

REVISTA
TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TJMS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 35 - n. 191
Janeiro a Março de 2014



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 35 - n. 191 - Janeiro-Março de 2014

EXPEDIENTE

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

Ano 35, n. 191

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. 191 (2014)- . - Campo Grande:
Tribunal de Justiça, 2014 - .

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. Joenildo de Sousa Chaves

Vice-Presidente - Des. João Batista da Costa Marques

Corregedora-Geral de Justiça - Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Des. Eduardo Machado Rocha

Juiz Designado Vilson Bertelli

SUMÁRIO

Jurisprudência Cível	006
-----------------------------------	-----

Jurisprudência Criminal	366
--------------------------------------	-----

Noticiário	509
-------------------------	-----

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível.....	536
---------------------------	-----

Jurisprudência Criminal	539
-------------------------------	-----

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível.....	542
---------------------------	-----

Jurisprudência Criminal	547
-------------------------------	-----

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



2ª Câmara Cível
Apelação n. 0025080-41.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESPEJO – APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA – ADMINISTRADOR QUE AGIU COMO SÓCIO DA EMPRESA – VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS – PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO RECORRIDO – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, MS, 25 de fevereiro de 2014.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de Apelação Cível interposta por Posto Naviraí Ltda. contra sentença proferida na ação de Despejo movida por Simarelli - Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda.

A sentença julgou procedente os pedidos formulados na inicial e confirmou a liminar de despejo da requerida do imóvel objeto da demanda.

O apelante sustenta que o acordo assinado para a desocupação do imóvel não foi assinado pelos sócios da empresa, de modo que não tem validade jurídica, bem como que não é aplicável a teoria da aparência ao caso, pois inexistente dispositivo legal que leve a responsabilidade de atos praticados por “administradores de fato” para empresa que não participou, anuiu ou teve ciência desses atos.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, reintegrando a empresa na posse do imóvel, e condenação da apelada ao pagamento dos honorários advocatícios.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso.

VOTO

Des. Atapoã da Costa Feliz (Relator).

Trata-se de Apelação Cível interposta por Posto Naviraí Ltda. contra sentença proferida na ação de Despejo movida por Simarelli - Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda.

A sentença julgou procedente os pedidos formulados na inicial e confirmou a liminar de despejo da requerida do imóvel objeto da demanda.

O apelante sustenta que o acordo assinado para a desocupação do imóvel não foi assinado pelos sócios da empresa, de modo que não tem validade jurídica, bem como que não é aplicável a teoria da aparência ao caso, pois inexistente dispositivo legal que leve a responsabilidade de atos praticados por “administradores de fato” para empresa que não participou, anuiu ou teve ciência desses atos.

Não merece reformas a sentença atacada.

O apelante afirma não ser válido o acordo firmado para a desocupação do imóvel, visto que não foi assinado pelos sócios da empresa. Entretanto, consoante se verifica do contrato de locação celebrado e juntado às fls. 29-31 dos autos, o Sr. Antônio Sérgio da Silva figurava como sócio proprietário do Posto Naviraí Ltda.

Ainda que tenham ocorrido alterações contratuais e não mais figure como sócio da empresa, ele sempre atuou como gerenciador da mesma, conforme se observa do depoimento que ora se transcreve:

“Que foi funcionário da empresa autora(...) Que a pessoa que sempre tratava com a empresa autora era o senhor Sérgio. Que o depoente não tinha conhecimento que a empresa requerida estivesse em nome de outra empresa. Que todos os negócios com a empresa requerida eram tratados com o senhor Sérgio, que assinava os contratos. Que, se não se engana, a esposa de Sérgio participava da sociedade. Que quem tratava dos negócios da empresa requerida era somente o senhor Sérgio. Que às vezes falou com a esposa do senhor Sérgio sobre cobranças, mas relativamente a contratos as tratativas eram com o senhor Sérgio.” (f.181).

Assim, ao contrário do que defende o apelante, deve ser aplicada a teoria da aparência ao caso, pois, embora não seja mais sócio da empresa, ele aparentava ser, bem como agiu como se ainda fosse sócio, tanto que firmou o acordo para desocupação do imóvel, razão pela qual deve-se proteger terceiros que com ele firmaram negócios.

Nesse sentido é o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“A Teoria da Aparência tem a precípua finalidade de dar proteção a terceiros de boa-fé, bem como de emprestar segurança às relações jurídicas. Hipótese em que o fato de o administrador da pessoa jurídica ter firmado o contrato de prestação de serviços de análises clínicas, fazendo transparecer, ao preposto da ré, ser ele o titular do direito, ainda que não o fosse, torna válido o ato jurídico firmado, praticado com terceiro de boa-fé. INADIMPLEMENTO. ABATIMENTO, PORÉM, DE VALORES CUJOS PAGAMENTOS RESTARAM DEMONSTRADOS. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME.” (Apelação Cível n. 70053634267, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 25/04/2013).

