internação pelo prazo máximo de 3 anos (processo 0001023-44.2010.8.12.0026 – em grau de recurso).

Após a maioria, o paciente que tem 20 anos apresentou reiteração delitiva, um a vez que está sendo processado por infração aos artigos 330 e 331, do Código Penal, ocorrida em 22/2/2011 (processo 0005775-52.2011.8.12.0017); por infração ao artigo 309 da Lei 9.503/97, ocorrida em 8 de maio de 2011 (processo 0006834-75.2011.8.12.0017); por apropriação indébita, ocorrida em 23 de maio de 2011 (processo 0001309-78.2012.8.12.0017).

Outrossim, conforme explica o “*O Superior Tribunal de Justiça, ampliando a compreensão da Excelsa Corte, entende que não está o Magistrado vinculado ao relatório técnico que recomenda a desinternação do menor infrator, podendo discordar do seu resultado. Com efeito, diante do princípio do livre convencimento motivado, pode o Julgador justificar a manutenção da medida de internação com base em outros elementos e provas, quando as peculiaridades do caso assim o recomendem.* (STJ; HC 233.769; Proc. 2012/0032809-8; MG; Quinta Turma; Rel. Des. Conv. Adilson Vieira Macabu; Julg. 17/04/2012; DJE 25/05/2012)”.

Por oportuno:

HABEASCORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO. GRAVE AMEAÇA E VIOLÊNCIA À PESSOA. INSERÇÃO EM SEMILIBERDADE NEGADA PELO JUÍZO MENORISTA EM DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Não existe constrangimento ilegal na decisão judicial que mantém medida socioeducativa de internação de forma devidamente fundamentada, ainda que

exista nos autos parecer técnico favorável à inserção do menor em semiliberdade, diante do princípio do livre convencimento do juízo. Precedentes desta Corte Superior. 2. Ordem denegada.(STJ. HC 203.419/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 28/06/2011)

A confecção de parecer psicossocial favorável ao abrandamento da medida sócio-educativa de internação, por si só, não é suficiente ao deferimento do benefício, podendo o magistrado afastá-lo, desde que o faça de modo fundamentado nas circunstâncias concretas da lide.(STJ. HC 117798/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2009, DJe 13/10/2009)

CRIMINAL. HC. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS A ROUBO QUALIFICADO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO. PARECER TÉCNICO. SUGESTÃO DE PROGRESSÃO DA MEDIDA. MANIFESTAÇÃO QUE NÃO VINCULA O MAGISTRADO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. INTERNAÇÃO MANTIDA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DETERMINADA NOVA AVALIAÇÃO PELA EQUIPE TÉCNICA DO JUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. I. Hipótese na qual foi aplicada ao paciente a medida de internação por prazo indeterminado, sobrevindo relatório técnico exarado pela equipe da FEBEM sugerindo a progressão da medida, com a aplicação da liberdade assistida, o qual não foi acolhido pelo Magistrado singular, que determinou a avaliação pela equipe técnica do juízo, mantendo a internação do adolescente durante a realização da diligência. II. O bom comportamento do menor, sua disponibilidade em não se envolver no meio delitivo, bem como seu respaldo familiar e sua pré-disposição para se inserir no mercado de trabalho não são suficientes para modificação da medida sócio-educativa que lhe foi aplicada, tendo em vista sua experiência anterior na FEBEM, quando foi inserido em medida mais branda e reiterou a prática criminosa grave. III. É prematura e temerosa a imediata colocação do adolescente em meio aberto, até porque o Magistrado apenas manteve a medida mais gravosa durante a realização da nova avaliação, a partir da qual irá reavaliar a situação e decidir acerca da possibilidade de colocação do menor na sugerida liberdade assistida. IV. Descabida a alegação de falta de fundamentação da decisão que manteve a internação do adolescente, pois embasada em argumentação apta ao indeferimento da progressão de medida, sugerida no parecer técnico. V. O Magistrado não está vinculado ao relatório técnico emitido pela equipe da FEBEM, devendo prevalecer, na hipótese, o princípio do livre convencimento. Precedentes. VI. Ordem denegada.(STJ. HC 45872/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2005, DJ 12/12/2005, p. 407)

HABEAS CORPUS. Ato infracional análogo ao de tráfico ilícito de entorpecentes. Medida sócioeducativa de internação. Pleito de progressão. Inviabilidade. Decisão a quo fundamentada. Constrangimento ilegal. Não evidenciado. Ordem denegada. Não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando demonstrado de forma plena pela magistrada singular as razões que a levaram a indeferir o pedido de progressão da medida de internação aplicada ao adolescente, não só pela gravidade do ato infracional cometido, mas também, pelo curto espaço de tempo do cumprimento da medida socioeducativa. Ademais, segundo orientação Superior Tribunal de Justiça o magistrado não está vinculado ao relatório técnico que recomenda a desinternação do menor infrator, podendo, fundamentadamente, discordar do seu resultado e justificar a manutenção da medida de internação com base em outros elementos de prova, em homenagem ao princípio do livre convencimento motivado. (TJPA; HC-PL 20123021088-7; Ac. 112791; Belém; Câmaras Criminais Reunidas; Rel. Des. Ronaldo Marques Valle; Julg. 01/10/2012; DJPA 05/10/2012; Pág. 166)

Ante o exposto, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 08 de outubro de 2012.

2ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição n. 1600061-22.2012.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

E M E N T A – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – NAMORADOS – AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA FUNDADA EM DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO – COMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL– PROCEDENTE.

Tratando-se de infração ao artigo 217-A, do Código Penal, por ter o denunciado de 18 anos mantido relações sexuais com sua namorada de 12 anos, não se identifica o fato delituoso com violência de gênero, mormente porque a vulnerabilidade da vítima decorre da sua idade à época dos fatos, razão pela qual não há deslocamento da competência.

“Dest’arte, se o delito não tem razão no fato de a vítima ser do gênero mulher, não há falar em competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar. (STJ. HC 172784 RJ 2010/0088351-5, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 03/02/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/02/2011)”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 24 de setembro de 2012.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de conflito negativo de competência estabelecido pelo Juiz de Direito da Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande-MS, ora suscitante, e o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS, ora suscitado.

Noticiam os autos que R. S. de O. foi denunciado, pelo Ministério Público Estadual, em 18 de abril de 2012, por ter, em 14 de agosto de 2010, mantido relação sexual com A.C.S.L., então com 12 anos de idade, com quem tinha relacionamento amoroso, incorrendo no delito previsto no artigo 217-A, do Código Penal (ação penal 0005057-06.2011.8.12.0001).

O processo foi distribuído à Vara da Infância, Juventude e Idoso da Comarca de Campo Grande-MS, sendo que por tal juízo recebida a denúncia em 23 de maio de 2012, tendo seu trâmite normal.

Com o advento da Resolução Nº 65, de 21 de março de 2012 (DJMS-12(2615):7, 23.3.2012) os autos foram redistribuídos ao Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS, que

declinou da competência em favor do Juízo de Direito da Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande-MS, razão do presente conflito de competência.

Argumenta o juízo suscitante que a Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher possui competência para processar e julgar delitos praticados contra a mulher, em razão de questão de gênero, por menosprezo do agressor à condição de mulher, o que difere do caso concreto.

Ao final, pugna pelo acolhimento do presente conflito.

Informações do juízo suscitante, às f.17-23 e do juízo suscitado, às f.28-33.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f.24-27) pelo provimento do presente conflito de competência para declarar a competência da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS para processar e julgar o feito.

VOTO (EM 17/09/2012).

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de conflito negativo de competência estabelecido pelo Juiz de Direito da Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande-MS, ora suscitante, e o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS, ora suscitado.

Noticiam os autos que R. S. de O. foi denunciado, pelo Ministério Público Estadual, em 18 de abril de 2012, por ter, em 14 de agosto de 2010, mantido relação sexual com A. C S.L., então com 12 anos de idade, com quem tinha relacionamento amoroso, incorrendo no delito previsto no artigo 217-A, do Código Penal (ação penal 0005057-06.2011.8.12.0001).

O processo inicialmente foi distribuído à Vara da Infância, Juventude e Idoso da Comarca de Campo Grande-MS e, com o advento da Resolução Nº 65, de 21 de março de 2012 (DJMS-12(2615):7, 23.3.2012) foram redistribuídos ao Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS, que declinou da competência em favor do Juízo de Direito da Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande-MS.

Argumentou o juízo suscitado que com a vítima, menor de idade, apresentava relação de submissão e inferioridade física em relação ao denunciado R S de O.

Prevê a Resolução 221/94, do TJMS o seguinte:

Art. 2º Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande: (alterado pelo art. 2º da Resolução nº 525, de 6/6/2007 – DJMS, de 14/6/2007.)

k) a da vara da violência doméstica e familiar contra a mulher, a competência para processar, julgar e executar as causas criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, inclusive a execução de penas restritivas de direitos aplicadas em substituição às privativas de liberdade as causas cíveis que decorram de crimes dessa natureza, nos termos da Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006 e, igualmente, as Cartas Precatórias extraídas de processos fundados na mesma Lei; (alterada pelo art. 2º da Resolução nº 30, de 6/5/2009 – DJMS, de 8/5/2009.)

x) Às demais Varas de Competência Residual Criminal, processar e julgar os feitos e

os incidentes penais não mencionados nas alíneas “h”, “i”, “j” e “k”, mediante distribuição. (Acrescentada pelo art. 2º da Resolução 525, de 6/6/2007 – DJMS, de 14/6/2007.)

Tenho que assiste razão ao juízo suscitante.

Prevê o artigo 5º, da Lei 11.340/2006 que:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Ora, dos fatos narrados na denúncia se extrai que à infração ao artigo 217-A, do Código Penal não está relacionada à condição da vítima ser mulher, inserida em um contexto familiar.

É que, pela denúncia, RAFAEL, então com 18 anos, tinha um relacionamento amoroso com ANA LÚCIA, então com 12 anos, e, de forma consentida, já que a peça acusatória não faz referência à violência real, mantiveram relações sexuais no período de 1/6/2009 a 14/8/2010, incorrendo em infração ao artigo 217-A, do Código Penal.

Portanto, como facilmente se constata, o delito discutido não guarda correlação com o gênero, opressão ou humilhação à mulher, o que afasta a incidência da Lei Maria da Pena.

Como explicitado pela Procuradora de Justiça Irone Alves Ribeiro, às f.26-27, “*os fatos se deram não por se tratar a vítima de uma mulher, mas sim por ser ela uma criança. A inexperiência, imaturidade inerentes da idade da vítima foram os fatores determinantes para a conduta perpetrada e, não sua condição de mulher. [...] Logo, por não se tratar de crime cometido em função do gênero, a competência para processamento e julgamento recai sobre o juízo suscitado, qual seja, o da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande*”.

Complementando tal pensamento, colhe-se do voto do Desembargador José Conrado Kurtz de Souza, do TJRS, relator de conflito de competência similar o seguinte:

“Não é qualquer violência no âmbito familiar que ensejará a proteção da chamada Lei Maria da Pena. É preciso mais, é preciso que o motivo da violência esteja umbilicalmente ligado à discriminação de gênero.

Por isso, não é qualquer delito sexual que pode ser enquadrado como violência de gênero.

Ainda que não se desconheça estudos de criminologia que identificam, *tourt court*, sinais de submissão da figura feminina em todos os casos de violência do homem contra a

mulher, é certo que para o enquadramento na esfera de proteção especial não é necessário apenas eventuais marcas intrínsecas à espécie delitiva, mas sim a indistigível marca do intuito de submissão como castigo, humilhação ou demonstração de poder.

Em outras palavras, o que deve ter impulsionado a prática delitiva não é apenas o desejo sexual (que inclusive pode se dar em relação a um homem/menino), mas sim a intenção de demonstrar a superioridade masculina em relação à mulher vítima do abuso, em verdadeiro desrespeito à diferença de gênero existente entre o algoz e a vítima.

[...]

Os abusos sexuais praticados pelos pais contra as filhas encontram lastro na superioridade daquele em razão do poder familiar, do vínculo de ascendência, tratando-se, em verdade, de pedofilia. Não é cultural. Não se dá em função do gênero masculino/feminino, como ocorre nas relações homens/mulheres, estes sim, destinatários da nova lei.

No crime ora tratado não estamos diante de submissão por força do fator gênero, nem se tem como motivação a opressão à mulher, mas um crime de pedofilia, o qual tem, como mola propulsora, o desejo sexual de um homem por uma criança – seja menino, seja menina.

Tais elementos, por óbvio, são suficiente ao afastamento da aplicação da Lei Maria da Penha.” [...] (TJRS; CJ 466175-18.2011.8.21.7000; Santa Maria; Sétima Câmara Criminal; Rel. Des. José Conrado Kurtz de Souza; Julg. 15/12/2011; DJERS 17/01/2012)

E, ainda:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADOS POR PADRASTO CONTRA ENTEADAS. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE SITUAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA OU VULNERABILIDADE DA MULHER. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/06. DECLARADA A COMPETÊNCIA DO JUIZADO COMUM. CONFLITO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE. 1. O art. 5º, da Lei Maria da Penha, configura como violência doméstica e familiar contra a mulher toda espécie de agressão, baseada no gênero, isto é, na condição hipossuficiente da mulher, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, importando em violação dos direitos humanos, independente da habitualidade da agressão. 2. Desta forma, não basta que a vítima seja mulher e que o crime se dê no âmbito familiar, mas, exige-se, ainda, que a violência guarde relação com a posição de inferioridade histórica e culturalmente atribuída à mulher. 3. O caso em tela não guarda relação com a Lei Maria da penha, afinal, por mais que as vítimas sejam do sexo feminino e as agressões tenham se dado no contexto familiar, é possível perceber que a maior vulnerabilidade das vítimas não decorre do gênero, mas sim, da idade que tinham na época dos fatos. 4. não se está, portanto, diante de mulheres vitimadas em razão da opressão de gênero, tanto pior, o presente caso envolve crianças que, em razão da tenra idade e da inocência, foram alvo da perversão de um homem adulto. 5. Conflito de competência procedente, declarando-se a competência do juízo da 2ª Vara Criminal de cariaca, ora suscitado, para o qual, oportunamente, deverão ser encaminhados os autos. (TJES; CC 0018860-68.2010.8.08.0012; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça; Julg. 29/08/2012; DJES 06/09/2012)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. COMPETÊNCIA DA VARA COMUM VERSUS COMPETÊNCIA DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (MARIA DA PENHA). AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA FUNDADA EM DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO. COMPETÊNCIA COMUM. A Lei nº 11.340/06 visa a combater a violência fundada em discriminação de gênero, qual seja, a

perigosa e errônea percepção da realidade que coloca a mulher em posição de inferioridade e submissão em relação ao homem e o leva a acreditar que seu comportamento dominador, discriminatório e violento (física e/ou moralmente) é legítimo, quando na verdade é criminoso. É exatamente visando a dar mais rápida e eficaz resposta à violência contra a mulher que a Lei Maria da penha reclama especialização de unidades jurisdicionais que melhor compreendam e atuem sobre tal fenômeno criminógeno, não sendo, portanto, qualquer delito, ainda que cometido contra indivíduo do sexo feminino e dentro do ambiente familiar, que esteja na órbita de atuação da justiça especializada. Hipótese em que o crime foi cometido contra jovem do sexo feminino, enteada do réu, não se identificando no fato a violência de gênero, nos moldes preconizados pela Lei, razão pela qual não há deslocamento da competência, que é a ordinária, para as varas especializadas. Conflito de competência julgado procedente. Por maioria. (TJRS; CJ 466175-18.2011.8.21.7000; Santa Maria; Sétima Câmara Criminal; Rel. Des. José Conrado Kurtz de Souza; Julg. 15/12/2011; DJERS 17/01/2012)

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. TORTURA CONTRA CRIANÇA EM CONTINUIDADE DELITIVA. PROCURADORA DE JUSTIÇA APOSENTADA. INEXISTÊNCIA DE PRIVILÉGIO DE FORO. SÚMULA 451/STF. COMPETÊNCIA DO JUIZ CRIMINAL E NÃO DO JUIZADO ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. CRIME COMETIDO EM RAZÃO DA CONDIÇÃO DE CRIANÇA DA VÍTIMA. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA PREJUDICADO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO. NOVOS TÍTULOS APTOS A SUSTENTAR A CUSTÓDIA, CUJOS FUNDAMENTOS NÃO FORAM IMPUGNADOS NA INICIAL. PRECEDENTES DA 3ª. SEÇÃO DESTA CORTE. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. HC PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM.4511. A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional. Súmula 451/STF.2. Ressai dos fatos narrados na denúncia que a paciente tinha a guarda provisória e precária da vítima e a submeteu a intolerável e intenso sofrimento psicológico e físico ao praticar, em continuidade delitiva, diversas agressões verbais e violência física, de forma a caracterizar o crime de tortura descrito no art. 1º., inciso II, combinado com o § 4º., inciso II da Lei 9.455/97.1ºII§ 4ºII9.4553. O fato de a menor agredida ser do sexo feminino não possui qualquer influência no delito praticado pela paciente, pois foi a condição de criança que levou a acusada a praticá-lo. Caso a vítima fosse homem, a conduta não deixaria de existir, pois o fundamental para a acusada era a incapacidade de resistência da vítima diante das agressões físicas e mentais praticadas. Dest'arte, se o delito não tem razão no fato de a vítima ser do gênero mulher, não há falar em competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar.4. Ao que se tem das informações colhidas no endereço eletrônico do TJRJ, foi proferida a sentença condenatória e julgado o recurso de Apelação defensivo. Nesses casos, esta Corte tem entendido pela prejudicialidade da análise do decreto prisional, uma vez que há novos títulos a amparar a custódia cautelar, cujos fundamentos se desconhece e não foram impugnados na inicial deste HC.5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.6. HC parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem. (STJ. HC 172784 RJ 2010/0088351-5, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 03/02/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/02/2011)

Ante o exposto, com o parecer, voto pelo provimento do presente conflito negativo de competência a fim de fixar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS para processar e julgar a ação penal 0005057-06.2011.8.12.0001.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL (DES. RUY CELSO), APÓS O RELATOR JULGAR PROCEDENTE O CONFLITO, O 2º VOGAL AGUARDA.

VOTO EM (24/09/2012).

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (1º Vogal).

Pedi vista dos autos e após analisar detidamente a questão, acompanho o Relator para fixar a competência do juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande-MS.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (2º Vogal).

De acordo com o relator.

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. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 24 de setembro de 2012.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001117-61.2006.8.12.0016 - Mundo Novo
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO –
PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA ATIPICIDADE – ARMA DESMUNICIADA
– PROVAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE – CRIME DE PERIGO ABSTRATO –
IMPROVIDO.

Não há falar em absolvição se o agente portava um revólver marca Taurus, calibre.38, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O fato de o revólver estar desmuniado não o desqualifica como arma de fogo, tendo em vista que a ofensividade deste artefato não está apenas na sua capacidade de disparar projéteis, mas também no seu potencial de intimidação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2012.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

José Ivo dos Santos foi condenado à pena de 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, no regime aberto, substituída por restritiva de direitos, por infração ao art. 14 da Lei 10.826/03 (f. 152-160).

Pede a absolvição em razão da atipicidade, uma vez que a arma estava desmuniada e, alternativamente, aduz que o fato ocorreu em 20/08/2006 e a interpretação predominante na época era de que o porte de arma desmuniada era atípico não podendo a interpretação jurisprudencial retroagir em prejuízo do réu (f. 193-198).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento dos recursos (f. 201-213).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso (f. 219-223).

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

O apelante pugna pela absolvição em razão da atipicidade, uma vez que a arma estava desmuniada e, alternativamente, aduz que o fato ocorreu em 20/08/2006 e a interpretação predominante na época era de que o porte de arma desmuniada era atípico não podendo a interpretação jurisprudencial retroagir em prejuízo do réu.

A sentença condenatória não merece reparos, pois analisou atentamente as provas dos autos.

A materialidade restou patente através do auto de prisão em flagrante delito (f. 07), boletim de ocorrência (f. 18), auto de apreensão de um revólver marca Taurus, calibre.38 (f. 19), e laudo de exame em arma de fogo, o qual concluiu que a arma se encontrava apta e eficaz à produção de disparos (f. 20).

Por sua vez, a autoria encontra-se demonstrada pelo auto de prisão em flagrante, confissão do apelante, tanto na fase policial, quanto na judicial (f. 11 e 78-79) e declarações das testemunhas.

Assim, observa-se dos autos que o apelante praticou o crime, não merecendo acolhida a alegação de que sua conduta é atípica, porque a arma estava desmuniada, uma vez que o simples porte de arma de fogo, sem autorização legal, é o quanto basta para incidir o tipo penal previsto no art. 14, da Lei 10826/03, colocando em risco a incolumidade pública.

José Geraldo da Silva, em seu livro *Leis Penais Especiais*, esclarece que:

“Arma desmuniada: não desnatura o crime, pois o perigo para a coletividade continua o mesmo, haja vista que a qualquer momento pode o agente municiá-la e efetuar disparos, além do quê, mesmo desmuniada, a arma de fogo continua mantendo seu poderio de intimidação. Nesse sentido decidiu a eminente Relatora Ministra Ellen Grace, do Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação do HC 95073/MS (02/06/2009), averbando que:

‘o fato de o revólver estar desmuniado não o desqualifica como arma, tendo em vista que a ofensividade deste artefato não está apenas na sua capacidade de disparar projéteis, causando ferimentos graves ou mortes, mas também, na grande maioria dos casos, no seu potencial de intimidação. O porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, não tendo a lei exigido a efetiva exposição de outrem a risco, sendo irrelevante a avaliação subsequente sobre a ocorrência de perigo à coletividade’.(SILVA, José Geraldo da. *Leis penais especiais anotadas*. 11ª ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2010, p. 627-8).