Por fim, ressalta-se o fato que o Sr. Antônio Sérgio da Silva é cônjuge e pai das representantes legais da apelante, demonstrando a condição de chefe familiar e responsável pelos negócios da família.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, MS, 25 de fevereiro de 2014.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0061326-07.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PREVIDÊNCIA PRIVADA – CAPEMI – RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – DIREITO DO PARTICIPANTE AO RESGATE DAS PARCELAS PAGAS – SÚMULA 289 DO STJ – PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA – INVERSÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – RECURSO 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, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 9 de janeiro de 2014.

Des. Julizar Barbosa Trindade – em substituição legal.

RELATÓRIO

Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de apelação interposta por Adão Teotônio da Silva com relação à sentença proferida na Ação de Restituição de Contribuições ajuizada em face da Capemi - Caixa de Pecúlios, Pensões e Montepios – Beneficente.

A sentença consiste na improcedência dos pedidos do autor, condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 200,00, suspendendo a exigibilidade da verba por ser beneficiário da justiça gratuita.

O magistrado ressaltou também a ocorrência da prescrição quinquenal da pretensão do autor, com fundamento no art. 178, § 10, II do Código Civil de 1916 e da Súmula 291 do STJ.

O recorrente pede a reforma da sentença sob a alegação de que o juiz não reconheceu seu direito ao recebimento do valor total das contribuições vertidas durante o tempo em que esteve vinculado ao plano de previdência.

Alega que tem direito à restituição dos valores pagos, visto que o juízo *a quo* desconsiderou a legislação pertinente ao assunto, Lei n. 6.435/77, a qual prevê a legalidade do resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante. Aduz que a vedação ao resgate é totalmente ilegal e arbitrária.

Sustenta que o prazo prescricional aplicável ao caso é o previsto no art. 177 do antigo Código Civil, ou seja, de 20 anos, tendo em vista a natureza de ação pessoal.

Por fim, requer o reconhecimento do seu direito ao recebimento das contribuições vertidas durante o tempo em que esteve vinculado ao plano de previdência privada, acrescidas de juros e correção monetária, bem como a inversão dos ônus da sucumbência.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

Des. Atapoã da Costa Feliz (Relator).

Trata-se de apelação interposta por Adão Teotônio da Silva com relação à sentença proferida na Ação de Restituição de Contribuições ajuizada em face da Capemi - Caixa de Pecúlios, Pensões e Montepios – Beneficente.

A sentença consiste na improcedência dos pedidos do autor, condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 200,00, suspendendo a exigibilidade da verba por ser beneficiário da justiça gratuita.

O magistrado ressaltou também a ocorrência da prescrição quinquenal da pretensão do autor, com fundamento no art. 178, § 10, II do Código Civil de 1916 e da Súmula 291 do STJ.

O recorrente pede a reforma da sentença sob a alegação de que o juiz não reconheceu seu direito ao recebimento do valor total das contribuições vertidas durante o tempo em que esteve vinculado ao plano de previdência.

Alega que tem direito à restituição dos valores pagos, visto que o juízo *a quo* desconsiderou a legislação pertinente ao assunto, Lei n. 6.435/77, a qual prevê a legalidade do resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante. Aduz que a vedação ao resgate é totalmente ilegal e arbitrária.

Sustenta que o prazo prescricional aplicável ao caso é o previsto no art. 177 do antigo Código Civil, ou seja, de 20 anos, tendo em vista a natureza de ação pessoal.

Por fim, requer o reconhecimento do seu direito ao recebimento das contribuições vertidas durante o tempo em que esteve vinculado ao plano de previdência privada, acrescidas de juros e correção monetária, bem como a inversão dos ônus da sucumbência.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

Consta dos autos que o recorrente aderiu ao plano de Pecúlio da CAPEMI em julho de 1994 (Plano Melhor II, n. 120005076000 – fls. 61), no qual previa o pagamento de pensão mensal aos beneficiários indicados na apólice, em caso de morte do contratante.

O contrato adveio originalmente do plano de pecúlio n. 688.593/3, aderido em junho de 1967. Em meados de setembro de 1986 o autor subscreveu ao *Plano de Pecúlio I*, de n. 3.780.546/2, também em caso de óbito.

Posteriormente, em dezembro de 1990, aderiu ao contrato n. 6.014.056/3, denominado *Plano Pecúlio I - Plano Melhor*, consistente em duas operações simultâneas e vinculadas:

“1- contratação do Plano Pecúlio I em regime de repetição simples, com valor do benefício maior que o plano anterior e,

2- saldamento do plano de origem (Pecúlio contrato n. 688.593/3), com renúncia dos benefícios previstos no regulamento e garantia do Pecúlio Saldado com Cobertura Vitalícia, mensalmente corrigido.”

Já em julho de 1994 contratou o *Plano Melhor II*, de n. 120005076000, resilindo os planos anteriores.

Ocorre que, em 22.02.2001 o autor solicitou a rescisão desse plano, sendo informado que seus beneficiários teriam direito somente ao Pecúlio Saldado, cujo valor em janeiro de 2008 correspondia a R\$ 983,55, e nada mais, por força de disposição contratual.

Na época, sustentou a CAPEMI que a devolução das contribuições pagas pelo autor ensejaria seu enriquecimento ilícito, visto que enquanto pagava as prestações, encontrava-se coberto do risco de morte.