Nessa mesma linha de entendimento o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARMA DESMUNIADA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. Não se comprova a presença de constrangimento ilegal a ferir direito do paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de habeas corpus. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, consuma-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, e a probabilidade de vir a ocorrer algum dano é presumida pelo tipo penal. Além disso, o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante o fato de estar a arma de fogo municiada ou não. Precedentes. 3. Habeas corpus denegado. (STF; HC 100.710; MG; Primeira Turma; Relª Minª Carmen Lúcia; Julg. 22/11/2011; DJE 06/12/2011; Pág. 31)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03). ARMA DESMUNICIADA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência da primeira turma desta corte é firme no sentido de que “o porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, consumando-se pela objetividade do ato em si de alguém levar consigo arma de fogo, desautorizadamente e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Donde a irrelevância de estar municiada a arma, ou não, pois o crime de perigo abstrato é assim designado por prescindir da demonstração de ofensividade real” (RHC nº 91.553/DF, primeira turma, relator o ministro ayres britto, DJe de 21/8/09). 2. Ordem denegada. (STF; HC 109.136; ES; Primeira Turma; Rel. Min. Dias Toffoli; Julg. 18/10/2011; DJE 16/11/2011; Pág. 21)

HABEAS CORPUS. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO PERMITIDO. ARMA DESMUNICIADA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ATIPICIDADE. INEXISTÊNCIA. PERIGO ABSTRATO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. No caso, ao contrário da tese da Defesa, observa-se que o Tribunal de origem, com base no conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que a arma apreendida em poder do Paciente encontrava-se carregada com 05 (cinco) munições. 2. Assim, cumpre anotar que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em habeas corpus, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória. 3. Ademais, prevalece na Jurisprudência o entendimento de que o porte ilegal de arma de fogo desmuniada e o de munições, mesmo configurando hipótese de perigo abstrato ao objeto jurídico protegido pela norma, constitui conduta típica, pois “o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante o fato de estar a arma de fogo municiada ou não. Precedentes. “ (STF, HC 104.206/RS, 1ª Turma, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe de 26/08/2010). 4. Habeas corpus denegado. (STJ; HC 220.399; Proc. 2011/0235371-8; MG; Quinta Turma; Relª Minª Laurita Vaz; Julg. 17/04/2012; DJE 27/04/2012)

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE. 1. O porte ilegal de arma de fogo é delito de perigo abstrato, em que buscou o legislador punir, de forma preventiva, as condutas descritas no tipo penal. 2. Consuma-se o porte ilegal pelo ato de alguém levar consigo arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal, sendo irrelevante a demonstração de efetiva ofensividade. 3. Recurso Especial provido. (STJ; REsp 1.193.805; Proc. 2010/0085986-4; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; Julg. 15/12/2011; DJE 11/04/2012)

Este também é o entendimento deste Sodalício:

APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE ARMA – ART. 14, CAPUT, DA LEI 10.826/03 – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ARMA DESMUNICIADA E OBSOLETA – IRRELEVÂNCIA – FATO TÍPICO – PERÍCIA NOS AUTOS – PODER VULNERANTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. É irrelevante a circunstância da arma de fogo estar ou não municiada para a caracterização do delito de porte ilegal de arma de fogo, previsto no artigo 14 da Lei 10.826/03, tendo em vista que se trata de um crime formal e de perigo abstrato, prescindindo-se a demonstração do efetivo perigo no caso concreto para a sua configuração, muito mais demonstrada a tipicidade no presente caso, visto que a arma apreendida foi devidamente periciada, sendo detectada a sua indubitável aptidão para efetuar disparos. (Apelação Criminal N. 2009.030399-6. Rel. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. Primeira Turma Criminal. Julgado em 01/07/10)

APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – ART. 14 DA LEI 10.826/03 – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA

ARMA DESMUNICIADA – IRRELEVÂNCIA – FATO TÍPICO – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS – REDUZIDA PENA BASE – AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS APTOS PARA CONFIGURAR OS MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA – FIXADO REGIME ABERTO E SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR 02 RESTRITIVAS DE DIREITOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O Crime previsto no art. 14, da Lei 10.826/03, é considerado crime de mera conduta, sendo que a fato de a arma de fogo estar desmuniada não exclui a tipicidade do delito. Restando comprovadas autoria e materialidade, afasta-se o pedido de absolvição. A abolitio criminis só é aplicável à posse de arma e não a porte. (...). (Apelação Criminal N. 2010.008910-0. Rel. Des. João Batista da Costa Marques. Primeira Turma Criminal. Julgado em 25/05/10)

APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA PELO FATO DE A ARMA ESTAR DESMUNICIADA – IRRELEVÂNCIA – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO SE APRESENTA COMO ELEMENTAR PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – EFICÁCIA DOS MECANISMOS DE DISPARO – FATO TÍPICO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Ainda que desmuniada a arma de fogo apreendida, mas apta a efetuar disparos, o fato é típico, visto que o crime de porte ilegal de arma de fogo é de perigo abstrato. (Apelação Criminal N. 2010.009235-8. Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes. Segunda Turma Criminal. Julgado em 26/04/10)

Portanto, não há falar em absolvição por atipicidade da conduta.

O apelante aduz ainda, que na época dos fatos o entendimento do STF era no sentido de que o porte de arma desmuniada era fato atípico, e pleiteia a absolvição em razão disso.

Todavia, o pedido não merece prosperar, haja vista que é a lei mais benéfica que deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o art. 5º, XL, da Constituição Federal e art. 2º, parágrafo único do Código Penal, o que não se confunde com interpretação jurisprudencial como quer o apelante.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO PERMITIDO. ART. 14, DA LEI Nº 10.826/03 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO). CONDUTA DELITUOSA NÃO ABARCADA PELA ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA, PREVISTA NOS ARTS. 30, 31 E 32 DA LEI Nº 10.826/03. ARMA DESMUNICIADA. ATIPICIDADE. INEXISTÊNCIA. PERIGO ABSTRATO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL QUANTO AO PEDIDO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. 1. O writ não deve ser conhecido quanto ao pedido de suspensão condicional do processo, por falta de interesse processual, pois tal instituto fora aplicado pelo Magistrado da Instância Prima. 2. Somente as condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo foram abarcadas pela abolitio criminis temporária, prevista nos arts. 30, 31 e 32 da Lei nº 10.826/03, não sendo possível estender o benefício para o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14, da Lei nº 10.826/03). 3. Prevalece na Jurisprudência o entendimento de que o porte ilegal de arma de fogo desmuniada e o de munições, mesmo configurando hipótese de perigo abstrato ao objeto jurídico protegido pela norma, constitui conduta típica, pois “o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante o fato de estar a arma de fogo muniada ou não. Precedentes. (STF, HC 104.206/RS, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 26/08/2010). 4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (STJ; HC 184.557; Proc. 2010/0166999-0; MG; Quinta Turma; Relª

Min^a Laurita Vaz; Julg. 07/02/2012; DJE 24/02/2012)

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. João Carlos Brandes Garcia e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 06 de dezembro de 2012.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0050903-46.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL – AFASTAMENTO DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - INERENTE AO TIPO PENAL – PRETENDIDA MÁXIMA REDUÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA MINORANTE DESCRITA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 – NATUREZA E GRANDE QUANTIDADE DE DROGA – MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO – SEMIABERTO CABÍVEL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – PARCIALMENTE PROVIDO.

Se as consequências do crime foram fundamentadas de forma inerente ao tipo penal, devem ser afastadas, reduzindo-se a pena-base da apelante para montante adequado, justo e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Não há falar em máxima redução da pena, em razão da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, diante da quantidade e natureza da droga transportada (quase 02 kg de cocaína).

Preenchidos os requisitos descritos no art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, CP, é cabível a alteração do regime prisional para o semiaberto.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, se as circunstâncias do crime indicam que ela não seria suficiente para a reprovação e prevenção do delito (art. 44, III, CP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 26 de novembro de 2012.

Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha - Relator

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Susy Soliz Senteno foi condenado à pena de 05 anos, 01 mês e 20 dias de reclusão e 458 dias-multa, no regime fechado, por infração ao art. 33 da Lei 11.343/06 (f. 105-111).

Pede a redução da pena-base para o mínimo legal, por ausência de fundamentação plausível, a máxima redução da pena pela minorante do tráfico privilegiado (2/3), bem como a modificação do regime prisional para o aberto e a substituição da pena por restritivas de direitos (f. 122-129).

O órgão ministerial, em contrarrazões, requereu o improvimento do recurso (f. 135-142).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (f. 150-160).

VOTO

A Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Narra-se na denúncia que no dia 09/09/11, por volta das 11:00 horas, no Terminal Rodoviário na Rua Guri Marques, nesta Capital, a denunciada Susy Soliz Senteno foi presa em flagrante delito trazendo consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 17 embalagens de suco que continham substância análoga à cocaína, localizadas dentro de uma bolsa de cor lilás, totalizando 1.830 gramas.

Verifica-se que o magistrado fixou a pena-base da apelante acima do mínimo legal (06 anos e 06 meses de reclusão e 600 dias-multa), por considerar como negativas as circunstâncias judiciais da culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime (f. 109 e verso).

A culpabilidade encontra-se devidamente fundamentada, até mesmo porque não foi aplicada à apelante a majorante contida no art. 40, V, da Lei 11.343/06 (“mostra-se elevada, tendo em vista que a acusada transportava entorpecente no interior de ônibus interestadual com destino a outra unidade da federação (Rio de Janeiro/RJ), o que facilita a propagação da droga”).

As circunstâncias do crime são desfavoráveis em razão da quantidade e natureza da droga apreendida com a apelante (quase 2 kg de cocaína).

Já as consequências do crime (“foram e são graves, considerando que se trata de crime de perigo abstrato, a conduta da apenada colocou em risco a saúde física e mental de um número indeterminado de pessoas, sobretudo crianças e jovens, que sem capacidade de auto-determinação entram no mundo das drogas, com pesado ônus para a família e para a sociedade”) são inerentes ao crime de tráfico de drogas, não podendo ser consideradas negativas.

Nesse sentido:

“In casu, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, utilizando-se, entre outras, de expressões como: “culpabilidade intensa”, “conduta socialmente censurável”, “motivos egoísticos” e “circunstâncias e consequências que causam abalo social”. Dessa forma, não existem argumentos suficientes a justificar, no caso concreto, a exacerbação da reprimenda. [...]. Ordem parcialmente concedida.” (HC 128800/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 22/02/2010)

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA E MOTIVAÇÃO EGOÍSTICA DO CRIME. OBSERVÂNCIA DO ART. 59, DO CP. Na avaliação das circunstâncias legais para fixação da pena, em se tratando de tráfico de entorpecentes, devem influir decisivamente a espécie e a quantidade da droga. O tipo de entorpecente é dado que indica o grau de nocividade para a saúde pública, correlato

ao indicador das conseqüências do crime; a quantidade, quase sempre, aponta para o grau de envolvimento do infrator com o odioso comércio, indicando a medida de sua personalidade perigosa e voltada para a prática criminosa. Acórdão que, atento a essas premissas e considerando o motivo egoístico do crime, observando os critérios do art. 59 do Código Penal, fixa a pena-base acima do mínimo legal, não padece da alegada falta de fundamentação.” [...] Ordem denegada. (HC 13231/MS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22.08.2000, DJ 09.10.2000 p. 169)

Portanto, reduzo a pena-base para 06 (seis) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, montante adequado, justo e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Em razão da atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena-base em 04 meses e 50 dias-multa (quantum fixado na sentença – f. 109-v), totalizando 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 530 (quinhentos e trinta) dias-multa.

Em atendimento ao art. 42 da Lei 11.343/06, considerando a natureza e a quantidade de droga apreendida com a apelante (quase 02 Kg de cocaína), mantenho a redução da pena em 1/6, pela minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Cumprе salientar que o STJ já decidiu que o art. 42 da Lei n. 11.343/06 deve ser considerado pelo juiz, tanto na fixação da pena-base, quanto na aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da referida Lei, inexistindo “bis in idem”:

“*HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EXASPERAÇÃO, NA TERCEIRA ETAPA, ACIMA DO PERCENTUAL MÍNIMO. ELEVADO NÚMERO DE AGENTES E ENVOLVIMENTO DE MENORES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. IMPOSSIBILIDADE. [...]”

4. Se o paciente é primário, ostenta bons antecedentes, não se dedica a atividades delituosas e nem integra organização criminosa, revela-se possível a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06.

5. No caso, a opção pela aplicação da referida minorante na fração de 1/6 (um sexto) foi justificada na grande quantidade de entorpecente apreendido – quase 300 (trezentas) pedras de crack –, o que vai ao encontro da jurisprudência desta Superior Casa de Justiça.

6. Ordem denegada.” (HC 154724/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 31/08/2010, DJe 27/09/2010)

“*HABEAS CORPUS*. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. NECESSIDADE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

Correta a aplicação da minorante em seu patamar mínimo, com fundamento na

expressiva quantidade de droga apreendida, sobretudo quando demonstrado, de forma justa e fundamentada, que a reprimenda é necessária e suficiente para reprovação do crime, apesar da pena-base ter sido fixada no mínimo legal. Precedente. [...]4. Ordem denegada.” (HC 133.277/PR, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 15/06/2009.)

“*HABEAS CORPUS*. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NECESSIDADE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 do mesmo diploma legal. 2. Correta a aplicação da minorante em seu patamar mínimo, com fundamento na quantidade de droga apreendida (570 g de maconha), sobretudo quando demonstrado, de forma justa e fundamentada, ser este o quantum adequado, necessário e suficiente à reprovação do crime. Precedentes. 3. Ordem denegada.” (STJ, HABEAS CORPUS Nº 132.106 - MS (2009/0054214-0) - Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 15/09/09)

Portanto, em razão da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, reduzo a pena em 1/6, tornando-a definitiva em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 442 (quatrocentos e quarenta e dois) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos (f. 110).

Em atendimento ao art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, do Código Penal, modifico o regime prisional para o semiaberto.

Deixo de substituir a pena por restritivas de direitos por entender que, diante das circunstâncias do crime (quantidade e natureza da droga: quase 02 kg de cocaína), esta não seria suficiente para a reprovação e prevenção do delito (art. 44, III, CP).

Preleciona o prof. Julio Fabbrini Mirabete (Manual de Direito Penal, vol. I, parte geral, 21ª Ed., rev. e atual. por Renato N. Fabbrini, Atlas, São Paulo, 2004, p. 279), “não tem direito à substituição, portanto, os condenados que, pelos elementos colhidos na instrução criminal, demonstrarem incompatibilidade com a convivência social harmônica, que tiverem antecedentes comprometedores, ainda que não tenham sido condenados anteriormente, que apresentem conduta marcada por fatos anti-sociais ou que não tenham profissão definida, emprego fixo ou residência determinada e, ainda, quando os próprios motivos e as circunstâncias de caráter social indicarem que a substituição não servirá de prevenção penal”.

Nesse sentido, já decidiu o STJ:

“*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REDUÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. INVIABILIDADE DA CONVERSÃO DE PENA. [...] Mesma sorte não lhe assiste quanto ao pleito de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, dado que a quantidade e diversidade de droga apreendida não recomenda o benefício. 5. Ordem parcialmente concedida tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.” (HC 180.177/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 01/02/2011)

“*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DE UM DOS SEUS REQUISITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS MAS INFERIOR A

OITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ORDEM DENEGADA.

2. Apesar de ser possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o cumprimento da sanção corporal em relação aos crimes cometidos sob a égide da Lei nº 11.343/2006, dependendo do quantum de pena aplicado, consoante orientação da Sexta Turma desta Corte, o certo é que, no caso, o regime mais gravoso se mostra adequado, mesmo se tratando de pena inferior a 8 anos, já que existem circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente (maus antecedentes e considerável quantidade de droga apreendida - 33 pedras de crack e 14 tubos plásticos contendo cocaína) a recomendá-lo, de acordo com o que preceitua o artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Da mesma forma, mostra-se inviável a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos. 3. Habeas corpus denegado.” (HC 162.598/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 17/12/2010)

Diante do exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso apenas para reduzir a pena-base da apelante e fixar o regime prisional semiaberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. João Carlos Brandes Garcia e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 26 de novembro de 2012.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0059711-40.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES APREENDIDOS – POSSIBILIDADE – DINHEIRO QUE NÃO É PRODUTO DE TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO PROVIDO – CONTRA O PARECER.

Deve ser restituído o valor apreendido se o próprio magistrado sentenciante reconhece que tal numerário não é proveniente do tráfico de drogas, devendo as multas e custas judiciais ser cobradas pelo Estado através das ações cabíveis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª 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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de dezembro de 2012.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

ROSANA CARDENA BOGADO interpõe a presente apelação criminal visando a restituição de um aparelho de DVD, um aparelho de som, um notebook e um aparelho de telefone celular, e R\$ 2.925,00, apreendidos em flagrante de tráfico de drogas.

A declarante sustenta que tais bens são antigos e, por isso, não possui as devidas notas fiscais; quanto ao valor em tela, a apelante alega que tal valor é referente à sua rescisão trabalhista.

O Parquet contra-arrazoa pelo parcial provimento do recurso para restituição do notebook, do aparelho de DVD e som.

O Parecer Ministerial opina para que o recurso seja julgado prejudicado, ao fundamento de que DVD, som, e celular já foram restituídos, e que o valor em testilha servirá como pagamento de parte da pena de multa e das custas processuais.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

ROSANA CARDENA BOGADO interpõe a presente apelação criminal visando a restituição de um aparelho de DVD, um aparelho de Som, um notebook e um aparelho de telefone celular, e R\$ 2.925,00, apreendidos em flagrante de tráfico de drogas.

A declarante sustenta que tais bens são antigos e, por isso, não possui as devidas notas fiscais, quanto ao valor em tela, a apelante alega que tal valor é referente à sua rescisão trabalhista.

O Parquet contra-arrazoa pelo parcial provimento do recurso para restituição do notebook, do aparelho de DVD e som.

O Parecer Ministerial opina para que o recurso seja julgado prejudicado, ao fundamento de que DVD, som, e celular já foram restituídos, e que o valor em testilha servirá como pagamento de parte da pena de multa e das custas processuais.

Compulsando os autos 2012.019303-4 em apenso, notadamente f. 159, constato que o notebook, os aparelhos de som, DVD e o celular já foram restituídos à apelante. Entretanto, o valor de R\$ 2.925,00 não foi restituído.

Por isso, não há como julgar o feito prejudicado, pois o valor em tela não foi restituído, ficou retido nos autos e o pedido de restituição deve ser analisado

O valor ficou retido nos autos com esta justificação:

“[...] Embora não haja prova de que o dinheiro apreendido seja produto do tráfico de drogas, ele servirá como pagamento de parte da pena de multa e das custas judiciais...”.

Ora, se o próprio magistrado reconhece que não há provas de que tal valor seja produto do tráfico de drogas, ele deve ser restituído à apelante, ainda mais porque as documentações constantes de f. 21 à 30, comprovam que a apelante trabalhava, e fez uma rescisão contratual com valor compatível com a justificação dela, de que estava na posse de referido numerário.

Cito decisão deste TJMS quanto a restituição de bens quando não há prova de sua origem ilícita:

E M E N T A – APELAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS – [...] - VALOR APREENDIDO – PRETENDIDA RESTITUIÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVAS DA ILICITUDE DE SUA ORIGEM – DEVOLUÇÃO – RECURSO PROVIDO EM PARTE. [...] Na ausência de provas quanto à origem ilícita da quantia em dinheiro apreendida, a restituição é medida de rigor. (TJMS, decisão de 5.4.2010, da Segunda Turma Criminal, na Apelação Criminal - Reclusão - N. 2010.006845-0/0000-00 - Três Lagoas, Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte).

É de salientar que o meio cabível do Estado cobrar tais valores (multa e custas judiciais) é através de ações de cobrança ou mesmo lançando o débito do inadimplente na dívida ativa.

Ante o exposto, contra o Parecer, dou provimento ao recurso para determinar a restituição do valor apreendido em favor da apelante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. João Carlos Brandes Garcia e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 06 de dezembro de 2012.

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000839-18.2010.8.12.0017/50000
Nova Andradina
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO – CRIAÇÃO DE RISCO PERMITIDO – EMBRIAGUEZ NÃO DEMONSTRADA – AUTOCOLOCAÇÃO EM SITUAÇÃO DE PERIGO – IMPUTAÇÃO OBJETIVA – FATO ATÍPICO – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – RECURSO PROVIDO.

A teoria geral da imputação objetiva visa corrigir as distorções decorrentes da relação de causalidade existente na tradicional teoria do crime, só permitindo a responsabilidade penal diante de critérios concretos a ser examinados.

É atípica a conduta descrita nos autos quando a vítima autocoloca-se em risco ao deixar ser transportada pelo réu, que havia juntamente com ele ingerido bebida alcoólica momentos antes, apoiando-se apenas no paralamas do trator. Não há crime se a conduta imputada ao réu não foi juridicamente relevante para a morte da vítima, cujo comportamento – autocolocação em situação de perigo - criou o resultado mais grave, quando esta se desequilibrou e caiu, vindo a ser atropelada pelo próprio trator em que era transportada.

Sentença reformada para absolver o réu do crime de homicídio culposo no trânsito, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

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, contra o parecer, dar provimento ao recuso, nos termos do voto do Relator e do Regimento Interno. Ausente, justificadamente, o Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 9 de outubro de 2012.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tratam-se os presentes autos de embargos infringentes opostos por Daniel Nunes de Lima em face do acórdão de f. 184/193, improvido por maioria, nos termos do voto do relator, Des. Carlos Eduardo Contar que manteve a condenação do embargante pelo delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor, vencido o e. 2º vogal, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que dava provimento ao recurso para absolver o ora embargante.

Em suas razões, os embargantes buscam a prevalência do voto vencido. (f. 198/206)

Instada a se manifestar a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento dos embargos infringentes. (f. 213/221)

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

O recurso deve ser **provido**.

Por oportuno, transcrevo ainda o voto condutor do Des. Carlos Eduardo Contar e o voto vencido do Des. Ruy Celso Barbosa Florence, respectivamente, *verbis*:

Voto condutor do Desembargador Carlos Eduardo Contar:

“DANIEL NUNES DE LIMA interpõe APELAÇÃO objetivando a reforma da sentença que o condenou como incurso no art. 302 (homicídio culposo na direção de veículo automotor), do Código de Trânsito Brasileiro, ao cumprimento de 02 (dois) anos de detenção – pena substituída por 02 (duas) restritivas de direitos – e na suspensão, por 02 (dois) meses, da habilitação para dirigir veículo automotor.

Consta da denúncia que, aos 17 de janeiro de 2010, por volta das 22 h, em uma estrada de terra, no assentamento Teijin, Distrito de Casa Verde, em Nova Andradina, o acusado agindo de forma negligente e imprudente na direção do veículo automotor marca/modelo Massey Ferguson/95X – Trator, causou a morte da vítima JOÃO MAURÍCIO VILELA (f. 24).

Segundo a inicial, o acusado e a vítima foram de trator até um bar para ingerirem bebida alcoólica. No regresso, o acusado estava dirigindo e a vítima sentou-se no paralamas daquele veículo.

Em dado momento, o trator passou por um buraco, a vítima se desequilibrou, caiu no chão e, com isso, a roda passou por cima do seu corpo, ceifando-lhe a vida (f. 40/46).

Insta salientar que fora realizado teste de alcoolemia às 12h30min do dia seguinte, que constatou a concentração de álcool de 0,21 mg/l (vinte e um miligramas), de ar expelido dos pulmões (f. 25).

Ao ser interrogado o acusado, DANIEL, disse que havia ingerido apenas 02 (duas) doses de pinga e, que a vítima caiu morta quando passou pelo buraco, ou seja, negou que o trator tenha passado sobre o corpo da mesma, afirmando: “ele caiu uns 02 metros longe do trator” (f. 109/110).

Por sua vez a testemunha AIRTON CASTRO PEREIRA, proprietário do veículo e patrão do acusado, disse que o mesmo não tinha autorização para usar o trator fora do local de serviço, acrescentando (f. 90/92):

“DEPOENTE: Olha eu acompanhei o rastro do trator desde o [...] Até na frente sabe? O trator vinha bem cambaleando de uma cerca na outra, um barranco no outro e tinha um buraco com formigueiro e esse trator caiu dentro, a roda dianteira caiu dentro deste buraco e eu acho que o rapaz caiu e deve ter [...] Bateu a cabeça e eu vi o corpo no chão. Aí mais na [...]

MP: Para ele cair desse jeito ele devia estar sentado em algum (ininteligível) [...]

DEPOENTE: Eu acho que ele estava completamente embriagado, não posso afirmar certinho né, mas segundo o pessoal que... O rapaz lá, disse que os dois estavam completamente embriagados.”

A defesa pugna pela absolvição, entretanto o acervo probatório indica de forma clara que o acusado agiu de forma negligente e imprudente na direção do veículo, ocasionando a morte da vítima.

Em que pese a argumentação defensiva de que “o acidente só ocorreu devido à condição precária da estrada, que era de chão, estava úmida e que tinha vários buracos” (f. 154), na intenção eximir a culpa do acusado, não merece prosperar, haja vista que o mesmo estava embriagado, transportando passageiro em veículo inapropriado, sem a menor condição de segurança e, ainda, sem a autorização do proprietário, ou seja, agiu de forma negligente e imprudente.

Neste ponto convêm destacar apontamento doutrinário relativo a culpa:

“A conduta normal é aquela ditada pelo senso comum e está prevista na norma, que nada mais é do que um mandamento não escrito de uma conduta normal. Assim, se a conduta do agente afastar-se daquela prevista na norma (que é a normal), haverá a quebra do dever de cuidado e, conseqüentemente, a culpa. Se, por exemplo, um motorista conduz bêbado um veículo, basta proceder-se a um juízo de valor de acordo com o senso comum para saber que essa não é uma conduta normal, isto é, não é o que a norma recomenda.”

Ao traçar um paralelo entre o posicionamento elencado e a conduta do acusado em permitir que a vítima se sentasse no paralama do trator, local não adequado, sem segurança e destinado a trabalho agrícola, não permite que lhe seja afastada a culpa.

Ademais convêm destacar que a versão dos fatos apresentada pelo acusado vai de encontro ao disposto no Laudo de Exame em Local de Morte Violenta (f. 40/46), haja vista que restou evidenciado:

“Segundo as condições observadas no local, marcas de pneu na pista, sujidades da roupa da vítima, marcas de pneu na região torácica e abdominal, levam esta técnica a concluir que o trator provavelmente foi movimentado para frente e para trás para efetuar a retirada do corpo que se encontrava sob o rodado e que o mesmo foi removido e colocado na lateral da pista, por motivo ignorado por esta técnica.”

Nestes moldes, a culpa do acusado é latente, pois desrespeitou a ordem do seu padrão e, ao que tudo indica mudou a cena do crime, com a finalidade de se esquivar da imputação, não agindo com a devida cautela, conforme dispõe o art. 28, do Código de Trânsito Brasileiro.

Acerca da matéria destaca-se a jurisprudência deste Sodalício:

“Entretanto, na hipótese, a condenação por homicídio culposo no trânsito deve ser mantida pela manifesta imprudência com que agiu o réu, pois, conforme o laudo pericial – realizado com todas as cautelas exigíveis – se estivesse atento e tomando os cuidados necessários à segurança de trânsito, teria evitado, sem maiores dificuldades, o acidente fatal. Como se sabe, o art. 28 do Código de Trânsito Brasileiro impõe o dever do condutor de veículo de ter domínio, dirigindo com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito. Logo, age com culpa, na modalidade de imprudência, o motorista que ao conduzir motocicleta não toma a devida cautela para evitar o resultado lesivo – atropelamento com morte da vítima.”

Seguindo esta linha, a embriaguez do acusado também contribuiu para a ocorrência

do crime, porquanto o teste de etilômetro apresentou a concentração de álcool de 0,21 mg/l (vinte e um miligramas), de ar expelido dos pulmões (f. 25) – muito acima do permitido.

Há que ser consignado que referido teste foi realizado aproximadamente 12 h (doze horas) após o ocorrido e, ainda assim registrou álcool no organismo do acusado, evidenciando que a quantidade de bebida ingerida fora demasiadamente significativa, a ponto de transcorrido o lapso temporal em comento, registrar resquícios da bebida ingerida.

Ademais, os depoimentos das testemunhas foram uníssonos em enfatizar que o acusado estava alcoolizado no momento do acidente (f. 90/92, 97, 106/107 e, na fase extrajudicial, 19 e 20) sendo incabível o pleito absolutório.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por DANIEL NUNES DE LIMA.”

Voto vencido do Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence:

“Pedi vista e vou divergir.

Relembrando, o Ministério Público Estadual denunciou o réu como incurso nas sanções do artigo 302, caput, da Lei n. 9.503/1997, com base nas seguintes asserções:

“Consta do incluso autos que no dia 17 de janeiro de 2010, no período da noite, numa estrada de terra da linha Dayana, no assentamento Teijin, no Distrito de Nova Casa Verde, o denunciado Daniel Nunes Lima negligentemente e imprudentemente causou a morte da vítima João Maurício Vilela.

Apurou-se que o denunciado e a vítima foram de trator até um bar para ingerirem bebida alcoólica, e após ingerirem bebida alcoólica o denunciado vinha dirigindo o trator e a vítima estava sentado no paralama do trator, momento em que o trator passou por um buraco e a vítima veio a cair e com isso a roda do trator veio a passar por cima dele, causando com isso a sua morte.” (*sic* - f.02).

Após a regular instrução, sobreveio a sentença julgando procedente a pretensão punitiva estatal e, conseqüentemente, condenando o réu como incurso nas penas do artigo 302 da Lei n. 9.503/1997, porque “dirigia após ter ingerido bebida alcoólica e, sobretudo, transportar a vítima em local inapropriado, sem o que não haveria se dado o evento morte, ainda que se considerem as condições da estrada como um dos fatores que, somado à conduta imprudente, desaguaram no resultado típico”.

A pena privativa de liberdade foi fixada 02 anos de detenção, convertida por duas restritivas de direitos. Cumulativamente, o magistrado a quo impôs ao réu a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor por 02 meses (f. 132-136).

Somente o réu recorreu pugnando pela absolvição.

O e. Relator Des. Carlos Eduardo Contar negou provimento ao apelo, assentando que réu “estava embriagado, transportando passageiro em veículo inapropriado, sem a menor condição de segurança e, ainda, sem a autorização do proprietário, ou seja, agiu de forma negligente e imprudente”; que “a embriaguez do acusado também contribuiu para a ocorrência do crime, porquanto o teste de etilômetro apresentou a concentração de álcool de 0,21 mg/l (vinte e um miligramas), de ar expelido dos pulmões (f. 25) – muito acima do permitido” e que “referido teste foi realizado aproximadamente 12 h (doze horas) após o ocorrido e, ainda assim registrou álcool no organismo do acusado, evidenciando que a quantidade de bebida ingerida fora demasiadamente significativa, a ponto de transcorrido o lapso temporal em comento, registrar resquícios da bebida ingerida”.

Apesar dos respeitáveis fundamentos, vou divergir do e. Relator para absolver o acusado.

Como se sabe, as teorias do crime anteriormente elaboradas (causalismo, neokantismo, finalismo) preocuparam-se essencialmente com a construção de um sistema jurídico lógico destinado a facilitar a aplicação da lei penal.

Na teoria causal de ação, a tipicidade era formal. Assim, a ação, independentemente de qualquer análise valorativa ética ou consideração sobre suas implicações sociais, era considerada típica desde que encontrasse correspondência lógica em uma descrição da causalidade. A filosofia neokantiana incluiu a ideia de valor na teoria do delito, sem impor, contudo, grande alteração no que concerne à estrutura formal da tipicidade.

O lado subjetivo da tipicidade, com redução do rigor formal, só veio a ser admitido com a teoria finalista, segundo a qual as ações são intencionais e dirigidas a um fim. Para esta teoria, a ação, centro da análise do crime, exige o conhecimento prévio de seu desvalor, dirigido a um fim típico, que é o desvalor do resultado.

Reflexo dessa visão lógico-formal das teorias penais resultou na chamada teoria da equivalência das condições, desenvolvida por Julius Glaser, que pretendeu demonstrar a possibilidade de se detectar o nexu causal por meio de um exercício mental em que se suprime o suposto causador dos acontecimentos. Se, apesar dessa operação hipotética, o resultado subsistir e a série sucessiva de causas intermediárias permanecer a mesma, está claro que o fato e o seu resultado não podem ser atribuídos àquela suposta pessoa. Se ao contrário, com a supressão mental do aparente causador, o resultado não se produzir, então está justificado considerar o evento como efeito da ação daquele que foi mentalmente afastado da cena dos acontecimentos.

Acontece que o conceito proposto pelos finalistas não abrangeu todas as formas do atuar penalmente relevante, como é o caso da omissão. Também não logrou explicar, ao menos coerentemente, o nexu de finalidade que possa existir entre um comportamento culposu e o resultado.

Por sua vez, dentre as críticas que se fazem à teoria da equivalência das condições, a mais contundente está voltada para a possibilidade que se abre de um regresso ao infinito nas oportunidades em que se examina a relação de causalidade de um certo acontecimento. É que o critério por ela adotado, da exclusão hipotética, não permite estancar o questionamento sobre a causa do resultado, pois sempre existirá uma causa anterior geradora do resultado posterior.

No início dos 1970, Claus Roxin começa elaborar uma fórmula de imputação objetiva para os delitos de resultado, afastada do sistema causal.

A formulação de Claus Roxin envolve critérios normativos de imputação visando à construção de uma teoria geral de imputação objetiva e teve, como uma de suas finalidades, corrigir imperfeições das teorias anteriores.

Partindo do resultado, o esquema inicial dessa fórmula busca saber se a conduta do autor criou ou não um risco juridicamente relevante de lesão típica a um bem jurídico. Para tal construção, mesmo se constatada uma relação de causalidade não será possível imputar objetivamente o resultado ao agente se estiver ausente a possibilidade de um controle por ele, do processo causal. Assim, só são típicos os resultados que forem previsíveis e dirigíveis pela vontade. Dessa forma, ficam afastados os cursos causais irregulares ou não domináveis.

A partir do risco juridicamente desvalorado, criado pela ação humana, Claus Roxin estabeleceu critérios concretos para fixar o juízo de imputação objetiva, caracterizados como: a) diminuição do risco; b) criação, ou não, de um risco juridicamente relevante; c) incremento ou não de aumento do risco permitido; d) âmbito de proteção da norma; e) criação do perigo e os cursos causais hipotéticos; f) o incremento do risco e as condutas alternativas conforme o direito. Acrescentou, ainda, hipóteses em que a imputação pode deixar de ocorrer, quando no caso concreto, o tipo não estiver determinado a impedir tais acontecimentos, que são: g) consentimento da vítima; h) autocolocação em risco.

Sob essa perspectiva, no caso houve exclusão da imputação em razão da autocolocação consentida da vítima na situação de perigo.

Segundo consta, o réu e a vítima foram de trator até um bar e, após ingerirem bebida alcoólica, retornavam no mesmo trator, aquele primeiro na condução do veículo e segundo sentado sobre o para-lama, quando, em determinado local, as rodas traseiras do trator caíram no buraco localizado sobre a via, o que desequilibrou a vítima, que veio a cair e ser parcialmente atropelada pelo mesmo veículo.

Como se vê, o perigo foi provocado pela vítima e proveniente de sua vontade, que, mesmo conhecendo o risco existente em sua ação, consentiu em sentar-se sobre o para-lama do trator para ser transportada.

As provas coligidas não indicam que a vítima foi induzida, instigada ou coagida a sentar-se sobre o para-lama. As circunstâncias do evento, na realidade, denotam o contrário. Ou seja, a prática da ação perigosa ocorreu sob a esfera de domínio da vítima.

Saliento que a testemunha João Cândido da Silva disse em juízo que chegou a pedir para vítima não “ir atrás do tratorista” e que aquela tinha conhecimento do risco que estava correndo (f. 106).

Em casos tais, ocorre a exclusão da responsabilidade, pois se trata de autocolocação em risco.

Já tive a oportunidade de refletir sobre o tema da exclusão da tipicidade em casos desse jaez e compartilho com os Pares as minhas conclusões, lançadas na obra “Teoria da Imputação Objetiva: sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro”:

“Outra hipótese em que pode ocorrer a exclusão da imputação dá-se quando o perigo é provocado pela vítima e proveniente de sua vontade, mesmo conhecendo o risco existente em sua ação.

A razão da exclusão da imputação, nos casos em que a vítima se autocoloca em situação de perigo, assim como se dá quando ela consente com a agressão ao bem jurídico de que é titular, reside na linha político-criminal assumida pela teoria da imputação objetiva, focada em uma visão do Direito Penal que deve agir como ultima ratio, analisando os tipos penais de acordo com sua finalidade dentro do contexto social em que atuam.

Por isso, em regra, a vítima, com capacidade de discernimento, conhecendo o perigo da posição em que se autocoloca, age diante do direito por risco próprio, ainda que a sua decisão tenha, por exemplo, origem em instigação de terceiro.

A instigação, na maior parte das vezes, não pode ser punida, por não encontrar respaldo em nenhuma função do Direito Penal, que deve permanecer limitado ao necessário controle social. Ressalta-se que, apesar da instigação, a decisão deve ser sobre a prática da ação perigosa continua sob a esfera de domínio da vítima.

Mesmo em sistemas penais como o brasileiro, nos quais a instigação ao suicídio é punível, aparece perfeita, ente aceitável a exclusão da imputação naquelas hipóteses em que não se conforma uma ação suicida, mas apenas de autocolocação em perigo, o que é diferente.

Quem se propõe, na atualidade, ainda que sob instigação, a manter relações sexuais com parceiros ocasionais, e desatento às precauções devidas para evitar um contágio venéreo, poderá estar colocando em perigo a própria vida se vier a ser infectado pelo vírus da AIDS, sem que se esteja, no caso, diante de uma situação de suicídio.

Entende Günther Jakobs que nessa hipótese, a atipicidade deve ocorrer em relação ao infectante, desde que a vítima conheça algo, ou enfermidade ou o modo de vida arriscado do parceiro da relação. O que, no entanto, parece ser desnecessário diante do volume de informações a respeito da transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, situação que já gerou, conforme a percepção de Sancinetti, a por ele denominada “síndrome do risco”.

Se a exclusão da imputação deve ocorrer quando àquele que transmitiu a doença, nem há o que se questionar em relação ao instigante.

O grande número de casos possíveis de autocolocação da vítima em situação de risco ou perigo, aliado ao fato de se tratar de um critério de origem político-criminal, impede a construção de regras gerais que possam servir indiscriminadamente a todas as situações.

Claus Roxin comenta algumas decisões do Tribunal Superior Federal alemão sobre hipóteses de autocolocação em perigo pela vítima. Um caso refere-se a uma aposta de corrida de motocicletas entre A e B, em que ambos estavam embriagados, mas completamente imputáveis. Em virtude de erro cometido por ele mesmo, B falece em razão de acidente. O Tribunal condenou A por entender ter ele “causado de modo contrário ao dever um resultado previsível e evitável”. Quanto a essa decisão, Claus Roxin entende que, como B ainda se encontrava plenamente imputável, e por isso vislumbrava por completo o resultado, este não poderia ser imputado a A, por não se compreender no âmbito de alcance do tipo.

Em outra situação, A entrega heroína a B, para uso deste, estando ambos conscientes do perigo do consumo da droga. B injeta a substância e falece. Em caso semelhante, O Tribunal alemão já havia antes condenado o fornecedor de heroína por homicídio culposo. Entretanto, nesta decisão comentada por Claus Roxin, houve uma mudança da posição do Tribunal, reconhecendo a autocolocação em risco pela vítima, inocentando pela sua morte o agente facilitador ou provocador da referida autocolocação.

Lembra Claus Roxin, entretanto, que a simples entrega de tóxicos é severamente punida na Alemanha.

A mesma interpretação aplica-se, também, a todos os casos em que pessoas se colocam em situações de risco para salvar alguém de um perigo que este último provocou, como um incêndio, um desmoronamento ou afogamento. Vindo a falecer o salvador, a morte não pode de ser imputada àquele que foi salvo, mesmo tendo sido ele quem praticou a primeira situação de perigo, já que são comportamentos de risco distintos.

Como já salientado, as possibilidades práticas são muitas e o importante é o alcance dessa construção doutrinária, que leva em consideração o homem e seu direito à autodeterminação, como parte integrante de sua dignidade.” (SP. Pillares, p. 132. Ed. 2010, p. 129-130).

É evidente que, no caso, a própria vítima quis ser transportada no trator, evitando, destarte, que retornasse a pé, à noite, em estrada vicinal rural (cf. laudo pericial - f. 41) e, segundo consta, após ter ingerido bebida alcoólica com o acusado.

O acontecimento infeliz ocorreu porque as rodas do trator caíram em um buraco de formigueiro, desequilibrando a vítima que veio a cair.

Não há nenhum indício de que o agente agiu com imprudência na direção do veículo agrícola. Repito: a vítima desequilibrou-se porque as rodas do trator caíram em um buraco de formigueiro localizado em estrada vicinal rural.

Por sua vez, a culpa atribuída, por ter transportado a vítima em veículo inapropriado, sem condições de segurança, não agindo com cautela, não merece acolhimento, sob pena de condenar-se por culpa presumida ou com base na responsabilidade penal objetiva.

Conforme a jurisprudência do STJ, a “negligência representa não observância dos parâmetros do dever de cautela, juridicamente impostos a qualquer pessoa, o momento em que realiza a conduta. A antevisão do fato deve traduzir-se de modo concreto e não de modo abstrato. O Direito penal da culpa é incompatível com o antigo homo medius. A investigação da conduta deve ser individual” (STJ, HC 3.299-SP, Vicente Cernicchiaro, DJU de 22.06.98, p. 174).

Na hipótese, atribuiu-se ao réu a culpa inconsciente sem produzir nenhuma prova destinada a esclarecer se aquele, ao dar carona à vítima, concretamente detinha condições de prever o acidente, segundo seus conhecimentos e habilidades. Merece ser lembrado que o réu é trabalhador rural (“carvoeiro”) e analfabeto, sendo impossível equipará-lo a um “homem-médio” para aquilatar o suposto descumprimento do dever de cuidado objetivo.

A leitura da sentença indica que a negligência imputada fulcra-se na inobservância ao disposto no artigo 28 do Código de Trânsito Brasileiro, segundo o qual “o condutor deverá, a todo momento, ter o domínio de seu veículo, dirigindo com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito”. Acontece que, conforme ensinam Eugenio Raúl Zafaroni e José Henrique Pierangeli, “frequentemente, os deveres de cuidado são estabelecidos na lei, como ocorre nas atividades regulamentadas, tais como a condução de veículos automotores. Nestes casos, a violação dos preceitos regulamentares será um indício de violação do dever de cuidado, mas será preciso ter sempre presente que uma infração administrativa não é delito, dado que nem sempre a infração do regulamento é uma violação do dever de cuidado” (in Manual de direito penal brasileiro. Vol. 1. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 439 - destaquei).

Arrematam os ilustres doutrinadores que “o dever de cuidado deve ser determinado de acordo com a situação jurídica e social de cada homem”, o que não ocorreu no presente caso.

Averbou-se que “a embriaguez do acusado também contribuiu para a ocorrência do crime”.

O argumento, entretanto, é desprovido de lastro.

A uma porque o teste de alcoolemia “foi realizado aproximadamente 12 h (doze horas) após o ocorrido”, não permitindo, portanto, comprovar a embriaguez do apelante ao tempo dos fatos, ponderada a possibilidade de o acusado estar sob efeito de outras substâncias, ministradas ou ingeridas após o evento, capazes de influenciar no resultado daquele exame.

Ademais, a prova oral produzida em juízo favorece a defesa. O policial Rafael Magalhães Dantas, que atendeu a ocorrência, afirmou que o réu não aparentava estar alcoolizado (f. 97), ao passo que o policial Elitone Antonio Angelo, que participou do atendimento, asseverou que não teve contato com o acusado (f. 94). Por seu turno, João Cândido da Silva restringiu-se a dizer que o agente e a vítima “foram ao boteco e beberam

pinga” (f. 106). A última testemunha, qual seja, Airton Castro Pereira, ouviu dizer que o réu estava alcoolizado (f. 91).

Saliento que, embora o réu tenha confessado ter ingerido bebida alcoólica, negou que estivesse embriagado (f. 109).

Destarte, não havendo provas suficientes do estado de embriaguez, prevalece o princípio *in dubio pro reo*.

A duas porque, ainda que assim não fosse, há mera presunção de que a suposta entorpecência concorreu para o acidente, ante a falta de indícios corroborando tal valoração. Inexiste, no caso, nexó etiológico entre o consumo da bebida e o evento.

Deveras, não considero que o réu mereça punição pelo fato isolado de ter transportado, em estrada vicinal, na zona rural, a vítima em um trator, sem prova de que ele tenha concorrido de algum modo para o evento, pena de condená-lo por culpa presumida.

Aliás, essa prática, embora não autorizada, é comum nas regiões agrícolas pela escassez dos meios de transportes, não podendo o juiz, na aplicação da lei, olvidar a realidade empírica.

Ante o exposto, dirijo do Relator para dar provimento ao recurso interposto pelo réu e, conseqüentemente, absolvê-lo da imputação de homicídio culposo.”

Transcrito o essencial analiso os presentes embargos infringentes trazido a exame nos presentes autos.

Antecipo que o voto vencido do Desembargador Ruy Celso Barbosa Florense deve prevalecer.

Pela simples leitura da narrativa e dinâmica dos fatos trazidas da denúncia não há outra solução para o presente caso que não a absolvição embargante pelo cometimento do delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor.