Dessa maneira, recusou administrativamente a devolução dos valores pagos pelo autor sob o argumento de inexistência de pretensão de restituição à participante excluído do plano.

No entanto, verifica-se que no contrato havia o plano de pensão e também o pecúlio, segundo afirmação da própria recorrida (fls. 40), que caracteriza o contrato como espécie de seguro e, por isso, garante-se a restituição dos valores pagos.

A possibilidade de restituição das contribuições pagas já restou pacificada com a edição da Súmula n. 289 do Superior Tribunal de Justiça que proclamou que o participante tem direito à restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada, devidamente corrigidas.

Portanto, fica evidente a abusividade da cláusula contratual que prevê perda parcial ou total das parcelas pagas, além de que afronta o Artigo 122 do Código Civil, pois a não restituição desses valores acarretaria o enriquecimento ilícito da recorrida.

Sobre a questão, esta Câmara Cível já decidiu na Apelação n. 0015006-59.2008.8.12.0001, julg. em 23/04/2013:

“PROCESSUAL CIVIL – PREVIDÊNCIA PRIVADA – CAPEMI – PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA – RESCISÃO CONTRATUAL – DEVOUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS – DIREITO DO PARTICIPANTE – RECURSO IMPROVIDO.”

“E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS PAGAS – CAPEMI – PREVIDÊNCIA PRIVADA – RESCISÃO CONTRATUAL – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DEVOUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS – SÚMULA 289 DO STJ – RECURSO PROVIDO.

A rescisão contratual de plano de previdência privada dá direito ao resgate das parcelas pagas, devidamente corrigidas.” (Apelação - Nº 0032572-21.2008.8.12.0001 - Relator Des. Julizar Barbosa Trindade. Julg. 08.01.2013).

Ademais, a Lei n. 6.435/77, que trata das entidades de previdência privada, permite o resgate das contribuições dos participantes, antes da aquisição plena do direito aos benefícios. Seu art. 21 impõe como uma das cláusulas do regulamento dos planos, a indicação de valor do resgate.

Destarte, na hipótese de desligamento prematuro, voluntário ou não, o associado terá direito ao recebimento de suas contribuições, ainda que no regulamento do plano haja cláusula dispondo em sentido inverso, pois, esta não terá validade, por ser arbitrária e leonina.

Neste sentido tem-se posicionado o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“Ainda que o estatuto assim não preveja, tem o beneficiário de plano de previdência privada o direito à restituição da totalidade das contribuições pessoais vertidas, sob pena de enriquecimento ilícito da entidade de previdência privada. Precedente da Terceira Turma”. (REsp 456.413/PR, rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, j. 06.02.2003, DJ 10.03.2003, p. 202).

Logo, o recorrente faz jus ao recebimento dos valores pagos corrigidos pelo IGPM desde o pagamento de cada parcela e acrescidos de juros de mora de 12% ao ano a partir da citação, observando-se o limite do prazo prescricional de 20 anos, admitido para a hipótese do caso, conforme passa-se a esclarecer.

Como não se trata de cobrança de valores de benefícios previstos em plano de previdência privada, como as prestações de trato sucessivo, mas de pedido de rescisão contratual e de restituição de valores pagos, ou seja, uma relação de natureza pessoal, não é aplicável a prescrição quinquenal à luz da Súmula n. 291 do STJ.

Assim, sobre a relação obrigacional deve ser aplicada ou a prescrição vintenária prevista no art. 177 do Código Civil de 1916 ou o lapso decenal do artigo 205 do Novo Código Civil.

Veja-se a propósito, recente julgado do STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PRESCRIÇÃO. RELAÇÃO OBRIGACIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS.

1. A prescrição da ação de cobrança de parcelas devidas por planos de previdência privada é quinquenal, consoante entendimento cristalizado na Súmula n. 291/STJ.

2. Na hipótese de ação de rescisão do contrato firmado com a entidade de previdência privada, uma vez configurada relação obrigacional de natureza pessoal, incide a prescrição vintenária, prevista no art. 177 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos.

3. O participante do plano de previdência privada tem direito à restituição da totalidade das contribuições pessoais vertidas ao plano, atualizado monetariamente, quando do seu desligamento, sob pena de enriquecimento ilícito da entidade contratada.

4. Agravo regimental não provido.”

(STJ. AgRg no REsp n. 623.855 – RS. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª Turma. J. 07.03.2013).

Dessa forma, nota-se que não há ocorrência de prescrição nos casos em que o associado busca a rescisão contratual de plano de pecúlio e pensão mediante a restituição dos valores pagos, por configurar em ação de relação obrigacional, de natureza pessoal, regulada pela prescrição vintenária, em consonância com o artigo 177 do Código Civil de 1916.

Na presente lide, o autor deixou de contribuir com o plano em fevereiro de 2001 tendo permanecido vigente até então. Como ingressou com a ação em setembro de 2007, não há incidência da prescrição.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido para condenar a recorrida ao pagamento dos valores pagos pelo recorrente, devidamente corrigidos pelo IGPM, desde o pagamento de cada parcela, e juros de mora de 12% ao ano, a partir da citação, invertendo-se os ônus de sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, MS, 09 de janeiro de 2014.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0136980-34.2006.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – VINCULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA – VERIFICAÇÃO DE EXCESSOS – FRASES DE CARÁTER ATENTATÓRIO À IMAGEM DA EMPRESA – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO POR SE TRATAR DE DANO MORAL PURO PRESUMÍVEL E QUE INDEPENDE DE PROVA – *QUANTUM* FIXADO DE ACORDO COM OS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM PERCENTUAL RAZOÁVEL – RECURSOS IMPROVIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 18 de fevereiro de 2014.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Trata-se de Apelação Cível interposta por Adair Martins contra sentença proferida na ação de Indenização por Danos Morais movida por ENERSUL – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A.

A sentença atacada julgou procedente o pedido formulado na inicial, e condenou o apelante ao pagamento de indenização fixada em R\$ 8.000,00, com correção pelo IGPM/FGV e juros de mora de 1% ao mês, bem como ao pagamento de honorários advocatícios em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Afirma que não se pode admitir como ilícita a manifestação de pensamento ou o exercício de liberdade de imprensa, o comportamento de informar a população do Estado sobre as irregularidades praticadas pela recorrida, pois acobertadas pelo direito de informação.

Sustenta que só se repara dano moral sofrido pela pessoa jurídica quando esse dano afeta seu nome, imagem e reputação, devendo estar comprovado, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Requer a reforma da decisão, para que a ação seja julgada improcedente, invertendo-se os ônus de sucumbência.

Caso seja mantida a condenação, alternativamente, requer que a indenização fixada seja reduzida, considerando-se o contexto fático dos autos.

Posteriormente, Empresa Energética de Mato Grosso do Sul – ENERSUL interpôs apelação adesiva, afirmando que o valor fixado a título de danos morais é ínfimo, requerendo a sua majoração.

Devidamente intimados, apenas a ENERSUL apresentou contrarrazões.

VOTO

Des. Atapoã da Costa Feliz (Relator).

Trata-se de Apelação Cível interposta por Adair Martins contra sentença proferida na ação de Indenização por Danos Morais movida por ENERSUL – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A.

A sentença atacada julgou procedente o pedido formulado na inicial, e condenou o apelante ao pagamento de indenização fixada em R\$ 8.000,00, com correção pelo IGPM/FGV e juros de mora de 1% ao mês, bem como ao pagamento de honorários advocatícios em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Afirma que não se pode admitir como ilícita a manifestação de pensamento ou o exercício de liberdade de imprensa, o comportamento de informar a população do Estado sobre as irregularidades praticadas pela recorrida, pois acobertadas pelo direito de informação.

Sustenta que só se repara dano moral sofrido pela pessoa jurídica quando esse dano afeta seu nome, imagem e reputação, devendo estar comprovado, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Requer a reforma da decisão, para que a ação seja julgada improcedente, invertendo-se os ônus de sucumbência.

Caso seja mantida a condenação, alternativamente, requer que a indenização fixada seja reduzida, considerando-se o contexto fático dos autos.

A sentença não merece reparos.

O apelante afirma que os atos por ele praticados e exibidos em reportagens da TV Guanandi não configuram ilícitos, pois apenas informaram a população sobre irregularidades praticadas pela empresa-recorrida, agindo de acordo com a função social da imprensa.

Entretanto, mesmo que alguns de seus argumentos tenham observado tal preceito, está evidente que ocorreram excessos, visto que, como salientado pelo juiz, foram proferidas frases de caráter atentatório à imagem da autora, conforme se observa:

*“A Enersul ofereceu dinheiro pro nosso programa. Tentou nos comprar. Pra calar nossa boca. E nós realmente não aceitamos, nós realmente ficamos ao lado da população.”
(f. 214).*

A conduta do requerido, inclusive, foi analisada em processo criminal, no qual foi condenado pela prática do delito de difamação capitulado no art. 21, da Lei de Imprensa.

Assim, caracterizada a conduta ilícita do apelante.

Com relação à culpa, desnecessária a comprovação de que o requerido agiu com dolo, pois tratando-se de pessoa pública, profissional da área de comunicação, é certo que tinha capacidade de prever o resultado lesivo de suas afirmações.

Quanto à possibilidade de reparação do dano moral sofrido pela pessoa jurídica, a Súmula n. 277 do STJ é categórica quanto a essa possibilidade e está redigida nos seguintes termos: “STJ Súmula n. 227 - 08/09/1999 - DJ 20.10.1999 - Pessoa Jurídica - Dano Moral. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Sendo, então, a reputação social da empresa juridicamente protegida, sobrevivendo lesão antijurídica contra esta, nasce, para o agente, o dever de indenizar.

A prova da lesão advém da mera confirmação da ocorrência da conduta lesiva, não se condicionando à eventual repercussão no patrimônio da empresa.

Sobre a questão, nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PROVA DO DANO MATERIAL. DESNECESSIDADE. INÉPCIA DA INICIAL. INEXISTÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. I - Nas ações de indenização por danos morais improcede o argumento de inépcia da inicial pela não comprovação do dano material, pois que o dano moral puro é indenizável, ainda que não cause reflexos patrimoniais. (...) IV - Provido o recurso do autor para cassar a sentença, à unanimidade.”
(APC 3899796, 2ª Turma, Rel. Des. Nancy Andrichi, DJU 14/08/1997, p. 18.054.)