Confira-se a denúncia:

“Consta do incluso autos que no dia 17 de janeiro de 2010, no período da noite, numa estrada de terra da linha Dayana, no assentamento Tejjim, no Distrito de Nova Casa Verde, o denunciado Daniel Nunes Lima negligentemente e imprudentemente causou a morte da vítima João Maurício Vilela.

Apurou-se que o denunciado e a vítima foram de trator até um bar para ingerirem bebida alcoólica, e após ingerirem bebida alcoólica o denunciado vinha dirigindo o trator e a vítima estava sentado no paralamas do trator, momento em que o trator passou por um buraco e a vítima veio a cair e com isso a roda do trator veio a passar por cima dele, causando com isso a sua morte.

Assim, estando satisfatoriamente presentes os requisitos para o oferecimento da ação penal, o Ministério Público Estadual denuncia Daniel Nunes de Lima como incurso nas sanções do art. 302, “*caput*”, da Lei nº 9.503/97” (g.n.)

Pois bem.

Em primeiro lugar, cumpre-me ressaltar que não há, nos autos, comprovação precisa da quantidade de álcool por litro de sangue do recorrente.

O que se extrai dos autos são provas testemunhais de que o embargante e a vítima teriam, juntamente, ingerido bebida alcoólica. Todavia, não há certeza a respeito da situação do acusado no momento do acidente. Deste modo, não se comprovando, cabalmente, a embriaguez do agente, não se pode afirmar, da mesma forma, que tal circunstância foi determinante para a ocorrência do infortúnio que acarretou na morte da vítima.

As provas adunadas aos autos apontam que o embargante, às 12h30min do dia seguinte dos fatos (que ocorreram no período da noite segundo a denúncia), apresentou concentração de álcool de 0,21 mg/l de ar expelido dos pulmões.

Logo, considerando que o embargante tenha apresentado concentração de álcool no sangue, em quantidade inferior ao permitido por lei (0,6 decigramas de álcool por litro de sangue que corresponde 0,284mg/l por litro de ar expelido enquanto que o apelante apresentou concentração de álcool de 0,21 mg/l de ar expelido dos pulmões), não há como afirmar que no momento do acidente estria embriagado (até mesmo porque ele inclusive pode, momento antes do exame, que foi realizado às 12h30m do dia seguinte do acidente pode ter ingerido bebida alcoólica).

Aliás, a partir do advento da lei 11.705/08 – que passou a dispor o índice mínimo de 0,6 decigramas de álcool por litro de sangue/0,284mg/l por litro de ar expelido dos pulmões –, dirigir com concentração etílica inferior ao índice em questão nada mais é do que infração administrativa, ou seja, risco permitido pela norma. E, conforme sabido, o risco socialmente aceito não pode, ao mesmo tempo, configurar conduta penalmente típica.

Sobre o tema, leciona Luiz Regis do Prado in *PRADO, Luiz Regis. Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos. Luiz Régis Prado, Érika Mendes de Carvalho; prefácio José Cerezo Mir. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.*:

“O traço comum entre a adequação social e o risco permitido radica na ausência de um resultado penalmente típico, que, no caso da adequação social, é excluído por uma interpretação teleológica restritiva e, no caso do risco permitido, pelo fato de não ser possível desvalorar penalmente um resultado que não foi produzido com dolo ou culpa.”

Com efeito, se não há elementos comprobatórios de que o apelante dirigiu infringindo as normas legais, não há como imputar-lhe culpa pelo homicídio.

Por outro lado, mesmo supondo-se que o acusado não tinha a mínima condição de dirigir o veículo automotor, ainda assim a condenação não se sustenta. Explico.

Observa-se, da dinâmica dos fatos narrados nos autos, que a vítima não pode ser entendida exclusivamente como a pessoa sobre a qual recaem as consequências da ação criminosa, mormente quando forneceu elementos para a produção do resultado e aceitou o risco que corria, com bem lecionou o colega de Câmara Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Para melhor elucidar a questão, faço minhas as considerações exaradas pelo E. Des. Alexandre Victor de Carvalho, do Tribunal de Justiça mineiro in *TJMG; APCR 1.0441.05.001741-3/0011; Muzambinho; Quinta Câmara Criminal; Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho; Julg. 18/12/2007; DJEMG 19/02/2008*

“O moderno Direito Penal que se constrói objetivando a real proteção da sociedade não mais fica preso ao rigorismo de teorias elaboradas abstratamente, optando por sua construção frente à situação problemática enfrentada no caso prático.

Neste diapasão, a imputação objetiva surge para amenizar o rigor da teoria da equivalência dos antecedentes causais- tão criticado pela doutrina penal - criando a categoria

da imputação, constituindo-se num dado valorativo e posterior à causalidade meramente física constatada apenas no plano material.

Assim, a imputação objetiva fulcra-se no denominado princípio do risco, que é consequência da ponderação, própria de um Estado de Direito, entre os bens jurídicos e os interesses de liberdade individuais, segundo a medida do princípio da proporcionalidade.

Pressupõe não apenas a relação de causalidade física entre uma conduta e o resultado, mas que esta conduta tenha realizado um perigo fora do âmbito do risco permitido, criado pelo autor dentro do alcance do tipo objetivo.

Significa, portanto, que a relação de causalidade não será comprovada apenas pelo chamado processo hipotético de eliminação de Thyrén, ou seja, se, mentalmente, abstraída a conduta, não mais se verificar o resultado, é porque está demonstrado o nexu causal.

Agora é necessário, conforme dispõe Claus Roxin em sua magistral obra “La imputacion Objetiva en el Derecho Penal”, tradução de Abanto Vásquez, M., Lima, 1997, “a criação de um risco jurídico-penalmente relevante ou não permitido ou desaprovado, a realização do risco imputável no resultado lesivo e a infringência ao fim de proteção do tipo penal ou alcance do tipo.”

A imputação objetiva serve para limitar a responsabilidade penal, constituindo-se em um mecanismo para delimitar o comportamento proibido. Ancorada em um sistema coerente de interpretação que se infere da função desempenhada pelo direito penal na sociedade, sua finalidade é analisar o sentido social de um comportamento, precisando se este encontra-se ou não socialmente proibido e se tal proibição é relevante para o direito penal.

Neste sentido, foram elaborados vários critérios negativos da imputação objetiva, ou seja, hipóteses em que não haverá a valoração da conduta como juridicamente relevante para que o resultado a ela seja imputado, entre eles, o que nos interessa para resolução do caso em tela, a exclusão da imputação pelo consentimento em uma autocolocação em perigo.

Não haverá imputação quando alguém, desejando livre e conscientemente uma situação de risco, se coloca em perigo utilizando outra pessoa. Um exemplo desta situação é do barqueiro que, advertendo José e João de que não deveriam passear de barco porque a maré está alta, não consegue dissuadi-los da idéia, sendo então compelido a enfrentar a situação de risco que culmina com o barco se afundando e os passageiros morrendo. Se aceitos os critérios da imputação objetiva, não haverá punição criminal para o barqueiro, no exemplo supracitado.

Outro exemplo mencionado por Claus Roxin é o da pessoa que mantém relações sexuais com outra, sendo portadora de AIDS. Segundo o jurista alemão, se ambas as partes conhecem o perigo da transmissão do vírus, se responsabilizaram conjuntamente por sua atuação, não havendo que se falar em responsabilidade criminal caso haja efetiva transmissão da doença.”

No presente caso, pelo que se extrai de todos os elementos de prova, houve consenso entre “autor” e “vítima” na criação do risco. A autocolocação (ou altercolocação) em perigo, livre e consciente, é indiscutível – e enseja o afastamento do direito penal.

Sobre o tema, o então juiz de direito Ruy Celso Barbosa Florence – mestre e doutor em Direito Penal e hoje desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul –, cujo espírito inovador na adoção das modernas teorias penais é indiscutível, bem explana in Florence, Ruy Celso Barbosa. Teoria da imputação objetiva: sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro, São Paulo : Editora Pillares, 2010, p. 129:

“[...] a razão da exclusão da imputação, nos casos em que a vítima se autocoloca em situação de perigo, assim como se dá quando ela consente com a agressão ao bem jurídico de que é titular, reside na linha político-criminal assumida pela teoria da imputação objetiva, focada em uma visão do Direito Penal que deve agir como *ultima ratio*, analisando os tipos penais de acordo com sua finalidade dentro do contexto social em que atuam [...]”

O princípio da subsidiariedade preceitua que o Direito Construtivo só deve incidir sobre situações cujo titular do bem jurídico, efetivamente, não disponha de meios para protegê-lo.

In casu, a situação era reversa. O titular (ofendido) dispunha de meios para resguardar-se do perigo. Entretanto, desconsiderou-o e, por vontade própria, embarcou no trator pilotado pelo embargante e sentou-se em local inapropriado, no paralama (mesmo local em que sentou quando embarcou no trator com destino ao bar para onde teriam se dirigido), mesmo sabendo que o condutor do veículo teria ingerido bebida alcoólica.

Ora, consoante cediço, a responsabilidade penal de um indivíduo somente existe por seu único comportamento, nunca pelo dos demais. Assim, se não há comprovação cabal de que o motorista em questão tenha sido negligente ou imprudente, não se pode responsabilizá-lo pela morte daquele que assumiu o risco de com ele pegar corona e sentar-se em local inadequado.

Embora não tenha consentido com qualquer resultado lesivo, demonstrou despreocupação ou descuido com as consequências da “jornada”.

Conforme o escólio de W. FRISCH in *W. FRISH, Tipo Penal e Imputación Objetiva, Colex, Madrid, 1995*, “*haverá autocolocação sob perigo sempre que a vítima, consciente ou inconsciente, participe, com sua própria conduta, na realização do resultado juridicamente protegido*”.

Igualmente, sustenta Yesid Reyes Alvarado in *ALVARADO, Yesid Reyes. Imputación objetiva*, p. 168, que, “*quien, dentro de su ámbito de competencia se expone a un peligro del cual pueden resultar para sí mismo consecuencias negativas asume integralmente la responsabilidad por dichos efectos*”.

Não menos importante, Claus Roxin, in *ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. Trad. De Luís de Greco. Revista brasileira de Ciências Criminais, vol. 10, fascículo 38, São Paulo, 2002, p. 13*, propõe que “*quando há por parte da vítima uma completa visão do risco, exclui a participação no resultado de quem deu causa. Isto porque, o alcance do tipo não abrange esta hipótese, pois o efeito protetivo da norma encontra seu limite na auto-responsabilidade da vítima*”.

“O comportamento da vítima não pode ser simplesmente ignorado. A sua capacidade de autodeterminação é, inclusive, parte integrante de sua dignidade” (Florence, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da imputação objetiva: sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro*, São Paulo : Editora Pillares, 2010, p. 131).

Acerca do tema, Alessandra Orcesi Pedro Greco (*GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. A auto-colocação da vítima em risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.*), ao resumir os ensinamentos de Jesús-Maria Silva Sánchez, elenca que o doutrinador:

“Identifica duas posições básicas na doutrina alemã, na qual o tema é objeto de debate intenso, esclarecendo que a doutrina e a jurisprudência alemãs sempre levaram em conta a atuação da vítima, especialmente nos delitos culposos (em que a imprudência da vítima – omissão de medidas de autoproteção, como a utilização de cinto de segurança – gera o conceito de co-responsabilidade), e acrescenta que na década de oitenta a discussão foi ampliada e atingiu o campo dos delitos dolosos, dando lugar a duas posições antagônicas na doutrina:

a) Há uma corrente mais moderada, defendida por Günther Jakobs e Winfried Hassemer, que entende que o comportamento da vítima deve ser considerado no âmbito da fixação da pena, mas tal consideração não pode extrapolar os limites da tipicidade a não ser por expressa previsão legal;

b) Há, de outro lado, uma corrente mais radical, defendida por Bernd, sustentando que um enfoque vitimológico dos princípios gerais que regulam o jus puniendi do Estado pode conduzir, em certos casos, a uma total isenção de responsabilidade do autor. Este é o princípio da auto-responsabilidade da vítima que nesta concepção conduz ao princípio da subsidiariedade do direito penal e da sua utilização como ultima ratio. A vítima tem um dever de proteger a si própria com atitudes defensivas exigíveis, usuais e possíveis. Se ela, devendo se proteger, não o faz, a ocorrência do crime é a ela atribuída, e o autor fica isento de pena.”

Ou, conforme bem exprime Fábio Roberto D'Ávila (*D'Ávila, Fábio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001*):

“[...] a melhor resposta para a problemática reside, certamente, na teoria da imputação, fundada em dois elucidativos critérios que nos são apresentados por ROXIN: a) o dano deve ser consequência do risco corrido e não de fatos adicionais, e o sujeito posto em perigo deve ter a mesma responsabilidade pela atuação comum, que aquele que o pôs em perigo; b) a vítima deve ser consciente do perigo, na mesma proporção daquele que o coloca em tal situação. Presente ambos os pressupostos, estará afastada a imputação, na medida em que a vítima conhece o perigo e o aceita, assumindo o risco do resultado lesivo (Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte general. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid : Civitas, 1997. vol. 1, p. 395. “estaria excluída la imputación del resultado em la medida que el ‘pasajero’ conocía el riesgo em toda su extensión y lo há provocado conscientemente)

Há que se determinar um padrão das medidas protetoras exigíveis. O Direito Penal não deve ser chamado quando o próprio indivíduo (maior de 18 anos, em pleno uso de sua capacidade mental, que aja voluntariamente, consciente dos prováveis riscos), pelos seus meios, tiver condições de preservar seus bens jurídicos e simplesmente desprezá-las.

Sobre o tema, estrei-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CRIME. Homicídio culposo na direção de veículo automotor. Art. 302 do CTB. Não demonstração do agir culposo por parte do réu. Laudo pericial de velocidade do veículo que não apresenta credibilidade, tendo em vista a não constatação e apreciação de algumas circunstâncias. Quebra do princípio da confiança e da autocolocação em risco por parte da vítima. Manutenção da sentença absolutória de primeiro grau. Negaram provimento ao apelo ministerial. (TJRS; ACr 70038546644; Canoas; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe; Julg. 04/11/2010; DJERS 29/11/2010)

PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. AUSÊNCIA DE PROVA DE INCREMENTO DO RISCO. RÉQUEREALIZAVAMANOBRAS AUTORIZADAS. SUSPEITA DE QUE TENHA A VÍTIMA SE AUTOCOLOCADO EM PERIGO. IMPUTAÇÃO OBJETIVA QUESTIONADA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO. IMPERIOSIDADE. Não havendo prova segura de ter o agente praticado conduta que ultrapassasse os limites do risco permitido, uma vez que a prova pericial é lacunosa, não é possível exercer um perfeito juízo de imputação objetiva. Se o resultado mais gravoso decorre de autocolocação da vítima em perigo, exclui-se a imputação objetiva. Não viola dever objetivo de cuidado o condutor de veículo automotor que faz manobra de ultrapassagem, em local onde a sinalização é omissa, mas

a visibilidade é boa e a via reta, pois o princípio da confiança indica que o condutor do veículo ultrapassado tem o dever de respeitar as regras dessa manobra, não lhe permitindo jogar o veículo para a esquerda, fechando o que ultrapassava. Recurso Provido. Absolvição decretada. (TJMG; ACr 1.0092.03.003900-9/001; Buenópolis; Quinta Câmara Criminal; Rel. Des. Hélcio Valentim; Julg. 31/07/2007; DJMG 11/08/2007)

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS DE TRÂNSITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA QUANTO A UM DOS APELANTES. RECURSO PROVIDO QUANTO AO OUTRO. CULPA NÃO EVIDENCIADA. RISCO PERMITIDO. AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM SITUAÇÃO DE PERIGO. 1. Declara-se a extinção da punibilidade pela via da prescrição da pretensão punitiva estatal na hipótese de incidência de situação prevista ante conjugação entre os art. 107, IV, 109, VI e 1117 do Código Penal. 2. Vítima que se encontrava sentada na pista asfáltica. Autocolocação em situação de perigo. Impossibilidade de uma razoável previsão do resultado. Risco socialmente permitido. Absolvição que se impõe por atipicidade do fato. 3. Recurso a que se dá provimento. (TJES; ACr 032.02.000190-8; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça; Julg. 16/11/2005)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM PERIGO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. 1. O fundamento da responsabilidade pelo crime culposos reside na violação do dever objetivo necessário nas circunstâncias. In casu, tendo o motorista respeitado todas as regras de trânsito, surgindo o transeunte, de inopino, na via, provocando o seu próprio óbito, mostra-se ilegal o processo crime pela suposta prática de homicídio culposos. Tem-se, a um só tempo, o emprego dos princípios da confiança e da autocolocação da vítima em perigo, o que, à evidência, exclui a tipicidade do comportamento do condutor. 2. Ordem concedida para trancar a ação penal 2575080/2009, em curso perante a 17ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA. (STJ; HC 147.250; Proc. 2009/0178790-9; BA; Sexta Turma; Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura; Julg. 04/03/2010; DJE 22/03/2010)

Inclusive, nesse sentido, essa Egrégia 2ª Câmara Criminal já decidiu. Veja-se:

“E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PEDIDO ABSOLUTÓRIO – CULPA NÃO EVIDENCIADA – RISCO PERMITIDO – AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM SITUAÇÃO DE PERIGO – ATIPICIDADE DO FATO – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – RECURSO PROVIDO.

Se não há elementos comprobatórios de que o apelante dirigiu infringindo as normas legais e tampouco desrespeitando a sinalização da via, não há como imputar-lhe culpa pelo homicídio.

Consoante cediço, a responsabilidade penal de um indivíduo somente existe por seu único comportamento, nunca pelo dos demais. Inexistindo demonstração cabal de que o motorista em questão tenha sido negligente ou imprudente, não se pode responsabilizá-lo pela morte daquele que assumiu o risco de com ele pegar corona – e, embora não tenha consentido com qualquer resultado lesivo, demonstrou despreocupação ou descuido com as consequências de trafegar com alguém que teria ingerido bebidas alcoólicas.

No presente caso, pelo que se extrai de todos os elementos de prova, houve consenso entre “autor” e “vítima” na criação do risco. A autocolocação (ou altercolocação) em perigo, livre e consciente, é indiscutível – e enseja o afastamento do direito penal. (Apelação Criminal n. 2011.004381-5; Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes;

Julgamento: 25/05/2011; Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal)

Ademais, nem se diga que:

“[...] os efeitos do consentimento da vítima não podem estar vinculados à disponibilidade ou indisponibilidade do bem lesado, pois que este não se encontra na órbita de vontade ou anuência da vítima ou do agente. Irrelevante tratar-se de culpa consciente ou inconsciente, o consentimento dá-se em relação especificamente ao risco e nunca ao resultado provável ou previsível; e o risco deverá ser sempre entendido como elemento da órbita de disponibilidade da vítima.” (D’Ávila, Fábio Roberto. Crime culposo e a teoria da imputação objetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001).

O consentimento do ofendido, portanto, “*não deve condicionar-se à disponibilidade do resultado produzido, eis que, restringindo-se enfaticamente à conduta perigosa, sem qualquer vínculo psicológico com o resultado, não haveria sentido em dicotimizá-lo em função do resultado, v.g., morte ou lesão corporal, puro elemento de azar*” (Idem. Nesse sentido, porém trabalhando com o consentimento como causa justificante, COSTA JÚNIOR, Heitor. Op. Cit., p. 93; JESCHEK, Hans-Heinrich. Op. Cit., p. 537; MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho penal. Trad. Octavio Perez-Victoria Moreno. Barcelona : Ariel, 1962. vol. 2, p. 236).

Outrossim, o fato de o passageiro (e vítima) estar sem cinto em nada modifica a presente decisão. De acordo com o entendimento de Roxin, “*a esfera de proteção jurídico-penal não abarca aqueles resultados cuja evitação cairia no âmbito de responsabilidade profissional de outra pessoa*” (PRADO, Luis Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo: RT, 2002. p. 95) - ou seja, do próprio ofendido.

Por todo o exposto e contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento aos embargos infringentes para fim de fazer prevalecer o voto vencido do Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence que, com fulcro no art. 386, III, do CPP, absolveu Daniel Nunes de Lima da acusação que lhe pesava.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Revisor).

Permito-me divergir do i. relator e negar provimento aos infringentes.

Como pude delinear quando do voto condutor, restou sobejamente demonstrado nos autos que o embargante agiu de forma negligente e imprudente na direção do veículo, ocasionando a morte da vítima, in verbis (f. 185/187):

“DANIEL NUNES DE LIMA interpõe APELAÇÃO objetivando a reforma da sentença que o condenou como incurso no art. 302 (homicídio culposo na direção de veículo automotor), do Código de Trânsito Brasileiro, ao cumprimento de 02 (dois) anos de detenção – pena substituída por 02 (duas) restritivas de direitos – e na suspensão, por 02 (dois) meses, da habilitação para dirigir veículo automotor.

Consta da denúncia que, aos 17 de janeiro de 2010, por volta das 22 h, em uma estrada de terra, no assentamento Teijin, Distrito de Casa Verde, em Nova Andradina, o acusado agindo de forma negligente e imprudente na direção do veículo automotor marca/modelo Massey Ferguson/95X – Trator, causou a morte da vítima JOÃO MAURÍCIO VILELA (f. 24).

Segundo a inicial, o acusado e a vítima foram de trator até um bar para ingerirem bebida alcoólica. No regresso, o acusado estava dirigindo e a vítima sentou-se no paralamas daquele veículo.

Em dado momento, o trator passou por um buraco, a vítima se desequilibrou, caiu no chão e, com isso, a roda passou por cima do seu corpo, ceifando-lhe a vida (f. 40/46).

Insta salientar que fora realizado teste de alcoolemia às 12h30min do dia seguinte, que constatou a concentração de álcool de 0,21 mg/l (vinte e um miligramas), de ar expelido dos pulmões (f. 25).

Ao ser interrogado o acusado, DANIEL, disse que havia ingerido apenas 02 (duas) doses de pinga e, que a vítima caiu morta quando passou pelo buraco, ou seja, negou que o trator tenha passado sobre o corpo da mesma, afirmando: “ele caiu uns 02 metros longe do trator” (f. 109/110).

Por sua vez a testemunha AIRTON CASTRO PEREIRA, proprietário do veículo e patrão do acusado, disse que o mesmo não tinha autorização para usar o trator fora do local de serviço, acrescentando (f. 90/92):

“DEPOENTE: Olha eu acompanhei o rastro do trator desde o ... Até na frente sabe? O trator vinha bem cambaleando de uma cerca na outra, um barranco no outro e tinha um buraco com formigueiro e esse trator caiu dentro, a roda dianteira caiu dentro deste buraco e eu acho que o rapaz caiu e deve ter... Bateu a cabeça e eu vi o corpo no chão. Aí mais na...