Quanto ao valor da indenização, o valor fixado na instância singela, qual seja, R\$ 8.000,00 (oito mil reais) não merece reforma.

A indenização do dano moral deve ter uma dupla função, sendo compensatória e penalizante, onde o *quantum* indenizatório não pode ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de ultrapassar a sua função compensatória, e assim causar enriquecimento indevido à parte.

Assim, tendo em vista os aspectos acima observados, bem como a condição econômica das partes, deve ser prestigiado o valor arbitrado pelo i. Juízo *a quo*.

Por fim, com relação ao pedido de redução dos honorários advocatícios, também não merece reforma a sentença, porquanto o valor fixado em 15% sobre o valor atualizado da dívida encontra-se em consonância com o art. 20, § 3º do CPC, que estabelece o limite entre 10 e 20% sobre o valor da condenação.

Posto isso, nega-se provimento a ambos os recursos, mantendo inalterada a decisão atacada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, MS, 18 de fevereiro de 2014.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0802505-86.2013.8.12.0026 - Bataguassu
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO -SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL - PRETENSA ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA COM RETORNO AO MESMO CARGO PÚBLICO - IMPOSSIBILIDADE - VACÂNCIA - EXONERAÇÃO DECRETADA DE OFÍCIO - ATO ILEGAL OU ABUSIVO DE DIREITO - INOCORRÊNCIA - RECURSO IMPROVIDO.

A investidura em cargo público, mediante concurso, decorre de imperativo constitucional (art. 37, inciso II, da Constituição Federal), não se mostrando lícita, portanto, a percepção simultânea dos proventos da inatividade com o vencimento decorrente do mesmo cargo anteriormente ocupado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 4 de fevereiro de 2014.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator.

RELATÓRIO

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Selma de Campos Vicentim interpõe recurso de Apelação (págs. 140-60), inconformada com a sentença (págs. 131-35) proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Bataguassu-MS, nos autos de Mandado de Segurança, movido em face do Prefeito Municipal de Bataguassu, que denegou a ordem pleiteada e indeferiu o pedido da impetrante para cassar o ato de exoneração em decorrência de aposentadoria voluntária (Portaria 125/2013), e ser reintegrada ao cargo de professor.

Aduziu a impetrante que é professora concursada junto ao município de Bataguassu desde 1992, tendo pleiteado aposentadoria voluntária em 2011 e, até a data do ato impugnado, 07/08/2013, exercia normalmente suas funções de magistério, ao lado da aposentadoria que lhe é de direito. Deduziu a ilegalidade da exoneração fazendo jus à acumulação das funções de magistério e proventos da aposentadoria, por lhe ser de direito, nos termos da Constituição Federal e legislação aplicável à espécie. Esclareceu que, por ser funcionária pública estável, somente poderia ter sido exonerada após processo administrativo em que lhe fosse assegurado o devido processo legal (contraditório e ampla defesa), o que não ocorreu.

Em contrarrazões (págs. 172-87), a autoridade apontada como coatora noticiou que, com a concessão da aposentadoria voluntária, acarretou a vacância do cargo ocupado pela impetrante, nos termos do art. 45, inciso V, do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Bataguassu, e assim não poderia a autora continuar na ativa, sob pena de (re)ingressar no serviço sem prestar concurso público, o que é vedado pela

Constituição Federal (art. 37, inciso II). Esclareceu que o fato da impetrante acumular os proventos da aposentadoria voluntária e funções de magistério, desde 2011 até a data da exoneração – 07/08/13, não lhe traduz qualquer direito de permanecer nessa situação irregular, por absoluta inexistência de previsão legal. Finalmente, pugnou que a exoneração impugnada pela impetrante consubstancia ato vinculado da administração em decorrência da vacância automática operada com a aposentadoria voluntária concedida a pedido da impetrante, não havendo como falar em processo administrativo, ou exercício de contraditório, não subsistindo, portanto, qualquer ilegalidade ou abuso de poder no ato impugnado pela impetrante a ser afastado por intermédio do *mandamus*.

O Ministério Público Estadual (págs. 191-204) opinou pelo improvimento do recurso, mantendo-se a sentença combatida.

VOTO

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

Selma de Campos Vicentim, interpõe recurso de Apelação (págs. 140-60), inconformada com a sentença (págs. 131-35), proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Bataguassu-MS, nos autos de Mandado de Segurança, movido em face do Prefeito Municipal de Bataguassu, que denegou a ordem pleiteada e indeferiu o pedido da impetrante para cassar o ato de exoneração em decorrência de aposentadoria voluntária (Portaria 125/2013), e ser reintegrada ao cargo de professor.

Aduziu a impetrante que é professora concursada junto ao município de Bataguassu desde 1992, tendo pleiteado aposentadoria voluntária em 2011 e, até a data do ato impugnado, 07/08/2013, exercia normalmente suas funções de magistério, ao lado da aposentadoria que lhe é de direito. Deduziu a ilegalidade da exoneração fazendo jus à acumulação das funções de magistério e proventos da aposentadoria, por lhe ser de direito, nos termos da Constituição Federal e legislação aplicável à espécie. Esclareceu que, por ser funcionária pública estável, somente poderia ter sido exonerada após processo administrativo em que lhe fosse assegurado o devido processo legal (contraditório e ampla defesa), o que não ocorreu.

Em contrarrazões (págs. 172-87), a autoridade apontada como coatora noticiou que, com a concessão da aposentadoria voluntária, acarretou a vacância do cargo ocupado pela impetrante, nos termos do art. 45, inciso V, do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Bataguassu, e assim não poderia a autora continuar na ativa, sob pena de (re)ingressar no serviço sem prestar concurso público, o que é vedado pela Constituição Federal (art. 37, inciso II). Esclareceu que o fato da impetrante acumular os proventos da aposentadoria voluntária e funções de magistério, desde 2011 até a data da exoneração – 07/08/13, não lhe traduz qualquer direito de permanecer nessa situação irregular, por absoluta inexistência de previsão legal. Finalmente, pugnou que a exoneração impugnada pela impetrante consubstancia ato vinculado da administração em decorrência da vacância automática operada com a aposentadoria voluntária concedida a pedido da impetrante, não havendo como falar em processo administrativo, ou exercício de contraditório, não subsistindo, portanto, qualquer ilegalidade ou abuso de poder no ato impugnado pela impetrante a ser afastado por intermédio do *mandamus*.

O Ministério Público Estadual (págs. 191-204) opinou pelo improvimento do recurso, mantendo-se a sentença combatida.

É o relatório, passo ao voto.

Não vejo razões para censura ou reprimenda da sentença guerreada, que restou assim fundamentada:

*“(...) Com o advento da aposentaria, tanto o servidor público sob o regime estatutário como o empregado público de regime celetista, ambos tem o seu cargo e o contrato de trabalho extintos, **declarando conseqüentemente o cargo vago e o rompimento do vínculo trabalhista entre o servidor e a administração pública** direta e indireta, especificamente daquele cargo anteriormente ocupado. **Admitindo o contrário, estaríamos permitindo o reingresso no serviço público, sem a prévia realização de concurso público, pois aquele cargo foi declarado vago.** (...)”*

Portanto, para que o servidor retorne à atividade é preciso uma nova investidura em cargo ou emprego público que, de acordo com o art. 37, II da Constituição Federal, dependem de aprovação prévia em concurso público e, ainda, assim, observando-se as regras constitucionais da cumulação de cargos e proventos ou, seu provimento em cargo em comissão, conforme excepcionado por esse mesmo inciso. (...)”

Inadmissível, a pretexto de estar resguardado pela Lei nº 8.213/91, norma infraconstitucional, a impetrante pretender a continuidade no cargo, em evidente afronta à Constituição Federal.

Acertada a decisão da impetrada na Portaria nº 125/2013, posto que a exoneração, a vacância do cargo com a aposentadoria, bem como, a necessidade de investidura mediante concurso público, decorrem de imperativo constitucional.” Grifou-se.

Assim, a impetrada agiu corretamente ao determinar a exoneração da impetrante após ter sido concedido a aposentadoria voluntária, por ela mesma pleiteada, mostrando-se irrelevante o fato da impetrante ostentar a acumulação ora pretendida desde 2011, quando se aposentou, até a data em que foi efetivamente exonerada, 07/08/13.

Quanto aos proventos de aposentadoria, é lícita a sua acumulação com cargo efetivo ou em comissão, desde que decorrentes de cargos acumuláveis, nos termos permitidos pela Constituição Federal, vale dizer, acumulação ente dois cargos distintos, e não apenas um, como é o caso da impetrante.

Na verdade, a impetrante faz confusão ao invocar a possibilidade de acumulação de cargos públicos, nos termos do art. 37, inciso XVI, alínea “a”, e a parte final do § 10, da Constituição Federal¹, com a situação jurídica noticiada na petição inicial, pois, a impetrante ostenta aposentadoria com relação ao cargo que ocupava anteriormente, não havendo como falar em “acumulação”, nada impedindo, pois, que a apelante venha a ocupar outro cargo público, compatível com a aposentadoria, mas isso deve se dar mediante nova admissão na função pública, seja por concurso público, ou função comissionada de livre nomeação e exoneração, nos termos do art. 37, inciso II, da CF.

Esse tema é abalizado pela doutrina:

*“(...) vale lembrar, afinal, que as hipóteses de permissividade cingem-se exclusivamente a duas fontes remuneratórias, como é o caso de dois cargos, dois empregos ou um cargo e um emprego. Tais hipóteses são de direito estrito e não podem ser estendidas a situações não previstas. Desse modo, é inadmissível a acumulação remunerada de três ou mais cargos e empregos, ainda que todos sejam passíveis de dupla acumulação, **ou mesmo que um deles provenha de aposentadoria.**” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 605-606). Grifamos.*

O aresto a seguir, nos mesmos termos, bem resume a controvérsia:

¹ Art. 37. (...) XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor;

Art. 37. (...) § 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria (...) ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração;

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA COM REMUNERAÇÃO DE CARGO PÚBLICO NA ATIVIDADE. CARGOS INACUMULÁVEIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, XVI, B E § 10 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ART. 11 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98.