MP: Para ele cair desse jeito ele devia estar sentado em algum (ininteligível)...

DEPOENTE: Eu acho que ele estava completamente embriagado, não posso afirmar certinho né, mas segundo o pessoal que... O rapaz lá, disse que os dois estavam completamente embriagados.”

A defesa pugna pela absolvição, entretanto o acervo probatório indica de forma clara que o acusado agiu de forma negligente e imprudente na direção do veículo, ocasionando a morte da vítima.

Em que pese a argumentação defensiva de que “o acidente só ocorreu devido à condição precária da estrada, que era de chão, estava úmida e que tinha vários buracos” (f. 154), na intenção eximir a culpa do acusado, não merece prosperar, haja vista que o mesmo estava embriagado, transportando passageiro em veículo inapropriado, sem a menor condição de segurança e, ainda, sem a autorização do proprietário, ou seja, agiu de forma negligente e imprudente.

Neste ponto convêm destacar apontamento doutrinário relativo a culpa:

“A conduta normal é aquela ditada pelo senso comum e está prevista na norma, que nada mais é do que um mandamento não escrito de uma conduta normal. Assim, se a conduta do agente afastar-se daquela prevista na norma (que é a normal), haverá a quebra do dever de cuidado e, conseqüentemente, a culpa. Se, por exemplo, um motorista conduz bêbado um veículo, basta proceder-se a um juízo de valor de acordo com o senso comum para saber que essa não é uma conduta normal, isto é, não é o que a norma recomenda.”¹

Ao traçar um paralelo entre o posicionamento elencado e a conduta do acusado em permitir que a vítima se sentasse no paralamas do trator, local não adequado, sem segurança e destinado a trabalho agrícola, não permite que lhe seja afastada a culpa.

Ademais convêm destacar que a versão dos fatos apresentada pelo acusado vai de encontro ao disposto no Laudo de Exame em Local de Morte Violenta (f. 40/46), haja vista que restou evidenciado:

¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, parte geral*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 207.

“Segundo as condições observadas no local, marcas de pneu na pista, sujidades da roupa da vítima, marcas de pneu na região torácica e abdominal, levam esta técnica a concluir que o trator provavelmente foi movimentado para frente e para trás para efetuar a retirada do corpo que se encontrava sob o rodado e que o mesmo foi removido e colocado na lateral da pista, por motivo ignorado por esta técnica.”

Nestes moldes, a culpa do acusado é latente, pois desrespeitou a ordem do seu padrão e, ao que tudo indica mudou a cena do crime, com a finalidade de se esquivar da imputação, não agindo com a devida cautela, conforme dispõe o art. 28, do Código de Trânsito Brasileiro.

Acerca da matéria destaca-se a jurisprudência deste Sodalício:

“Entretanto, na hipótese, a condenação por homicídio culposo no trânsito deve ser mantida pela manifesta imprudência com que agiu o réu, pois, conforme o laudo pericial – realizado com todas as cautelas exigíveis – se estivesse atento e tomando os cuidados necessários à segurança de trânsito, teria evitado, sem maiores dificuldades, o acidente fatal. Como se sabe, o art. 28 do Código de Trânsito Brasileiro impõe o dever do condutor de veículo de ter domínio, dirigindo com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito. Logo, age com culpa, na modalidade de imprudência, o motorista que ao conduzir motocicleta não toma a devida cautela para evitar o resultado lesivo – atropelamento com morte da vítima.”²

Seguindo esta linha, a embriaguez do acusado também contribuiu para a ocorrência do crime, porquanto o teste de etilômetro apresentou a concentração de álcool de 0,21 mg/l (vinte e um miligramas), de ar expelido dos pulmões (f. 25) – muito acima do permitido.

Há que ser consignado que referido teste foi realizado aproximadamente 12 h (doze horas) após o ocorrido e, ainda assim registrou álcool no organismo do acusado, evidenciando que a quantidade de bebida ingerida fora demasiadamente significativa, a ponto de transcorrido o lapso temporal em comento, registrar resquícios da bebida ingerida.

Ademais, os depoimentos das testemunhas foram uníssonos em enfatizar que o acusado estava alcoolizado no momento do acidente (f. 90/92, 97, 106/107 e, na fase extrajudicial, 19 e 20) sendo incabível o pleito absolutório.”

Ante o exposto, nego provimento ao EMBARGOS INFRINGENTES interposto por DANIEL NUNES DE LIMA.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2º Vogal).

De acordo com o revisor.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (3º Vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (4º Vogal).

De acordo com o revisor.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (5º Vogal).

² TJMS, Ap. 2011.037803-1, 1ª Câm. Crim., rel. Des. DORIVAL MOREIRA DOS SANTOS, j. 02/04/2012, DJ 09/04/2012.

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E, CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECUSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR E DO REGIMENTO INTERNO. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O DES. DORIVAL MOREIRA DOS SANTOS.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 09 de outubro de 2012.

Seção Criminal
Habeas Corpus n. 0023840-15.2012.8.12.0000 - Paranaíba
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – NULIDADE DA SENTENÇA – VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA – DESIGNAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO AO ADVOGADO CONSTITUÍDO PARA OFERECER RAZÕES DE APELAÇÃO OU AO RÉU PARA QUE NOVA NOMEAÇÃO – DEFESA FORMAL – ATOS NULOS DE PLENO DIREITO – ORDEM CONCEDIDA

É direito do réu ser representado pelo profissional escolhido e legalmente constituído nos autos. A mera apresentação de peça processual por defensor nomeado não caracteriza a verdadeira defesa a que o réu tem direito decorrente da sua livre vontade de escolha.

Havendo erro inequívoco na intimação do patrono do réu para ofertar as razões de recurso, todos os atos posteriores são nulos de pleno direito.

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 conceder a ordem, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 9 de outubro de 2012.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

O advogado Nilton Alves Ferraz impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pedido liminar em favor de Walber Valim de Mello Filho, sob a alegação de estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal por parte dos Desembargadores Membros da 1.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Afirma o impetrante que o paciente foi intimado para pagamento de multa penal decorrente da decisão condenatória por denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal), nos termos do acórdão proferido pela 1.^a Câmara Criminal, nos autos de apelação criminal n.º 2010.002123-2 (origem n.º 018.03.009249-0), à pena de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, podendo ser extinto o benefício da substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, consistentes em 2 prestações pecuniárias no valor de 4 salários mínimos cada, fixada anteriormente na sentença parcialmente reformada.

Entretanto, aduz que a sentença penal é nula por violação ao direito de ampla defesa do paciente.

Assevera que ao paciente foi nomeado defensor, em que pese tivesse advogado constituído nos autos de ação penal, face à suposta desídia em não atender à intimação para a apresentação das contrarrazões ao recurso de apelação, sendo que, de fato, seu causídico não fora intimado para este ato, tampouco para os subsequentes, vindo a condenação transitar em julgado.

Pugna pela concessão do pedido liminar para o fim de suspender a execução da pena até ulterior decisão e, ao final, sejam anulados todos os atos a partir da interposição do recurso de apelação, determinando-se a intimação para as contrarrazões na pessoa de seu patrono legalmente constituído.

Juntou documentos de f. 07-311.

O pedido liminar foi deferido às f. 314-315.

O Des. Presidente da 1.^a Câmara Criminal prestou informações às f. 328-330, afirmando a remessa de igual solicitação ao juízo da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão da ordem.

A solicitação de informações ao juízo da Vara Criminal de Paranaíba foi reiterada às f. 345.

Informações e documentos advindos do magistrado de instância singela e juntados às f. 348-369.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

A ordem deve ser concedida, ratificando-se a liminar anteriormente deferida.

Trata-se de pedido de nulidade no bojo do processo criminal 018.03.009249-0, que tramitou na Vara Criminal da Comarca de Paranaíba, em que o paciente Walber Valim de Mello filho é acusado de praticar denúncia caluniosa, delito capitulado no art. 339 do Código Penal.

Segundo alega, há violação do princípio da ampla defesa, eis que, em virtude de um lapso nas publicações oficiais, o advogado constituído não foi intimado para a apresentação de razões ao recurso de apelação, consoante f. 194-197 e 220-224.

Mesmo sem as razões, o recurso interposto subiu a este e. Tribunal.

Verificada a ausência da defesa do réu, o e. Relator determinou seu retorno á origem a fim de que intimasse o representado para nomear outro defensor (f. 206).

Ante a “desídia” do patrono, visto que mais uma vez determinada à escrivania a inclusão de seu nome nas publicações do Diário de Justiça (f. 216), e , ainda, à falta de intimação pessoal do réu, foi nomeado, incontinenti, um Defensor Público pela magistrada de instância singela.

O recurso de apelação foi julgado pela 1.^a Câmara Criminal deste Sodalício e o acórdão transitou em julgado em 03/02/2012.

De fato, analisando os autos de *habeas corpus* tem-se que a decisão é nula de pleno direito.

Em que pese a apresentação das razões de recurso pelo d. Defensor Público, é direito do réu ser representado pelo profissional escolhido e legalmente constituído.

É notória a falta e equívoco nas intimações. Tanto é que o d. Procurador de Justiça também reconhece a nulidade e opina pela concessão da ordem.

Nas informações prestadas pelo juízo da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba igualmente restou afirmado o erro nas publicações desde o substabelecimento da procuração, quando do oferecimento das razões de recurso.

Portanto, o advogado constituído não foi intimado e, em decorrência desta grave violação à ampla defesa, todos os atos posteriores são nulos.

É assente na doutrina e nos Tribunais pátrios que a defesa – a ampla defesa – erigida constitucionalmente com um dos direitos fundamentais, não deve ser apenas formal, mas sim, substancial.

Vale dizer que a defesa técnica deve estar em sintonia com os anseios do réu, a fim de o representá-lo em juízo da melhor forma, de acordo com o contrato entabulado entre as parte.

A mera apresentação de peça processual – ainda que muito eficiente a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul no desenvolvimento de seu mister – não caracteriza a verdadeira defesa a que o réu tem direito decorrente da sua livre vontade de escolha.

Por tais razões, confirmo a liminar deferida e concedo em definitivo a ordem para declarar nulos os atos no processo-crime 018.06.000253-8 a partir da intimação para a apresentação das razões de apelação.

Decisão com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O DES. DORIVAL MOREIRA DOS SANTOS.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 09 de outubro de 2012.

2ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* n. 0602935-37.2012.8.12.0000 - Campo Grande**
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PRISÃO CIVIL – NÃO PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE JUSTIFICAM A SOLTURA DO PACIENTE – ORDEM CONCEDIDA.

Se o paciente possui três filhos com sua ex-convivente e não paga pensão de apenas um, uma vez que os outros dois já estão em sua guarda, concluí-se que a prisão civil do mesmo gerará um elevado prejuízo para todos os envolvidos do que sua permanência solto, pois não mais proverá o sustento desses dois filhos. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, 12 de novembro de 2012.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

A advogada Kátia Maria Souza Cardoso impetra a presente ordem de habeas corpus, com pedido liminar, em favor do paciente Alessandro Guimarães de Oliveira, que teve sua prisão civil decretada em razão do inadimplemento de pensão alimentícia, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 3ª Vara de Família Digital da Comarca de Campo Grande.

Alega a impetrante que na ação de reconhecimento e dissolução de união estável combinada com partilha de bens, guarda de filhos e alimentos n. 0072972-09.2010.8.12.0001, que tramita na 3ª Vara de Família desta Capital, em que figuram como partes o paciente e sua ex-convivente, foi imposto a esse o pagamento de pensão alimentícia no valor de 01 salário mínimo ao seu filho caçula, que é o único dos três filhos que permanece na guarda materna.

Aduz que o paciente não possui condições financeiras para suportar o encargo alimentício para com o filho caçula, até porque detém a guarda dos dois filhos mais velhos do casal, os quais sustenta sozinho sem a ajuda da sua exconvivente.

Afirma que o paciente auferia renda mensal de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais).

Sustenta que a tenra idade do menor não justifica o pagamento da pensão no valor de um salário mínimo em prejuízo dos outros filhos, que estão na adolescência e, por isso, o custo de sobrevivência é mais caro.

Por fim, alega a impetrante que na ação principal, um dos pedidos do paciente, é a guarda de seu filho caçula. Essa situação, gerou revolta na ex-companheira do paciente e a fez ingressar com a ação de execução e pleitear a sua prisão civil.

Assim, por entender injusta e ilegal a decretação da prisão civil do paciente, a impetrante busca, em caráter liminar, a suspensão dos efeitos da decisão que a decretou. Ao final, postula pela concessão definitiva da ordem, para que seja declarada justificada a impossibilidade de pagamento da verba alimentícia executada, inclusive, com relação as prestações futuras, e, via de consequência, cassando-se, em definitivo, a decisão que decretou a prisão civil do paciente.

A liminar foi deferida pelo Des. Ruy Celso Barbosa Forence, sendo solicitadas as informações da autoridade coatora (f. 493-494).

As informações foram anexadas às f. 497.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pela denegação da ordem de habeas corpus.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

A liminar deve ser ratificada e a ordem **concedida**.

Infere-se dos autos que o Des. Ruy Celso Barbosa Forence, em substituição legal, deferiu a liminar do presente habeas corpus nos seguintes termos:

“[...]”

Infere-se dos autos que o paciente Alessandro Guimarães de Oliveira possui três filhos com sua ex-convivente, sendo que dois deles estão sob sua guarda e sendo sustentados por ele. No entanto, o filho caçula está com a guarda materna, sendo imposto ao paciente o pagamento da pensão alimentícia no valor de um salário mínimo.

Em razão do inadimplemento por parte do paciente, foi decretada pelo Juiz de Direito da 3º Vara de Família da Comarca de Campo Grande sua prisão civil.

Todavia, em que pese a decisão que decretou a prisão estar devidamente fundamentada, neste momento, entendo que o recolhimento do paciente ao cárcere poderá gerar um prejuízo muito maior aos envolvidos, porquanto tem a guarda e sustenta, efetivamente, dois dos filhos que teve com sua ex-convivente.

Assim, julgo por bem deferir a liminar pleiteada, a fim de suspender a decisão que decretou a prisão civil do paciente, impondo-se o recolhimento do mandado de prisão.

[...]”

A meu ver, a liminar deve ser ratificada e a ordem concedida.

Observa-se que o paciente auferia renda mensal no valor de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais) e foi determinado o pagamento de pensão alimentícia para seu filho caçula no valor de um salário mínimo (R\$ 622,00), o qual se encontra na guarda de sua ex-convivente..

Denota-se também que o paciente possui mais dois filhos com sua ex-convivente, sendo que estes estão em sua guarda e são sustentados exclusivamente por ele.

Diante dessa situação, tenho que a melhor solução é manter o paciente em liberdade, visto que preso não continuará pagando a pensão alimentícia e também irá deixar de prover o sustento dos dois filhos que estão em sua guarda.

Também, ocasionará um prejuízo à sua ex-convivente, porque ela além de continuar a prover o sustento do filho caçula sem o pagamento da pensão, terá que prover o sustento dos outros dois filhos que se encontram na guarda do paciente.

Por tais considerações, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, ratifico a liminar e concedo a presente ordem de habeas corpus, até que se estabeleça definitivamente quem ficará com a guarda do filho caçula e que se transite em julgado eventual determinação de pagamento a título de pensão por parte do paciente.

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. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 12 de novembro de 2012.

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000001-87.2012.8.12.0055 - Sonora
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE ARMA DE FOGO – MODIFICAÇÃO DE REGIME – PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – REGIME DE PENA ABERTO – REINCIDÊNCIA SEM OUTROS FATORES – RECURSO PROVIDO.

Diante da inexistência de circunstância judicial desfavorável, com previsão no art. 59, do CP, somente a reincidência sem a indicação de outros fatores não pode impedir a fixação do regime de pena no sistema previsto no art. 33, § 2º, “b”, do CP, conforme disposição do § 3º, do mesmo dispositivo legal.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, rejeitar a preliminar suscitada de ofício pelo Relator. Por maioria, proveram o recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Revisor.

Campo Grande, 12 de novembro de 2012.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Gelson Lúcio Araújo de Souza interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Coxim que nos autos n. 0000001-87.2012.8.12.0055 o condenou à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 10 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos pelo delito tipificado no art. 14 da Lei n. 10.826/2003 (Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), por fatos ocorridos em 23.12.2011.

Sustenta que a sentença condenatória fixou o regime semiaberto de cumprimento de pena apesar de ter aplicado uma reprimenda de apenas 2 anos de reclusão, embora o apelante possua todas as circunstâncias do art. 59 favoráveis, carecendo da devida fundamentação exigida nos termos da Súmula n. 719, do STF, pois a simples reincidência não constitui, por si só, motivação idônea que justifique a não aplicação do art. 33, § 2º, b, ou c, do CP.

Requer o proviemento do recurso com a fixação do regime inicial para cumprimento da pena aberto, bem como o prequestionamento expresso se houve violação ao art. 93, IX, da Constituição da República e negativa de vigência ao art. 33, § 2º, C, do CP.

O apelado pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça é no mesmo sentido pelo não provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Gelson Lúcio Araújo de Souza contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Coxim que nos autos n. 0000001-87.2012.8.12.0055 o condenou à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 10 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos pelo delito tipificado no art. 14 da Lei n. 10.826/2003 (Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), por fatos ocorridos em 23.12.2011.

Sustenta que a sentença condenatória fixou o regime semiaberto de cumprimento de pena apesar de ter aplicado uma reprimenda de apenas 2 anos de reclusão, embora o apelante possua todas as circunstâncias do art. 59 favoráveis, carecendo da devida fundamentação exigida nos termos da Súmula n. 719, do STF, pois a simples reincidência não constitui, por si só, motivação idônea que justifique a não aplicação do art. 33, § 2º, b, ou c, do CP.

Requer o provimento do recurso com a fixação do regime inicial para cumprimento da pena aberto, bem como o prequestionamento expresso se houve violação ao art. 93, IX, da Constituição da República e negativa de vigência ao art. 33, § 2º, C, do CP.

O apelado pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça é no mesmo sentido pelo não provimento do apelo.

Embora as razões recursais apenas se refiram ao regime de cumprimento inicial de pena, tenho que nos presentes autos deve haver a absolvição do apelante, o que reconheço de ofício.

Isso porque, entendo que deve prevalecer o posicionamento antes adotado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de a arma de fogo não municuada afastar a tipicidade do delito de porte ilegal, conforme a seguinte ementa:

“*HABEAS CORPUS*. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA.

ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. Na linha da orientação da Sexta Turma desta Corte, o fato de a arma de fogo estar desmunicuada afasta a tipicidade do delito de porte ilegal de arma de fogo.

2. Ordem concedida para, com base no art. 386, III, do CPP, absolver a paciente da acusação que lhe é dirigida por porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.” (HC 124.907/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 19/10/2011)

Na hipótese ficou comprovado que a arma objeto de porte ilegal pelo recorrente não se encontrava municuada, conforme consta no depoimento do policial que efetuou a prisão em flagrante do autor (f. 93), não se tendo notícia nos autos de que estivesse o autor com a munição a pronta disponibilidade.

Assim, resta prejudicada a tese ofertada nas razões recursais.

Diante do exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento para, de ofício, com fulcro no art. 386, III, do CPP, absolver o apelante da acusação de porte ilegal de arma e fogo de uso permitido, fato ocorrido em 23.12.2011. Contra o parecer.

O Sr. Des. Romero Osme Dias lopes (Revisor0

Ouso divergir do e. Relator, a fim de manter a condenação do apelante.

A 2ª Câmara Criminal deste Sodalício já firmou entendimento de que o crime de porte ilegal de arma de fogo, seja de uso permitido (art. 14), seja de uso restrito (art. 16), em nenhum momento condicionou a configuração do delito ao fato de a arma estar municada.

Para a lei, não importa que a arma esteja momentaneamente desmunicada, bastando que o agente simplesmente a porte em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Afinal, o Estatuto do Desarmamento tem como objeto e proteção a incolumidade pública e a segurança coletiva. Os delitos nele tipificados são crimes de perigo abstrato e de mera conduta, sendo desnecessária a lesão concreta para ocorrência de tais delitos.

Assim, repita-se, o fato de o objeto apreendido estar desmunicado não influi para o enquadramento típico, assim como também não é relevante o uso da arma de fogo, a menção de usá-la ou a intenção do agente.

Assim entende a doutrina:

“Arma desmunicada: não desnatura o crime, pois o perigo para a coletividade continua o mesmo, haja vista que a qualquer momento pode o agente municá-la e efetuar disparos, além do quê, mesmo desmunicada, a arma de fogo continua mantendo seu poderio de intimidação. Nesse sentido decidiu a eminente Relatora Ministra Ellen Grace, do Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação do HC 95073/MS (02/06/2009), averbando que:

‘o fato de o revólver estar desmunicado não o desqualifica como arma, tendo em vista que a ofensividade deste artefato não está apenas na sua capacidade de disparar projéteis, causando ferimentos graves ou mortes, mas também, na grande maioria dos casos, no seu potencial de intimidação. O porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, não tendo a lei exigido a efetiva exposição de outrem a risco, sendo irrelevante a avaliação subsequente sobre a ocorrência de perigo à coletividade’.

Cite-se ainda, nessa mesma linha de entendimento, o julgamento proferido no RHC 90197/DF, cujo Relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski (09/06/2009), e, a decisão exarada no RHC 94553/DF, de Relatoria do ínclito Ministro Carlos Ayres Brito (23/06/2009).

Também, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é amplamente majoritária a posição de que o porte de arma de fogo, mesmo que sem munição, constitui o delito do art. 14.” (SILVA, José Geraldo da. Leis penais especiais anotadas. 11ª ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2010, p. 627-8.)

Nesse sentido, colhe-se recente jurisprudência de ambas as Turmas do STF:

“*HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO SEM MUNIÇÃO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA.

ORDEM DENEGADA. Tratando-se o crime de porte ilegal de arma de fogo delito de perigo abstrato, que não exige demonstração de ofensividade real para sua consumação, é irrelevante para sua configuração encontrar-se a arma municada ou não. Precedentes. Writ denegado.” (Relator(a): Min. ROSA WEBER - Julgamento: 17/04/2012 Órgão Julgador: Primeira Turma)

“*HABEAS CORPUS*. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDOTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de

determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA.” (Relator(a): Min. GILMAR MENDES -Julgamento: 06/03/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma)

Isso porque o legislador, ao punir a conduta de portar de forma ilegal arma de fogo, não fez qualquer referência a estar municada ou não; ao contrário, também incluiu no tipo penal portar “acessório ou munição”, ainda que desacompanhados de arma de fogo.

E o rigorismo da lei tem explicação, na medida em que se busca evitar não somente o comércio ilegal deste artefato como a intimidação para outros crimes.

Verifica-se, ainda, que a arma encontrava-se apta a efetuar disparos, conforme descrito no laudo de exame em arma de fogo (f. 79-82).

Com efeito, é de rigor a condenação do recorrente pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo, previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Vogal)

Permito-me dissentir do i. relator eis que entendo incabível a absolvição *ex-officio* por estar desmunicada a arma apreendida.

A conduta imputada amolda-se à hipótese prevista no art. 14, da Lei n.º 10.826/03, que trata de crime de perigo abstrato, sendo presumida a ofensa ao bem jurídico tutelado.

Essa constatação é bastante para aferir o risco para a segurança e integridade física das pessoas, por se tratar de crime de perigo abstrato, justamente porque uma espingarda ou qualquer outro tipo de artefato dessa natureza pode ser municado a qualquer momento pelo seu portador.

A conduta praticada pelo acusado resta típica na medida em que gerou perigo abstrato aos bens jurídicos protegidos – paz social e incolumidade pública.

Com efeito, tanto de arma desmunicada quanto de o porte de munição sem o respectivo artefato deflagrador são faces da mesma moeda, em razão da possibilidade de se completarem a qualquer momento.

É melhor para o sistema jurídico e para a sociedade evitar que a utilização de armas e munições se materialize, ao invés de ter de minorar os efeitos dos danos que podem ser causados posteriormente (lesões corporais, homicídios, etc.).

Ao discorrer sobre a legitimidade da espécie de crime, FERNANDO CAPEZ preleciona:

“No caso das infrações de perigo abstrato, a opção política do Poder Legislativo em considerar o fato, formal e materialmente, típica independentemente de alguém, no caso concreto, vir a sofrer perigo real, não acoima a lei definidora de atentatória à dignidade

humana. Ao contrário. Revela, por parte do legislador, disposição ainda maior de tutelar o bem jurídico, reprimindo a conduta violadora desde o seu nascedouro, procurando não lhe dar qualquer chance de desdobramento progressivo capaz de convertê-la em posterior perigo concreto e, depois, em dano efetivo. Trata-se de legítima opção política de resguardar, de modo mais abrangente e eficaz, a vida, a integridade corporal e a dignidade das pessoas, ameaçadas com a mera conduta de sair de casa ilegalmente armado. Realizando a conduta descrita no tipo, o autor já estará colocando a incolumidade pública em risco, pois protegê-la foi o desejo manifestado pela lei. negar vigência ao dispositivo nos casos em que não se demonstra perigo real, sob o argumento de que atentaria contra a dignidade da pessoa humana, implica reduzir o âmbito protetor do dispositivo, com base em justificativas no mínimo discutíveis.”

Nesse mesmo sentido, é a jurisprudência:

“APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03 – ARMA DESMUNICIADA, DESMONTADA E ARMAZENADA NO BAGAGEIRO DO ÔNIBUS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – FATO TÍPICO – RECURSO IMPROVIDO.

Tratando-se de transporte de arma de fogo, desmuniada e desmontada, armazenada na mochila, no bagageiro do ônibus, comprovadamente apta a efetuar disparos, não há falar em atipicidade tendo em conta a redação abrangente do art. 14 do Estatuto do Desarmamento.”PENAL – PORTE DE ARMA DE FOGO – ARMA DESMONTADA E DESMUNICIDADA – IRRELEVÂNCIA – TIPICIDADE – ARTIGO 14 DA LEI Nº 10.826/2003.

A norma penal incriminadora do artigo 14 da Lei nº 10.826/2003 não descreveu a conduta ilícita com a exigência de municiamento da arma, de modo que, para a configuração do crime descrito pelo referido artigo, tipo penal de conteúdo múltiplo, bastante a plena subsunção da conduta dos acusados a um dos verbos ali presentes. A circunstância de a arma encontrar-se desmontada e desmuniada é irrelevante para a configuração do delito previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03. Apelo desprovido.”Nesta mesma toada, os seguintes precedentes jurisprudenciais: TJMG, **Ap 0059662-95.2006.8.13.0534**, 5ª Câmara Crim., rel. Des. HÉLCIO VALENTIM, j. 11/05/2010, DJ 16/06/2010; TJMS, **Ap 2010.002545-0**, 2ª T. Crim., rel. Des. ROMERO OSME DIAS LOPES, DJ 16/03/2010, p. 41; TJMT, **Ap 131.181/2009**, 1ª Câmara Crim., rel. Des. RUI RAMOS RIBEIRO, j. 18/05/2010, DJ 01/06/2010, p. 26; TJDF, **Rec. 2009.10.1.003173-4**, 1ª T. Crim., rel. Des. GEORGE LOPES LEITE, DJ 01/10/2009, p. 126; e TJMS, **Ap 2009.021449-3**, 2ª T. Crim., rel. Des. ROMERO OSME DIAS LOPES, DJ 18/09/2009, p. 41.

Desta forma, é de se refutar qualquer pretensão absolutória em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo.

Ante o exposto, rejeito a tese de atipicidade da conduta suscitada ex-officio e **dou provimento** ao apelo para abrandar o regime prisional.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Superado o reconhecimento da atipicidade da conduta, passo à análise do pedido de modificação do regime aberto, que deve ser acolhido, pois no caso em comento a pena foi fixada no mínimo legal diante da inexistência de circunstância judicial desfavorável, com previsão no art. 59, do CP, de forma que

somente a reincidência sem a indicação de outros fatores não pode impedir a fixação do regime de pena no sistema previsto no art. 33, § 2º, “b”, do CP, conforme disposição do § 3º, do mesmo dispositivo legal.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para alterar o regime de cumprimento inicial da pena para o aberto. Contra o parecer.

O Sr. Des. Romero Osme Dias lopes (Revisor)

No tocante ao pleito pelo abrandamento do regime, o recurso também não merece prosperar.

Não obstante a quantidade de pena aplicada (02 anos de reclusão), o acusado é reincidente, e, consoante leitura sistemática do art. 33 do Código Penal, não há possibilidade de aplicação do regime aberto.

Por todo exposto, com o parecer ministerial, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

REJEITADA A PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO PELO RELATOR. POR MAIORIA, PROVERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O REVISOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 12 de novembro de 2012.

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000861-65.2009.8.12.0032 - Deodápolis
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO – CHEQUES EM BRANCO – CRIME-MEIO - ABSORVIDO PELO ESTELIONATO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A subtração de cheque em branco com posterior utilização para a prática do crime de estelionato do art. 171, “*caput*”, do Código Penal, aplica-se o instituto da absorção, fazendo desaparecer juridicamente o furto do cheque para prevalecer apenas o crime fim.

Decisão contra o parecer.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de outubro de 2012.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Sergio Henrique Moura Ramos interpõe, por intermédio da Defensoria Pública Estadual, Apelação Criminal (f.177-181-180) contra a sentença condenatória prolatada pela Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Deodápolis, nos autos n. 0000861-65.2009.8.12.0032, que o condenou a 2 anos de reclusão e 20 dias-multa pelos crime previstos no art. 155, *caput* e art. 171, *caput*, ambos do Código Penal.

Suscita incorreção e pugna pela reforma do *decisum* para o fim de aplicar o princípio da consunção e absolvê-lo do delito de estelionato.

Por fim, prequestiona a violação ao princípio da consunção e ao art. 386, III do Código de Processo Penal.

Contrarrazões (f.184-193) pela manutenção da sentença condenatória.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso. (f.207-210).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Sergio Henrique Moura Ramos interpõe, por intermédio da Defensoria Pública Estadual, Apelação Criminal (f.177-181-180) recurso contra a sentença condenatória prolatada pela Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Deodópolis, nos autos de n. 0000861-65.2009.8.12.0032, que o condenou a 2 anos de reclusão e 20 dias-multa pelos crime previstos no art. 155, *caput* e art. 171, *caput*, ambos do Código Penal.

Num breve resumo, o apelante foi denunciado com base nas seguintes asserções (f. 3-5):

“1º Fato: No dia 11 de setembro de 2009, por volta das 08h00, na residência localizada na Avenida Francisco Alves da Silva, nº 107, centro, em Deodópolis, o denunciado SERGIO HENRIQUE DE MOURA RAMOS, subtraiu uma lâmina de cheque, em branco, pertencente à vítima Kézia Cristina Garcia Alves.

2º Fato: Posteriormente, no dia 16 de setembro de 2009, o denunciado preencheu a referida lâmina de cheque no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) e efetuou o pagamento de um aparelho celular na Casa Lotérica Trevo da Sorte no valor de R\$ 338,38 (trezentos e trinta e oito reais e trinta e oito centavos), tendo recebido o valor de R\$ 661,62 (seiscentos e sessenta e um reais e sessenta e dois centavos), a título troco”.

Encerrada a instrução, sobreveio a sentença acolhendo a pretensão estatal e condenando o réu à pena alhures referida.

Contra a sentença recorre apenas o acusado, pugnando pela reforma do *decisum* para o fim de aplicar o princípio da consunção e absolvê-lo do delito de estelionato.

Ao recurso deve ser dado parcial provimento.

No caso vertente, diferentemente do entendimento esposado pela magistrada singular, dá-se o furto como absorvido pelo estelionato, já que o primeiro delito foi crime-meio para a consecução do estelionato.

Sobre tal princípio, colhe-se o ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt:

“Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. Na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de minus e plus, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração”.

“Um fato típico pode não ser punível quando anterior ou posterior a outro mais grave, ou quando integrar a fase executória de outro crime. Um fato anterior ou posterior que não ofenda novo bem jurídico muitas vezes é absorvido pelo fato principal, não se justificando, juridicamente, sua punição autônoma. Podem ser lembrados, como exemplos de fato anterior impunível, a falsificação do cheque para obtenção da vantagem indevida no crime de estelionato”. (Tratado de direito penal. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 201 e 203). (destaquei)

Assim, a aplicação do princípio da consunção pressupõe, necessariamente, a análise de existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção

daquela menos grave pela mais danosa, sendo, por isso mesmo, inviável a sua aplicação automática, em desconsideração às circunstâncias fáticas do caso concreto.

Com efeito, o agente que subtrai exclusivamente cheque em branco e depois o utiliza para a prática do delito do art. 171, “*caput*”, do Código Penal, tem o furto absorvido pelo estelionato, já que o primeiro fato funciona como crime-meio para a consecução do objetivo final.

Resta claro que o cheque em branco, por si só, não teria utilidade econômica para o apelante, não podendo se falar que ele pretendia apenas dele se apropriar, para tê-lo em mãos. O seu objetivo real de obtenção de vantagem indevida se materializou com o preenchimento e assinatura da cártula e sua utilização para pagamento da conta do telefone celular, conforme consta no interrogatório na polícia (f. 27-28).

Nesse sentido:

“Furto - Estelionato - Absorção - Hipótese. O agente que subtrai exclusivamente cheques em branco com o intuito de praticar o delito do art. 171, “*caput*”, do Código Penal, tem o furto absorvido pelo estelionato, já que o primeiro fato funciona como crime-meio para a consecução do objetivo final.” (TJ/SP AP n. 0004246-24.2008.8.26.0369, Relator: Wilson Barreira, J: 17/02/2011, 14ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 03/03/2011).

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO, EM CONCURSO MATERIAL. ESTELIONATO (ART. 171, CAPUT, CP) E RECEPÇÃO (ART. 180, CAPUT, CP). CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. ESTELIONATO CONFIGURADO. AGENTES QUE PREENCHEM CHEQUES DE ORIGEM ILÍCITA E OS UTILIZAM PARA EFETUAR COMPRA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. OBTENÇÃO DE VANTAGEM ILÍCITA MEDIANTE FRAUDE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO QUE NÃO EXCLUI O CRIME NEM INFLUI NA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA COMO ARREPENDIMENTO POSTERIOR. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE FOI REALIZADO DE FORMA INTEGRAL E ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. CRIME DO ARTIGO 180, CAPUT, DO CP. RECEPÇÃO DE FOLHAS DE CHEQUE OBJETO DE FURTO. CONDUTA QUE SE CONSTITUIU EM MEIO NECESSÁRIO À PERPETRAÇÃO DO ESTELIONATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. EXCLUSÃO DO CRIME-MEIO. READEQUAÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE CONSISTENTE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE AO NOVO LIMITE DA REPRIMENDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO”. (Apelação Criminal n. 2008.054172-0, de Chapecó, rel. Des. Newton Varella Júnior, julgamento: 07.07.2010).

Assim, afastado o crime de furto, mantenho apenas a pena fixada no crime de estelionato, nos mesmos moldes da sentença de 1º grau.

Quanto ao prequestionamento suscitado, não há necessidade de manifestação expressa acerca do dispositivo legal invocado, pois a matéria foi suficientemente debatida.

Diante do exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Sérgio Henrique Moura Ramos para afastar da condenação o crime de furto, posto que absorvido pelo estelionato, reduzindo por conseguinte a reprimenda para 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade pela prestação de serviços à comunidade, na forma a ser fixada pelo juiz da execução penal.

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. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 08 de outubro de 2012.

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0001957-51.2009.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO SIMPLES – PENA-BASE – ATENUANTE – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – DIMINUIÇÃO DA PENA AO MÍNIMO LEGAL - RECURSO PROVIDO.

A atenuante prevista inciso III, alínea d, do artigo 65, do Código Penal, exige apenas a confissão da “autoria do crime”. E, conforme a redação do dispositivo, basta que seja “espontânea”, pouco importando motivo que levou o agente a confessar.

Pena redimensionada ao mínimo legal que, no caso, revela-se necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 5 de novembro de 2012.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Anderson Souza de Oliveira interpôs recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Três Lagoas, que, nos autos da ação penal n. 0001957-51.2009.8.12.0021, movida pelo Ministério Público Estadual, o condenou à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime semiaberto, por ter cometido a conduta tipificada no artigo 121, *caput*, do Código Penal.

Suscita incorreção e pede reforma aduzindo que a sentença condenatória deixou de reconhecer a atenuante da confissão, ao argumento de que esta foi utilizada para lastrear a tese de legítima defesa, constituindo, no caso, o que se convencionou denominar “confissão qualificada”.

A acusação apresentou contrarrazões pugnando pela preservação da sentença.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

É apelação criminal interposta por Anderson Souza de Oliveira contra a sentença proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Três Lagoas, nos autos da ação penal n. 0001957-51.2009.8.12.0021, movida pelo Ministério Público Estadual, que o condenou à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime semiaberto, por ter cometido a conduta tipificada no artigo 121, caput, do Código Penal.

Suscita incorreção e pede reforma aduzindo que a sentença condenatória deixou de reconhecer a atenuante da confissão, ao argumento de que esta foi utilizada para lastrear a tese de legítima defesa, constituindo, no caso, o que se convencionou denominar “confissão qualificada”.

A acusação e a Procuradoria de Justiça batem-se pelo improvimento do apelo.

Delimitando a controvérsia, recupero os fundamentos da decisão investivada:

“[...]Na segunda fase da fixação da pena, não se reconhece a atenuante da confissão porque o réu, ao admitir a sua conduta, justificou-se dizendo que agiu em legítima defesa. [...]”

Incorreta a cognição externada pela magistrada a quo.

Desde a reforma penal de 1984, a atenuante prevista inciso III, alínea d, do artigo 65, do Código Penal, exige apenas a confissão da “autoria do crime”. E, conforme a redação do dispositivo, basta que a confissão seja “espontânea”, pouco importando motivo que levou o agente a confessar a autoria (seja por arrependimento, para se beneficiar, se defender etc.)

A exegese adotada pela magistrada, refutando a atenuante porque a confissão da autoria foi destinada a corroborar a tese de legítima defesa, implica interpretação ampliativa da norma in malam partem, hipótese incabível sob a perspectiva garantista do Direito Penal.

Conforme ensina a doutrina, “confessar a autoria não é o mesmo que confessar o crime; para a atenuante basta a confissão da autoria, e não impede sua aplicação o fato de o réu ter negado parte da imputação ou invocado excludente de ilicitude” (Luiz Carlos Betanho apud Celso Delmanto. In Código penal comentado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 215).

A propósito, esta Segunda Câmara Criminal exarou recentemente que “a incidência da atenuante de confissão espontânea prescinde que esta seja plena e completa, bastando que tenha sido utilizada como fundamento para embasar a sentença condenatória” (AC n. 2012.003399-6 - Relator Des. Romero Osme Dias Lopes, j. 2.4.2012).

Assim, reconheço o direito do recorrente à referida minorante, reduzindo a respectiva pena ao mínimo legal, ou seja, 06 anos de reclusão.

Muito embora meu entendimento caminhe no sentido de que a confissão espontânea, enquanto “circunstância que sempre atenua a pena” (art. 65, caput, do CP), pode levar a reprimenda para aquém do mínimo abstrato, ante a falta de previsão legal impondo tal limitação e em obséquio ao mandamento constitucional da individualização da pena, no caso concreto a pena fixada no mínimo legal revela-se necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Anderson Souza de Oliveira e dou-lhe provimento para reconhecer o direito do recorrente à atenuante da confissão espontânea, reduzindo, conseqüentemente, a respectiva pena para 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Decisão contrária ao parecer da Procuradoria de Justiça.

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. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 05 de novembro de 2012.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

NOTICIÁRIO



MS fecha Semana da Conciliação com R\$ 47,6 milhões em acordos - 20.11.2012



Com 9.289 pessoas atendidas, a 7ª edição da Semana Nacional de Conciliação em Mato Grosso do Sul fechou, na última quarta-feira (14), com o total de R\$ 47.664.500,93 em acordos homologados. O percentual de acordos homologados em relação ao número de audiências efetuadas ficou em 31,9%.

Foram realizadas 3.151 audiências de processos nas fases de conhecimento e de execução, que resultaram na homologação de 1.004 acordos.

O montante maior em valores ficou com os acordos realizados na fase de conhecimento, no total de R\$ 39,8 mil. Os acordos efetuados na fase de execução finalizaram em R\$ 7,8 milhões. Em 2011, a campanha fechou em 6,5 milhões.

Em 2012 vários acordos foram fechados com valores vultosos. O Fórum da Capital chegou a homologar mais de 26,5 milhões em acordos, tendo um deles fechado em R\$ 22 milhões, na Vara de Sucessões.

A 1ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas realizou dois acordos que juntos totalizaram R\$ 9,7 milhões. Outro acordo foi fechado em Bonito no valor de R\$ 4 milhões. Em Maracaju, nessa Semana Nacional da Conciliação, foi extinta uma ação de R\$ 1,3 milhões.

Varas das 54 comarcas, além dos Juizados Especiais de MS participaram da edição deste ano, atendendo a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que institui a Política Judiciária Nacional para Tratamento adequado dos Conflitos de Interesses e visa tornar efetivo o princípio constitucional do acesso à Justiça.

O coordenador da Semana no Estado, desembargador Romero Osme Dias Lopes, vê os resultados alcançados em MS como positivos. “Fico feliz quando vejo que esse tipo de ação traz bons resultados. Agradeço aos magistrados, conciliadores, colaboradores, todos que se empenharam para a conciliação”, ressalta.

O desembargador vê a mediação como solução dos conflitos, um mecanismo a ser inserido ao longo do tempo na postura da sociedade. “Vejo a conciliação como um processo que será gradativamente inserido na cultura da população, o que significa uma alteração de valores, um caminho para educação, convencimento e conhecimento das pessoas”, conclui.

Núcleo de Solução de Conflitos - O Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJMS também participou da Semana Nacional de Conciliação desse ano, com profissionais capacitados pelo Núcleo, com destaque para as atuações dos mediadores José Carlos Cardoso e Débora Camila da Silva Lira.

Desde sua instalação, em abril, o Núcleo realizou em parceria com as Varas de Famílias da Capital, 292 sessões de mediações, resultando em 250 acordos, com a consequente extinção dos processos, representando um aproveitamento de 85,61%. Mais do que os acordos alcançados, as mediações conseguiram restabelecer a comunicação entre as partes, contribuindo para a pacificação social, que é um desafio do Judiciário.

A preocupação do Núcleo é fazer com que o que foi estipulado no acordo entre as partes seja cumprido, evitando futuras execuções ou a perda do diálogo. O Núcleo realiza a manutenção desses acordos, mesmo com os processos tendo sido arquivados.

Com o objetivo de inserir a cultura da mediação na sociedade, há o projeto de estruturação do Núcleo e as instalações de Centros Judiciários que funcionarão em parcerias com universidades da Capital, como a Estácio de Sá, UCDB e Uniderp-Anhanguera.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Judiciário de MS tem 100% das comarcas com processo eletrônico - 26.11.2012



Com a migração de dados no sistema Sistema de Automação da Justiça (SAJ) na Comarca de Iguatemi, ocorrido no último fim de semana, o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul completa a implantação do processo eletrônico em todo o Estado. Agora, 100% das varas das 54 comarcas, além da 2ª instância, trabalham com o processo eletrônico.

O TJMS é o primeiro tribunal do país, dos que utilizam o sistema SAJ, a integrar o sistema em 1º e 2º grau e a ter 100% das comarcas com o processo eletrônico implantado. O presidente do Comitê Gestor de Informática do TJMS, desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva, comemora o feito. “Essa conquista de se tornar o primeiro Estado, daqueles que utilizam o SAJ, com os novos processos totalmente digitalizados em todas as comarcas se deve a vários fatores, como, por exemplo, às últimas administrações do Tribunal, no incentivo ao processo eletrônico; à Secretaria de Tecnologia da Informação (TI), dotada de servidores competentíssimos, que não mediram esforços nessa meta de informatização; e aos juízes e desembargadores, todos determinados e empenhados na modernização do judiciário”. Ele parabeniza todos que concorreram para que o Estado de Mato Grosso do Sul seja destaque na informatização de processos no cenário nacional.

De acordo com o diretor da Secretaria de Tecnologia da Informação, Alexandre Camy, o TJMS é o segundo tribunal do Brasil a ter todas as comarcas digitalizadas, ficando atrás apenas de Tocantins, que teve a implantação concluída no mês de outubro deste ano, porém com um sistema diferente do utilizado em MS.

Com o processo eletrônico, todos os petições também passam a ser nesse formato, agilizando assim a tramitação dos autos, com a melhora do tempo, do trabalho e a transparência de cada processo, fatores esses destacados pelo Des. Vladimir Abreu da Silva, também integrante do Comitê Gestor. Para ele, a população só tem a ganhar com o uso da tecnologia.

Vladimir ressalta dois fatores primordiais de benefícios ao cidadão. “Transparência, pois o cidadão tem acesso em tempo real aos dados de seu processo, e agilidade na tramitação que é toda eletrônica”. Ele explica que, no exemplo de sua rotina de trabalho, ao receber um processo pela manhã, com a agilidade de tramitação no período da tarde, o feito já pode ser pautado para julgamento, o que antes levaria mais tempo para o mesmo procedimento.