(...)

2- Se a parte autora não cumpre todos os requisitos para acumular os proventos da aposentadoria com os vencimentos do cargo que ocupa, eis que, embora na data da publicação da emenda nº. 220/98 o apelante já estivesse aposentado, o que inseriria na previsão “inativos”, o certo é que este não ingressou novamente no serviço público por concurso de provas e títulos, eis que esse fato já era pré-existente.

3- ausente o fumus boni iuris, julga-se improcedente a cautelar” (TJ-DF - MC: 20030020096634 DF, Relator: VASQUEZ CRUXÊN, Data de Julgamento: 06/12/2004, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 17/05/2005). Grifou-se.

Finalmente, é insubsistente à alegação da impetrante de que não poderia ter sido exonerada sem o devido processo administrativo (onde poderia exercer o direito ao contraditório e ampla defesa), pois, nos termos do art. 45, inciso V, do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Bataguassu-MS, Lei n. 1.136/02², a aposentadoria acarreta a vacância do cargo público respectivo, decorrendo ato vinculado da administração a exoneração em decorrência da concessão de aposentadoria pleiteada pela própria impetrante:

“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. EXONERAÇÃO REALIZADA DE OFÍCIO. (...) fica impossibilitada a percepção simultânea dos proventos da inatividade com o vencimento desse mesmo cargo público. (...)” (TJ-SC - AC 2009.016997-8, Rel. Des. José Volpato de Souza, j. 26/08/2011, Quarta Câmara de Direito Público).

Vislumbra-se dos autos, portanto, que a sentença vergastada analisou os fundamentos deduzidos pela apelante à luz do vigente ordenamento jurídico e, a meu ver, decidiu de forma escorreita e acertada fundamentação.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação mantendo-se integralmente a sentença recorrida.

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. 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, MS, 04 de fevereiro de 2014.

² “Art.45: A vacância de cargo público decorrerá de: (...) V – aposentadoria” (Lei Municipal n. 1.136/02 - Estatuto dos Servidores Públicos de Bataguassu-MS)

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 4013773-83.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – SERVIDOR PÚBLICO JÁ DEMITIDO – NOVA DEMISSÃO – FATOS DIVERSOS – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – SEGURANÇA DENEGADA.

Não se vislumbra o alegado direito líquido e certo, quando a administração pública, no exercício de seu direito, se move em defesa de um interesse indisponível, apurando possíveis irregularidades do impetrante, quando no exercício de suas funções.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Abstiveram-se de votar os Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Romero Osme Dias Lopes. Ausentes, justificadamente, os Des. Josué de Oliveira e Carlos Eduardo Contar. Declarou-se impedido para esse julgamento o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, MS, 12 de março de 2014.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Arquimedes Pereira dos Santos, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na sua demissão, por força do Processo Administrativo Disciplinar n. 07/09/CGPC/MS, conforme Decreto “P” n. 3.349, de 19 de agosto de 2013.

Alega que a referida pena já foi aplicada anteriormente, a teor do Decreto “P” n. 4.895, de 15 de dezembro de 2011, publicado no Diário Oficial n. 8.090 de 16.12.11.

Afirma, que em razão disso, o procedimento administrativo em análise deveria ser arquivado, sem qualquer punição, devido à inexistência de vínculo com a administração pública.

Requer a concessão de liminar, para tornar sem efeito a demissão e, ao final, a concessão da segurança em definitivo.

Juntou os documentos de fls. 13/396 e deu à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

A análise da liminar foi postergada às informações da autoridade coatora (fls. 399/400), perdendo, contudo, o seu objeto, em razão da inclusão deste feito em pauta.

O Estado de Mato Grosso do Sul, em conjunto com o Governador do Estado, prestou informações (fls. 409/415), alegando, em suma, que a aplicação da pena de demissão concedida ao impetrante nos processos administrativos disciplinares se deu por motivos distintos, já que eles foram instaurados para apurar a prática de condutas diversas, por isso não haveria prejuízo entre os respectivos resultados.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança (fls. 460/468).

VOTO (EM 19/02/2014)

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

Arquimedes Pereira dos Santos, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na sua demissão, por força do Processo Administrativo Disciplinar n. 07/09/CGPC/MS, conforme Decreto “P” n. 3.349, de 19 de agosto de 2013.

Alega que a referida pena já foi aplicada anteriormente, a teor do Decreto “P” n. 4.895, de 15 de dezembro de 2011, publicado no Diário Oficial n. 8.090 de 16.12.11.

Afirma, que em razão disso, o procedimento administrativo em análise deveria ser arquivado, sem qualquer punição, devido à inexistência de vínculo com a administração pública.

Requer a concessão de liminar, para tornar sem efeito a demissão e, ao final, a concessão da segurança em definitivo.

Juntou os documentos de fls. 13/396 e deu à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

A análise da liminar foi postergada às informações da autoridade coatora (fls. 399/400), perdendo, contudo, o seu objeto, em razão da inclusão deste feito em pauta.