Histórico – Há pouco mais de cinco anos foi editada a Lei nº 11.419, que trata da informatização do processo judicial. Além de permitir a tramitação eletrônica dos processos, a lei também permitiu o envio de petições nesse formato, mediante o uso de assinatura digital, e a prática dos demais atos processuais também por meio eletrônico.

Mato Grosso do Sul foi pioneiro no Brasil ao inaugurar, na Capital do Estado, a 10ª Vara do Juizado Especial, ou seja, antes mesmo da própria edição da Lei que regulamentou o processo digital.

Em 2005, a 10ª Vara do Juizado foi a primeira vara de MS a ter um sistema de movimentação processual totalmente eletrônico e a primeira vara eletrônica da justiça estadual do país a ter o andamento dos autos completamente informatizado. Na sequência, houve a digitalização de outras varas dos juizados.

Em 2009, o Poder Judiciário Estadual lançou, em julho daquele ano, quatro novas varas na Comarca de Campo Grande: as 17ª, 18ª, 19ª e 20ª Varas Digitais, que foram as primeiras varas da justiça comum a adotar a tramitação exclusivamente eletrônica dos processos.

Na metade de 2010, houve a implantação da 1ª comarca digital do Estado, em Dois Irmãos do Buriti. Desde então começou uma grande informatização das comarcas do interior do Estado, passando sete delas ser digitalizadas no ano de 2010.

Ao longo de 2011, foram digitalizadas 30 das 54 comarcas de MS. E, em 2012, a Comarca de Iguatemi encerra, sendo a 17ª a ser digitalizada no ano, o ciclo de informatização do Poder Judiciário.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Juíza de MS recebe prêmio da AMB em concurso de monografias - 30.11.2012

A Comissão Científica do XXI Congresso Brasileiro de Magistrados da AMB divulgou os vencedores do concurso de monografias, de acordo com os temas. A juíza titular da Comarca de Água Clara, Luiza Vieira Sá de Figueiredo, foi a ganhadora no tema Políticas Públicas para o Poder Judiciário no Século XXI, com a monografia intitulada “A Justiça Itinerante do Século XXI”, apresentada por Arco de Almedina.

Participaram da Comissão Avaliadora, o Diretor-Presidente da ENM, Roberto Bacellar, no cargo de coordenador, e como membros a Desembargadora Leila Maria Carrilo Mariano e os Juízes Marcus Alan de Melo Gomes, Renata Gil e Alexandre Miguel.

Confira os ganhadores dos outros temas:

Tema: Judicialização e Desjudicialização: Monografia intitulada “Conciliação: um caminho a ser trilhado para a solução dos conflitos”, apresentada por Flor de Liz

Juíza Deisy Christian Lorena de Oliveira Ferraz.

Tema: Formação dos Magistrados: Monografia intitulada “Magistrado no Século XXI – Agente de Transformação Social”, apresentada por AD Astra

Juíza Viviane Nobrega.

A Comissão Científica confere a menção honrosa do concurso a monografia intitulada “A Conciliação e a Mediação como Instrumentos para a Desjudicialização das Relações Sociais”, apresentada por Justitia Sublime, pela sua qualificação e relevância para a temática debatida no congresso.

Autoria do Texto: SCS, com informações do site da AMB - imprensa@tjms.jus.br

Revista de Jurisprudência on-line ultrapassa 64 mil acessos - 03.12.2012



No dia 18 de novembro a Revista Trimestral de Jurisprudência do TJMS completou 3 anos em que é disponibilizada exclusivamente na versão on-line (<http://www.tjms.jus.br/secretarias/spge/revista.php>). Neste período já foram registrados mais de 64 mil acessos nas 15 edições publicadas. A edição nº 180, referente ao trimestre de abril a junho de 2011, é a recordista em acessos, com mais de 7,8 mil visualizações.

A edição on-line da revista, que contém uma rigorosa seleção de doutrina e jurisprudência de assuntos contemporâneos, permite a veiculação do conteúdo da Revista em menor tempo, garante economia de papel e demais recursos gastos com a impressão e remessa postal do material.

O conteúdo da publicação abrange a jurisprudência do TJMS e a doutrina da magistratura estadual. Quanto à doutrina, a seleção do material é feita conforme o interesse e conveniência da administração do Tribunal. Quanto ao conteúdo da jurisprudência, são selecionados seis acórdãos publicados de cada relator. A própria relatoria escolhe dentre os selecionados os três que constarão na Revista. Colaborações em geral, quando aceitas pelo TJ, são publicadas gratuitamente.

A revista é elaborada pelo Departamento de Pesquisa e Documentação da Secretaria Judiciária do TJMS, seguindo as normas da ABNT.

Edição 185 – O último número publicado da Revista Trimestral de Jurisprudência é referente aos meses de julho a setembro de 2012 e já alcança mais de 2,5 mil acessos.

Nesta edição o juiz de Direito de MS, Giuliano Máximo Martins, escreve o texto “O bullying para a criminologia”, com o enfoque do ato como porta de entrada para a delinquência e um estímulo de prática de ilícitos.

O autor afirma que a questão do bullying é cultural e trabalhar com os envolvidos, difundindo seus conceitos, mostrando os resultados danosos e abrindo à participação, é uma maneira de controlar socialmente o bullying e fazer com que menos ações criminosas ocorram.

“A justiça itinerante como modelo de gestão no poder judiciário” é o assunto tratado pela juíza de Direito de MS, Luiza Vieira Sá de Figueiredo, que ressalta que a Justiça Itinerante é aquela que se desloca de lugar em lugar para atender a população local, prestando serviço jurisdicional. Com este texto, a magistrada foi ganhadora no tema Políticas Públicas para o Poder Judiciário no Século XXI do concurso de monografias do XXI Congresso Brasileiro de Magistrados da AMB.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

DISCURSO DA DES^a TÂNIA GARCIA DE FREITAS BORGES POR OCASIÃO DA POSSE DA DES^a MARIA ISABEL DE MATOS ROCHA

Aos trinta e um dias do mês de outubro do ano de dois mil e treze.

Digníssimas autoridades já nomeadas nesta solenidade, senhores desembargadores, senhores juízes, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, senhores advogados, servidores do Poder Judiciário, familiares da empossada, senhoras e senhores:

Coube-me o honroso mister de saudar, nesta solenidade, a novel Des^a Maria Isabel de Matos Rocha e o faço com imensa satisfação e emoção, pois a empossada ocupará a vaga deixada por nossa saudosa e estimada amiga, Des^a Marilza Lúcia Fortes que, embora tenha partido – por exigência do Plano Divino – no dia 20 de setembro deste ano, nos presenteou com um legado de luta, determinação e dignidade e, por isso, sempre permeará nossas lembranças.

Tenho convicção de que esta mesma determinação terá continuidade no trabalho já reconhecido da quarta mulher a compor o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, uma vez que se trata de pessoa culta, discreta, dotada de equilíbrio e de reconhecido saber jurídico e certamente conduzirá com maestria esta nova e desafiadora missão que a partir de agora se inicia.

Nossa nova colega, Maria Isabel de Matos Rocha, é natural de Nampula (Moçambique). Formou-se em Direito na Universidade de Coimbra (Portugal), em 11 de outubro de 1978, tendo ingressado na magistratura no cargo de juíza substituta em 17 de maio de 1985.

Foi promovida, por merecimento, para a Comarca de Camapuã, Primeira Entrância, em janeiro de 1986, passando também por Cassilândia, e em agosto de 1995 veio para Campo Grande, onde assumiu e conduziu com especial destaque a 1^a Vara da Infância e da Juventude. Posteriormente, foi reclassificada para a 3^a Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos, em julho de 2007 foi convocada, em setembro de 2012, para exercer as funções de Desembargadores na 2^a Câmara Cível e 1^a Seção Cível deste Tribunal.

Imprescindível destacar o magistral desempenho da Juíza Maria Isabel perante a Vara da Infância e da Juventude, onde idealizou o “Projeto Padrinho”, no ano de 2000, iniciativa que trouxe um novo e vibrante matiz à vida das crianças e adolescentes em situação de abrigo, nesta e em outras comarcas do Estado de Mato Grosso do Sul, propiciando-lhes apoio material, afetivo e de prestação de serviços.

Nossa colega prestou valorosa atuação à primeira colocação no concurso “Mude um Destino”, na categoria “Poder Judiciário”, promovido no ano de 2007 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), tendo ela participado da Primeira Edição do Prêmio Innovare, em 2004, com este projeto que, diga-se, em 9 de outubro de 2012 foi um dos vencedores do “Primeiro Prêmio CNJ de Infância e Juventude” promovido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Esse grandioso feito destina-se não propriamente ao engrandecimento da Magistratura, mas à concretização de ideias e valores maiores, conectados à realidade social e revela a persistente e incansável atuação da Juíza Maria Isabel de Matos Rocha como agente de transformação por meio de ações concretas e com cunho eminentemente social.

Nessa nova e desafiadora empreitada, cara colega, com responsabilidade de atuar em uma Câmara Criminal é que a luta para a preservação da dignidade da pessoa humana deve prosseguir, mormente em favor daqueles que não tiveram respeitado o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório. Lembramos o genial poeta Luso, Fernando Pessoa: *“Quando se pensa ter chegado, aí é que sentimos que a luta vai começar”*.

Concluo minha breve saudação invocando o desejo – ainda latente – externado por nossa grande e terna amiga Marilza, em 1º.2.2007, por ocasião da posse do Desembargador João Carlos Brandes Garcia no exercício do cargo de Presidente deste Tribunal no biênio 2007/2008.

“Entretanto, lembro Vossas Excelências que, vivemos uma época de populismo, de demonstração de força, da necessidade de achatar o Poder Judiciário, na tentativa de subtrair a sua dignidade e diminuir o seu poder. Hoje..., por ser dia festivo, não falarei do Conselho Nacional de Justiça, nem das dificuldades por ele criadas, tampouco das campanhas direcionadas da mídia, muito menos dos escândalos nacionais que envergonham o povo brasileiro. Entendo que está na hora de o Poder Judiciário mostrar a sua face, explicando os seus atos aos jurisdicionados, de forma clara e simples, munindo a imprensa escrita e falada com as nossas decisões até para darmos resposta à sociedade, partindo em busca daquilo que nos é de direito, fazendo-o de cabeça erguida, não aceitando os meios ilegítimos de amordaçar-nos para evitar que expressemos nossas convicções nos temas que nos dizem respeito.”

Quando soube de sua promoção, Maria Isabel de Matos Rocha prestou a seguinte declaração:

“Meu objetivo é fazer um trabalho à altura da justiça estadual que está muito bem posicionada entre todos os tribunais do país em relação à celeridade e eficiência.” Vê-se, portanto, que não se trata de uma sucessão, mas de continuidade de bons propósitos, inerentes aos grandes magistrados.

Esperamos que a investidura em tão honrosa e árdua missão traga-lhe, diuturnamente, a sensação de dever cumprido e a tranquilidade de julgar, observando, mais do que códigos e normas legais, por vezes, obsoletas, a tão almejada dignidade da pessoa humana, depositada em suas mãos a partir desse honroso momento, pois a vida de um magistrado se harmoniza com as suas decisões. E ele será julgado por sua jurisprudência!

Por seu reconhecido desempenho, Des^a Maria Isabel de Matos Rocha, temos certeza de que a sua trilha será calçada na manutenção do equilíbrio e na magnitude em busca da tão sonhada Justiça.

SEJA MUITO BEM VINDA!

Muito Obrigada!

DISCURSO DA DES^a MARIA ISABEL DE MATOS ROCHA POR OCASIÃO DA POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADORA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL

Aos trinta e um dias do mês de outubro do ano de dois mil e treze.

Exmo. Presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Hildebrando Coelho Neto; Exmo. governador do Estado, André Puccinelli, e Exma. deputada Mara Caseiro, representando o presidente da Assembleia Legislativa.

Autoridades que representam os três poderes do nosso Estado e, em nome dos quais saúdo as outras dignas autoridades que compõem a mesa, e as demais autoridades presentes já citadas pelo cerimonial. Ilustres desembargadores deste Tribunal, colegas magistrados e membros do Ministério Público, advogados, membros das procuradorias e da defensoria pública; professores das instituições de ensino, servidores do Poder Judiciário, senhores representantes dos meios de comunicação, caros presentes e amigos.

Difícil falar para agradecer tantas palavras generosas da Des^a Tânia Borges, exemplo de magistrada que abrilhanta este Tribunal. Agradeço também as palavras do procurador Mauri Valentim Ricciotti, orador gentil, que enobrece a justiça de nosso Estado; da advogada Raquel de Paula Magrini Sanches, representando o presidente da OAB/MS, e da Corregedora-Geral Auristela Machado Vidal, que representa a Defensoria Pública.

Este é o momento de dizer algumas palavras. Palavras para reafirmar o compromisso com a magistratura assumido tantos anos atrás, quando a sociedade era outra e seu Poder Judiciário, outro também.

Com o maior acesso à justiça, veio a necessidade de uma justiça mais ágil. E o Poder Judiciário deste Estado se modernizou, com projetos como os pioneiros Juizados Especiais, a Justiça Comunitária e Itinerante, as Varas de Violência Doméstica. Não é só o cidadão que se beneficia, mas juízes também, porque vão onde o povo está, atuam em ambientes mais informais, apreendem melhor o contexto social, passam a usar um vocabulário mais simples. É a justiça despida de formalidades e ritos complexos, a justiça que o povo entende.

Essa justiça exige agora um novo perfil de juiz. Além de conhecer o Direito, terá de interagir com as pessoas, às vezes sem a intermediação de um advogado. Terá de ser um pouco psicólogo, sociólogo, antropólogo, advogado.

Precisará o juiz do século 21 exercitar a transparência do seu trabalho, que deve expor à mídia, pois a sociedade tem o direito de ser informada.

Este é um momento de histórica visibilidade do Poder Judiciário, chamado a julgar pessoas dos mais altos escalões, empresários, banqueiros e políticos. Durante três meses a mídia expôs como nunca o poder dos juízes e também a responsabilidade que vem com esse poder. A mídia desempenhou um papel de alta relevância, expondo a riqueza do diálogo e da divergência de opiniões, a humanidade na consideração da situação única de cada réu, a humildade na ratificação de votos e mesmo a preocupação de explicar teses jurídicas em linguagem mais acessível à sociedade, e não foi por acaso que os ministros do STF recorreram à literatura e à poesia em muitos momentos.

São habilidades e posturas exigidas do juiz pós-moderno, que deve ter em sua bagagem muita mais que códigos e leis.

E a principal companheira de caminhada é a crença nas instituições e na justiça. Isso inclui acreditar no próprio Poder Judiciário, o que parece óbvio, mas cada vez é menos óbvio, sobretudo nos tempos atuais em que assistimos a discursos não legitimadores desse Poder, alguns deles porventura eivados do propósito de controlar, e pela desqualificação. Muito grave é que os próprios juízes se autodesacreditem, desesperando que o Poder Judiciário seja capaz de ajudar a construir uma pátria mais gentil com seus filhos, acolhendo crianças e idosos abandonados e maltratados, igualando direitos históricos desiguais de fato pela cor, pelo gênero, pelo credo, pela origem social, pela conta bancária. Essa crença nunca poderá nos faltar.

O resto é curso de Direito, formação técnica, enfim, tudo inútil sem essa crença.

E por último o mais importante: o olhar humano. Porque precisamos concretizar o artigo primeiro da Constituição: a dignidade humana. E como fazer isso? A receita é simples: "conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, conheça todas as leis. Mas ao tocar uma alma humana, seja apenas outra alma humana".

É quase como disse Lima Duarte a respeito do papel do ator que tenta entender o seu personagem: é preciso ter a sabedoria de ignorar originais certezas, abrir espaço em meio a nossos preconceitos e opiniões para permitir com cautela a compreensão de outro. Às vezes são rostos que vimos uma vez, meia vez, nenhuma vez, mas eles nos tiram o sono, nos acompanham pelas ruas, carregamos por um tempo sua história, seus atos, seus dramas, seus desejos e suas mágoas, pois eles os depositaram em nós em falas sofridas. Somos intermediários no caminho para seus direitos.

E os direitos mais pungentes são os das crianças.

Rubem Alves dizia de sua perplexidade quanto a estes pequenos seres, que ele visualizava num elevador lotado. Uma criança no chão do elevador espremida entre os adultos deve imaginar que eles são enormes torres, gigantes assustadores, com poderes imensos, adultos onipotentes. Ora senhores, este elevador lotado é uma metáfora do Brasil, onde se acotovelam milhões e todos querem ser felizes.

Como dizia João Guimarães Rosa: Uma coisa é por ideias arranjadas, outra é lidar com pais de pessoas, de carne e sangue, de mil e tantas misérias... Tanta gente – dá susto se saber – e nenhum sossega: todos nascendo, crescendo, se casando, querendo colocação de megaemprego, comida, saúde, riqueza, ser importante, querendo chuva de negócios bons... De sorte que "carece de se escolher..."

Esta criança neste nosso grande elevador lotado perturba a nós, adultos. Afinal, o fazemos com todo esse nosso poder, que ainda não fomos capazes de secar as lágrimas de tantas crianças vítimas mergulhadas na tristeza?

Num desses romances, o escritor moçambicano Mia Couto desabafa que este mundo cruel não está para meninices e seus pequenos personagens desanimam de viver e se queixam: "Que valia ser criança se lhe faltava a infância?"

Às vezes um homem quer se recusar a comover-se. Mas como passar ao largo do olhar sofrido das crianças que tiveram a infância roubada? Juízes da infância não desviam o olhar, porque são eles que têm de abrir portas para estas crianças. Para todas elas, até para as que chegaram na sexta-feira à tarde, no último minuto de sua paciência e forças. Porque para elas não deve haver hora que seja tarde demais, nem lugar que seja tão longe ou tão difícil.

E este juiz da infância tem de agir rápido, pois é efêmera a infância e também efêmero o tempo fugidio de decidir a vida de crianças. E por isso despertamos no meio da madrugada porque há pensamentos em nossa cabeça que exigem ser pensados, e logo o chamado da urgência mais urgente exigirá uma ação. Às vezes saímos por aí sob o império da justa indignação em favor das crianças. Mas muitas vezes precisamos nos distanciar um pouco, aquietar e esfriar as emoções para entender que não importa o quanto você se importe, algumas pessoas simplesmente não se importam, e com essas será necessário você reduzir expectativas e entender que elas e você precisam de tempo. Pois é vago e nebuloso o começo de todas as coisas, mas você já começou sua jornada de mil milhas com o pedaço de chão debaixo do seu pé (palavras de Lao Tsé) e isso para você deve ser suficiente.

Muitas mais vezes do que desejamos, precisaremos constatar como disse Mia Couto que... e ainda não há o sol brilhando para todas as crianças.

Então juízes precisarão ter algumas certezas, por exemplo, saber que é preciso acabar com a infância roubada e, para sempre e, de uma vez por todas. E então faremos algo a respeito. Podemos iniciar toscas obras que o tempo efêmero fará inacabadas para nós, talvez pontos de partida para outros que virão. Com a esperança que os fracassos sejam rascunhos ou reticências que preparam vitórias do futuro. Com a certeza de quem pode mais deve fazer muito mais.

Mas hoje o chamado é para fazer parte deste Tribunal, com a responsabilidade de dizer uma segunda palavra àqueles que depositam em nossas mãos a sua vida, saúde, liberdade, família, intimidade, honra, e aqui se expõem trazendo seus mais caros sonhos e mágoas.

No Tribunal, a resposta será construída pelo exercício do diálogo e da humildade, pois aqui será o momento de nos despirmos de algo que fazíamos repetidas vezes – julgar sozinhos.

Dizem que a excelência não é um ato, mas um hábito, repetir uma ação muitas vezes até a perfeição. Porém isto não pode ser assim quanto ao cidadão que procura a justiça. Ele precisa muito mais de diálogos socráticos do que de juízes robôs, dentro de engrenagens mecânicas repetindo julgamentos sem maior reflexão. Hoje usamos computadores para produzir serviços em vez das destrozadeiras de algodão que produziam bens na revolução industrial, mas o perigo da automação é o mesmo. Terrível imaginar que o ser humano juiz possa ser refém desse mecanismo moderno representado pela facilidade de copiar e colar ideias alheias, ou de repetir as suas sem se dar a oportunidade de mudar. Porque a sociedade muda a todo o instante.

O maior perigo é ficar preso a uma ideia feita mesmo quando está claro que ela é errada. Afinal é uma ideia que construímos às vezes a duras penas. Como abandoná-la? É penoso começar do zero.

Mas é preciso sim exercitar o desapego, e dos colegiados da Justiça o exercício é feito com os votos divergentes. Eles podem parecer irritantes, mas não, são fundamentais. O dissidente que impede a unanimidade, desafia os demais para um exercício de humanidade. Eventualmente o voto dissidente faz mudar os demais, mas ainda não ocorre isso, ele traz uma nova perspectiva ao debate, cumpre o papel de qualificar a decisão majoritária, pois esta maioria terá de justificar para efetuar as objeções. A longo prazo o voto divergente pode fazer mudar as leis.

Há 27 anos, fui a quarta mulher magistrada, hoje serei a quarta mulher desembargadora, para ajudar a realizar essas respostas. Responsabilidade maior, perante a biografia das mulheres que dignificam este Tribunal, desde a Dra. Tânia Borges, que, sem prejuízo de sua reconhecida competência, suaviza com sua figura gentil os ambientes formais por onde transitamos, até à primeira Desembargadora, Dra. Dagma Paulino dos Reis, pioneira em desbravar espaços tradicionalmente masculinos. Com uma palavra especial para a respeitada Desembargadora que deixou a vaga que vou ocupar, Dra. Marilza Fortes que no nome

trazia já a coragem que foi marca da sua vida. Será coincidência ou um sinal, uma mulher que parte, e outra que chega logo em seguida, com a responsabilidade de honrar essa ausência. Na pessoa delas, minha homenagem a todas as colegas magistradas.

É o momento de dizer palavras de agradecimento a cada servidor que a meu lado trabalhou, e o faço na pessoa da Greice, Célia e Marianna, de sorrisos francos e corações enormes embelezando sua dedicação profissional.

Impossível agradecer a tantos psicólogos e assistentes sociais, quer os que atuam no Poder Judiciário como tantos outros incansáveis e dedicados das Secretarias Estadual e Municipal. Agradeço a todos na pessoa da Maria Auxiliadora, ela que nasceu no dia da Adoção e cumpriu a sina do seu nome de auxiliar com dedicação, cuidado e zelo os que estavam mergulhados em desamparo afetivo e material.

Meu muito obrigada às pessoas da sociedade civil, que apoiaram as crianças. Pastora Joelma, receba o meu braço em nome de todos eles. Com certeza a senhora trouxe Deus para o nosso lado nos momentos mais difíceis, pois Ele nunca poderia deixar de ouvir suas orações.

A cada promotor de justiça, defensor público e advogado, agradeço a parceria leal e respeitosa e cumprimento todos na pessoa da Procuradora Dra. Ariadne e da Defensora Dra. Renata.

Quero cumprimentar os colegas magistrados na pessoa do Dr. Olivar Coneglian, incansável Presidente da Amansul, que renova nossas esperanças na necessária valorização da magistratura e do Dr. Joenildo Souza Chaves, por seu olhar em defesa dos direitos da infância.

Abraço todos os amigos na pessoa da amiga Elizabete Dias Marques. Muito mais que uma amiga, como uma irmã.

E chego ao final para envolver no mesmo abraço apertado os meus queridos mais queridos: minhas irmãs Lena e Gina, companheiras da doce e descuidada infância, Tó e Zé, como irmãos mais velhos que deixaram saudade e um aperto no coração, e todos os seus filhos, sobrinhos que alegraram minha juventude com sua graciosa meninice.

Nesse mesmo abraço meu marido Miguel Angel, com quem compartilhei sonhos e uma vida inteira, nossos filhos Sara Cristina e Vítor André, estes sim os melhores sonhos realizados, e o presente mais precioso que o Brasil me deu. Que Deus continue lhes protegendo.

A gratidão maior é para minha mãe Maria Alice que tudo me deu e a quem nada dei. E a saudade imensa para o meu pai Armando que tão cedo partiu, mas que foi capaz de deixar, no lugar que era pra ser o mais cruel vazio, a lembrança do seu sorriso largo e das canções cantadas em viagens pelas poeirentas estradas de Moçambique. Canções que ainda hoje embalam lembranças da criança feliz que eu fui, graças a eles.

Fernando Sabino disse o seguinte: “De tudo ficam três coisas: A certeza de que estaremos sempre começando, a certeza de que é preciso continuar, e a certeza de que seremos interrompidos antes de terminar”.

O meu desejo é que, nesse meio tempo, seja eu capaz de honrar o cargo que vou ocupar.

Muito obrigada a todos.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação n. 0017395-12.2011.8.12.0001	040
Mandado de Segurança n. 0600098-09.2012.8.12.0000	051
Agravo de Instrumento n. 0600875-91.2012.8.12.0000	055

Divoncir Schreiner Maran

Apelação n. 0024311-82.1999.8.12.0001	063
Agravo Regimental n. 0042835-10.2011.8.12.0001/50000	067
Apelação n. 0051574-69.2011.8.12.0001	073

Dorival Renato Pavan

Apelação n. 0037986-29.2010.8.12.0001	077
Apelação n. 0043273-36.2011.8.12.0001	109
Embargos Infringentes n. 0371561-23.2008.8.12.0001/50000	114

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação n. 0000630-54.2011.8.12.0004	126
Apelação n. 0003033-68.2012.8.12.0001	134
Apelação n. 0012526-69.2012.8.12.0001	140

João Maria Lós

Apelação n. 0000200-04.2010.8.12.0048	145
Apelação n. 0001472-04.2011.8.12.0014	156
Apelação n. 0381042-10.2008.8.12.0001	160

Joenildo de Sousa Chaves

Apelação n. 0005521-73.2011.8.12.0019	171
Apelação n. 0117462-58.2006.8.12.0001	175
Apelação n. 0354008-60.2008.8.12.0001	178

Josué de Oliveira

Apelação n. 0001262-02.2010.8.12.0009	183
Apelação n. 0003110-94.2010.8.12.0018	192
Apelação n. 0006692-56.2010.8.12.0001	201

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação n. 0003823-23.2010.8.12.0001	206
Apelação n. 0007393-80.2011.8.12.0001	210
Apelação n. 0202187-85.2009.8.12.0029	215

Julizar Barbosa Trindade

Apelação n. 0008535-90.2009.8.12.0001	218
Apelação n. 0033411-75.2010.8.12.0001	221
Apelação n. 0101932-06.2009.8.12.0002	225

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação n. 0005753-42.2011.8.12.0001	229
Apelação n. 0017495-30.2012.8.12.0001	233
Apelação n. 0019834-93.2011.8.12.0001	236
Apelação n. 0053308-55.2011.8.12.0001	243

Marco André Nogueira Hanson

Apelação n. 0006932-48.2011.8.12.0021	247
Apelação n. 0374776-07.2008.8.12.0001	253
Mandado de Segurança n. 1600062-07.2012.8.12.0000	261

Marcos José de Brito Rodrigues

Agravo n. 0022677-97.2012.8.12.0000	266
Agravo Regimental n. 0025855-54.2012.8.12.0000/50000	269
Agravo Regimental n. 0804090-25.2011.8.12.0001/50000	272

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação n. 0005456-40.2008.8.12.0001	276
Apelação n. 0009525-50.2011.8.12.0021	284
Mandado de Segurança n. 0601580-89.2012.8.12.0000	290

Paschoal Carmello Leandro

Mandado de Segurança n. 0016835-39.2012.8.12.0000	299
Mandado de Segurança n. 0601565-23.2012.8.12.0000	310
Agravo de Instrumento n. 0602598-48.2012.8.12.0000	317

Rubens Bergonzi Bossay

Apelação n. 0000421-65.2009.8.12.0001	322
Apelação n. 02.2010.8.12.0002006736-7	327
Apelação n. 0025679-09.2011.8.12.0001	332

Sérgio Fernandes Martins

Apelação n. 0050618-87.2010.8.12.0001	335
Embargos de Declaração n. 0103491-14.2008.8.12.0008/50000	340
Apelação n. 0800761-05.2011.8.12.0001	344

Sideni Soncini Pimentel

Apelação n. 0000017-13.2007.8.12.0024	347
Apelação n. 0002058-57.2007.8.12.0054	354
Agravo Regimental n. 0063493-26.2009.8.12.0001/50000.....	358

Tânia Garcia de Freitas Borges

Agravo Regimental n. 0012361-24.2009.8.12.0002/50000.....	365
Agravo n. 0048931-44.2011.8.12.0000.....	370
Agravo n. 0318820-43.2007.8.12.0000	374

Vladimir Abreu da Silva

Apelação n. 0007683-12.2009.8.12.0019	378
Apelação n. 0129341-91.2008.8.12.0001	382
Apelação n. 0363036-52.2008.8.12.0001	388

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000002-31.2012.8.12.0004/50000.....	392
Recurso em Sentido Estrito n. 0047118-76.2011.8.12.0001	396
<i>Habeas Corpus</i> n.0602496-26.2012.8.12.0000	400

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação n. 0000624-79.2010.8.12.0037	403
<i>Habeas Corpus</i> n. 0604303-81.2012.8.12.0000	407
<i>Habeas Corpus</i> n. 0604346-18.2012.8.12.0000	413

João Carlos Brandes Garcia

<i>Habeas Corpus</i> n. 0021364-04.2012.8.12.0000	417
Apelação n. 0063899-76.2011.8.12.0001	420
<i>Habeas Corpus</i> n. 0600325-96.2012.8.12.0000	423

Manoel Mendes Carli

Apelação n. 0001197-87.2008.8.12.0005	427
<i>Habeas Corpus</i> n. 0602094-42.2012.8.12.0000	433
Conflito de Jurisdição n. 1600061-22.2012.8.12.0000	438

Maria Isabel de Matos Rocha

Apelação n. 0001117-61.2006.8.12.0016.....	444
Apelação n. 0050903-46.2011.8.12.0001	449
Apelação n. 0059711-40.2011.8.12.0001.....	454

Romero Osme Dias Lopes

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000839-18.2010.8.12.0017/50000.....	457
<i>Habeas Corpus</i> n. 0023840-15.2012.8.12.0000	475
<i>Habeas Corpus</i> n. 0602935-37.2012.8.12.0000	478

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação n. 0000001-87.2012.8.12.0055	481
Apelação n. 0000861-65.2009.8.12.0032	488
Apelação n. 0001957-51.2009.8.12.0021	492

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Abandono processual

Ação de busca e apreensão. Não caracterizado. Ausência de intimação. Advogado. Prazo de 30 dias. Necessidade (0008535-90.2009.8.12.0001).....218

Ação de alimentos

Ex-mulher. Necessidade de subsistência. Dependência econômica. Não comprovação (0800761-05.2011.8.12.0001)344

Ação de cobrança

Contrato. Seguro de vida. Cláusula limitativa. Cobertura exclusivamente da morte acidental. Exclusão da morte natural. Indenização indevida (0042835-10.2011.8.12.0001/50000).....067

Expurgos inflacionários. Prescrição. Prazo vintenário. Plano verão. Índice de correção monetária (0381042-10.2008.8.12.0001)160

Locação de imóvel. Rescisão contratual. Deterioração do bem. Danos materiais. Devidos. Alteração do termo do contrato. Comprovado (0129341-91.2008.8.12.0001)382

Taxa condominial. Prescrição. Art. 205 do Novo Código Civil/2002. 10 anos. Juros. 1% ao mês (0012526-69.2012.8.12.0001)140

Ação de obrigação de fazer

Aquisição de veículo. Transferência de documentação. Não ocorrência. Infrações cometidas. Carteira Nacional de Habilitação. Transferência do veículo junto ao Detran (0363036-52.2008.8.12.0001)388

Cirurgia. Solidariedade. Reconhecida. Dever de garantir a saúde. Bloqueio de verbas públicas. Possibilidade (0003110-94.2010.8.12.0018).....192

Tratamento médico fora do domicílio. Transporte especial. Táxi. Dever do Estado. Restituição dos valores comprovados nos autos (0374776-07.2008.8.12.0001)253

Ação de reintegração de posse

Exceção de domínio. Impossibilidade. Imóvel desocupado. Irrelevante. Ausência de dúvida sobre o fato da posse (0002058-57.2007.8.12.0054).....354

Ação inibitória

Repetição de indébito. Cobrança. PIS. COFINS. Repassados nas faturas de energia elétrica. Possibilidade. (0050618-87.2010.8.12.0001).....335

Ação regressiva

Seguro. Acidente de veículo. Apólice. Comprovação da existência de contrato. Responsabilidade de terceiro. Ocorrência do sinistro (0101932-06.2009.8.12.0002).....225

Adicional noturno

Servidor público municipal. Vigia. Previsão do direito na lei orgânica municipal. Reflexos. Devidos (0000200-04.2010.8.12.0048).....145

Adjudicação

Bem penhorado. Credor hipotecário. Preclusão lógica. Intimação. Alienação proposta por terceiro. Improcedente. Alienação a preço vil. Inocorrência (0600875-91.2012.8.12.0000)055

Cautelar de arresto

Liminar. Ausência de justificação prévia. Oferecimento de caução. Art. 816, do CPC (0025855-54.2012.8.12.0000/50000)269

Concurso público

Nomeação. Tornada sem efeito. Publicação na imprensa oficial. Ausência de comunicação pessoal ao interessado. Reabertura do prazo para a posse. Princípio da razoabilidade (1600062-07.2012.8.12.0000)..... 261

Embargos à execução

Acolhidos. Prescrição intercorrente. Necessidade de intimação pessoal do exequente. Prescrição afastada (0001262-02.2010.8.12.0009).....183

Contrato de locação. Alugueres. Fiança. Falta de anuência do garante. Prorrogação do contrato por prazo indeterminado. Exoneração automática do fiador. Impossibilidade (0051574-69.2011.8.12.0001)073

Embargos de terceiro

Execução. Penhora. Venda do imóvel. Má fé do adquirente. Fraude à execução (0003033-68.2012.8.12.0001)..... 134

Penhora sobre imóvel. Garantia hipotecária. Alienação do bem. Posse anterior à inscrição no registro imobiliário. Poder de seqüela (0371561-23.2008.8.12.0001/50000)..... 114

Execução de alimentos

Penhora de bens móveis que guarnecem a residência do executado. Possibilidade. Exceção prevista na Lei 8.009/90 (0022677-97.2012.8.12.0000)266

Execução fiscal

Prescrição intercorrente. Decretação de ofício. Possibilidade. Inércia por mais de seis anos (0024311-82.1999.8.12.0001)063

Honorários

Ação de cobrança. Causa de pequeno valor. Condenação em percentual. Majoração (0017495-30.2012.8.12.0001) 233

Embargos à execução. Ação previdenciária. Honorários contratuais fixados em 30% do proveito econômico. Ausência de limitação. Tabela da OAB (0007683-12.2009.8.12.0019)378

Imposto

ICMS. Aquisição de mercadorias por meio de internet. Operações interestaduais. Incidência da alíquota interestadual (0016835-39.2012.8.12.0000)	299
ISSQN. Serviço de informática. Competência. Cobrança. Local do estabelecimento do prestador (0033411-75.2010.8.12.0001)	221
ISSQN. Serviços notariais. Natureza pessoal da atividade. Não reconhecida pelo STJ. Jurisprudência pacificada. Alíquota fixa. Impossibilidade (0063493-26.2009.8.12.0001/50000).....	358

Indenização

Busca e apreensão de veículo. Danos materiais e morais. Comprovados. Indenização devida (0007393-80.2011.8.12.0001)	210
Constrangimento na entrada da instituição de ensino. Matrícula atrasada. Dano moral. Indenização devida. Quantum indenizatório mantido (0025679-09.2011.8.12.0001).....	332
Detran. Cadastro de liberação de veículos. Perda de venda. Restrição. Dano moral. Não configurado. Mero aborrecimento. Indenização indevida (0202187-85.2009.8.12.0029)	215
Furto de veículo. Estacionamento de supermercado. Dano material. Responsabilidade. Dano moral. Não comprovação (0005456-40.2008.8.12.0001)	276
Imóvel locado. Demolido. Construção de benfeitorias. Indenização devida. Lucros cessantes. Não comprovados (0103491-14.2008.8.12.0008/50000)	340
Indeferimento de matrícula. Indisciplina da aluna. Recusa justificada do colégio. Ausência de danos morais (0005753-42.2011.8.12.0001).....	229
Inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes. Dano moral presumido. Quantum mantido. Indenização devida (0001472-04.2011.8.12.0014)	156
Morte de bebê em creche municipal. Omissão do poder público. Responsabilidade subjetiva. Dano moral configurado. Dano material. Pensionamento (0000630-54.2011.8.12.0004)	126
Prisão ilegal. Pensão alimentícia. Falha do serviço público. Dano moral. Indenização devida (0003823-23.2010.8.12.0001)	206
Veículo usado vendido com garantia. Necessidade de reparos constantes. Período sem utilização pelo adquirente. Dano moral. Indenização devida (0006692-56.2010.8.12.0001).....	201

Inventário

Arrolamento sumário. Isenção de ITCD. Bem móvel. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Competência. Autoridade administrativa (0019834-93.2011.8.12.0001).....	236
---	-----

Mandado de Segurança

Auxílio alimentação. Magistrados inativos. Proventos de aposentadoria. Paridade plena. Segurança negada (0601580-89.2012.8.12.0000)	290
---	-----

Emissão de certificado de conclusão do ensino médio. Candidato menor de 18 anos. Aprovação no ENEM e em vestibular. Direito líquido e certo. Ordem concedida (0600098-09.2012.8.12.0000)051

Licença para exercer atividade em bar com música ao vivo. Estabelecimento localizado em área não permitida. Princípio da legalidade. Exercício do poder de polícia (0043273-36.2011.8.12.0001) 109

Matrícula de menor estrangeiro. Escola da rede estadual de ensino. Ausência de visto de estrangeiro. Mera irregularidade. Acesso à educação. Dever do estado (0005521-73.2011.8.12.0019) 171

Notificação extrajudicial

Constituição em mora. Ação de busca e apreensão. Necessidade. Cartório de Títulos e Documentos. Protesto do título. (0804090-25.2011.8.12.0001/50000)272

Penhora

Cumprimento de sentença. Hospital. Repasse do SUS e particulares. Verbas públicas. Impossibilidade. Penhora de 30% sobre verbas particulares (0318820-43.2007.8.12.0000).....374

Execução fiscal. Proventos da aposentadoria. Impenhorabilidade. Fraude à execução. Inocorrência. Bem móvel adquirido de boa-fé (0602598-48.2012.8.12.0000)317

Plano de saúde

Internação em hospital de rede não conveniada. Emergência. Possibilidade (0117462-58.2006.8.12.0001 175

Recusa na liberação de tratamento. Impossibilidade. CDC. Hipossuficiência do consumidor. Desvantagem. Prescrição do médico especialista responsável pelo paciente (0000421-65.2009.8.12.0001).....322

Reembolso de despesas médicas. Tratamento em hospital não conveniado. Cláusula contratual. Dano moral. Indenização indevida (0017395-12.2011.8.12.0001).....040

Rescisão de contrato

Inadimplência do promitente comprador. Multa contratual. Taxa de fruição (0053308-55.2011.8.12.0001)..... 243

Prescrição

Ação de cobrança. Seguro. Prazo. Ânua. Termo inicial. Incapacidade laboral. Prejudicial acolhida (0354008-60.2008.8.12.0001)..... 178

Responsabilidade civil

Abandono afetivo do filho. Pais separados. Direito do filho ao convívio familiar. Abalo psicológico. Dano moral. Indenização devida (0037986-29.2010.8.12.0001)077

Queda de mercadoria em cima de cliente em supermercado. Negligência caracterizada. Dano moral. Indenização devida (0006932-48.2011.8.12.0021).....247

Retificação de registro público

Alteração da data de nascimento. Erro não comprovado. Certidão de batismo. Ausência de testemunha e de outros documentos. Prova insuficiente (0012361-24.2009.8.12.0002/50000)365

Seguro – DPVAT

Cobrança. Morte de nascituro. Acidente de trânsito. Indenização devida. Correção monetária (0000017-13.2007.8.12.0024)347

Seguro de veículo

Cláusula limitadora. Cobertura. Conductor sob efeito de álcool. CDC. Aplicação. Danos material e moral. Indenização indevida (0009525-50.2011.8.12.0021).....284

Seguro de vida

Ação de cobrança. Período de carência. CDC. Tempo excessivo. Cláusula abusiva. Aplicação do princípio da boa-fé (02.2010.8.12.0002006736-7)327

Servidor público

Nomeação para cargo em comissão no mesmo órgão. Suspensão do estágio probatório. Ato ilegal. Direito líquido e certo violado. Segurança concedida (0601565-23.2012.8.12.0000).....310

Tributário

ITCMD. Atraso na abertura do inventário. Multa. Isenção do contribuinte. Inaplicabilidade da multa (0048931-44.2011.8.12.0000).....370

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Conflito negativo de competência

Estupro de vulnerável. Namorados. Ausência de violência. Discriminação de gênero. Competência. Vara criminal (1600061-22.2012.8.12.0000)438

Crime ambiental

Pesca predatória. Uso de tarrafa. Princípio da insignificância. Atipicidade material da conduta. Absolvição (0001197-87.2008.8.12.0005).....427

Embriaguez ao volante

Alegada atipicidade da conduta. Não acolhimento. Desnecessidade de comprovação de perigo concreto. Crime de perigo abstrato (0000624-79.2010.8.12.0037).....403

Execução penal

Unificação de penas. Fixação em regime mais grave sem oitiva do condenado. Ilegalidade. Concessão da ordem. Decisão anulada (0021364-04.2012.8.12.0000).....417

Furto

Cheques em branco. Crime-meio. Absolvido pelo estelionato (0000861-65.2009.8.12.0032).....488

Furto qualificado

Concurso de pessoas. Indeferimento da liberdade provisória. Hippies. Sem paradeiro fixo. Insuficiência para fundamentação. Constrangimento ilegal caracterizado (0604346-18.2012.8.12.0000)413

Habeas corpus

Nulidade da sentença. Violação a ampla defesa. Designação de defensor público. Ausência de intimação ao advogado constituído. Defesa formal. Atos nulos de pleno direito. Ordem concedida (0023840-15.2012.8.12.0000)475

Prisão civil. Pensão alimentícia. Circunstâncias que justificam a soltura do paciente. Ordem concedida (0602935-37.2012.8.12.0000).....478

Homicídio culposo

Trânsito. Criação de risco. Embriaguez não demonstrada. Autocolocação em situação de risco. Imputação objetiva. Fato atípico. Absolvição (0000839-18.2010.8.12.0017/50000)457

Homicídio simples

Pena-base. Atenuante. Confissão espontânea. Diminuição da pena ao mínimo legal (0001957-51.2009.8.12.0021)492

Lesão corporal

Violência doméstica. Suspensão da designação de audiência. Natureza incondicionada da ação penal. Necessidade de regular prosseguimento do feito (0047118-76.2011.8.12.0001)396

Menor

Medida de internação. Reavaliação fora do prazo. Laudo psicológico. Progressão de medida socioeducativa. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada (0602094-42.2012.8.12.0000)433

Porte de arma de fogo

Modificação do regime. Ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Regime de pena aberto. Reincidência sem outros fatores (0000001-87.2012.8.12.0055)481

Pena. Compensação. Agravante da reincidência. Atenuante da confissão espontânea. Possibilidade. Alteração de regime prisional. Impossibilidade. Réu reincidente (0063899-76.2011.8.12.0001)420

Pretendida absolvição. Alegada atipicidade. Arma desmuniada. Prova da autoria e da materialidade. Crime de perigo abstrato (0001117-61.2006.8.12.0016)444

Prisão preventiva

Ameaça. Estupro. Desobediência. Revogação da custódia preventiva. Risco concreto de reiteração criminosa. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância (0604303-81.2012.8.12.0000).....407

Citação editalícia. Edital não publicado na imprensa oficial. Nulidade. Prisão preventiva ilegal. Ausência de motivação idônea. Ordem concedida (0600325-96.2012.8.12.0000)423

Tráfico de entorpecentes

Interestadualidade. Desnecessidade de transposição dos limites territoriais (0000002-31.2012.8.12.0004/50000)392

Pretendida redução da pena-base. Natureza. Grande quantidade de droga. Modificação do regime prisional. Semiaberto. Cabível. Substituição da pena por restritivas de direito. Impossibilidade (0050903-46.2011.8.12.0001)449

Valor apreendido. Pretendida restituição. Ausência de provas da ilicitude de sua origem. Devolução (0059711-40.2011.8.12.0001)454

Violência doméstica

Habeas corpus. Crimes apenados com detenção. Descumprimento de medidas protetivas. Não concessão (0602496-26.2012.8.12.0000)400