O Estado de Mato Grosso do Sul, em conjunto com o Governador do Estado, prestou informações (fls. 409/415), alegando, em suma, que a aplicação da pena de demissão concedida ao impetrante nos processos administrativos disciplinares se deu por motivos distintos, já que eles foram instaurados para apurar a prática de condutas diversas, por isso não haveria prejuízo entre os respectivos resultados.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança (fls. 460/468).

A controvérsia cinge-se em verificar a possibilidade do impetrante ser punido, por duas vezes, com a pena de demissão, em processos administrativos disciplinares diferentes.

De início é preciso observar que o fato apurado nos processos administrativos não são iguais, por isso, nada impede que haja, em ambos, a imposição da pena de demissão.

Isso porque, verificada possível irregularidade do agente, não resta outra alternativa à administração pública senão a de instaurar processo administrativo disciplinar, a fim de apurar a conduta faltosa, como se pode extrair dos artigos 194 e 195 da Lei Complementar Estadual n. 114/2005. No mesmo sentido, dispõe os artigos 143 e 148 da Lei n. 8.112/90.

Caso não se verifique, ao final do procedimento, qualquer infração disciplinar ou ilícito penal, deverá ser ele arquivado, sem prejuízo, todavia, de possível responsabilização civil do servidor por prejuízo ao erário ou a terceiros (artigos 122, 124, 144 e 154 da Lei 8.112/90).

Desse modo, a aplicação da segunda pena de demissão visa garantir o interesse público de que o servidor faltoso não retornará ao serviço público, além de impedir que o servidor seja reintegrado, em caso de anulação da primeira pena.

Assim, deve ser verificado, para fins de regularidade do processo administrativo, tão somente se o impetrante estava investido no cargo à época dos fatos investigados, pois não pode se eximir da responsabilidade por ter sido demitido durante o seu curso.

Nesse sentido:

“A desinvestidura, forçada ou voluntária, não afasta o dever da Administração Pública de apurar supostos ilícitos administrativos cometidos por aquele que já foi investido no cargo público e não o é mais, quer por esponte própria, quer por força do poder disciplinar exercido pelo Estado-administração. É a ciência da irregularidade pela autoridade administrativa competente que demonstra, pelo menos inicialmente, o poder-dever de agir da Administração Pública. A sanção disciplinar a ser aplicada, demissão no caso, não deve significar um fim em si mesmo. O objeto a ser apurado é a nova irregularidade, o fato, e a atuação da autoridade se dirige à proteção do interesse público, de caráter indisponível. Desse modo, não se faz necessário estar o servidor investido no cargo no momento em que a Administração Pública deflagra as investigações para apurar supostas irregularidades cometidas por ele à época em que se encontrava no exercício de suas funções públicas.”¹

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. MINISTRO DOS TRANSPORTES. EX-SERVIDORES DO DNER. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. APURAÇÃO DAS IRREGULARIDADES POSSIVELMENTE COMETIDAS QUANDO NO EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS FUNÇÕES. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO ALEGADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Não se vislumbra o alegado direito líquido e certo, considerando que a Administração está, no exercício de seu direito, apurando as possíveis irregularidades dos impetrantes, quando no exercício de suas funções. Ordem denegada.”²

Como se verifica, a sanção disciplinar aplicada (demissão) não deve significar um fim em si mesma, pois o objeto a ser apurado no segundo procedimento administrativo disciplinar é uma nova irregularidade, sendo a atuação de caráter indisponível, frente ao interesse público envolvido.

Inexiste, portanto, qualquer ilegalidade no fato de o impetrante sofrer a atuação de dois processos administrativos disciplinares, por motivos diferentes, e ser condenado à pena de demissão em ambos, ainda que, no momento da segunda, já não faça parte da corporação.

Em face do exposto, com o parecer, denego a segurança.

Des. Atapoã da Costa Feliz (1º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

Des. Hildebrando Coelho Neto (2º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

Des. João Maria Lós 3 (3º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

1 STJ – MS 15.837/DF, 1ª Seção, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 26.10.11.

2 STJ – MS 9497/DF, 3ª Seção, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 18.10.04.

Decisão: conclusão de julgamento adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do des. Divoncir schreiner maran após o relator e os desembargadores atapoã, hildebrando e lós denegarem a segurança. Os demais aguardam. O des. Paschoal carmello leandro declarou seu impedimento. Ausente, justificadamente, o des. Romero osme dias lopes.

VOTO 12/03/2014)

Des. Divoncir Schreiner Maran (6º Vogal).

Pedi vista dos autos para sua melhor análise.

De fato não há ilegalidade no processo administrativo que culmina em demissão de servidor demitido em processo administrativo anterior instaurado por infração diversa.

Embora cause estranheza a punição em demissão àquele que já não faz parte da corporação, inexistente ilegalidade. Ao contrário, a apuração de infrações é medida de rigor, independentemente da manutenção do vínculo do servidor com a Administração, consoante bem observa o Desembargador Relator, em atenção ao disposto no art. 194 da Lei Complementar Estadual n. 114/2005 e art. 143 e 148 da Lei n. 8.112/90.

Outrossim, a validade do segundo processo administrativo instaurado homenageia o princípio da eficiência, posto que garante a não-reintegração do servidor em caso de eventual revisão/nulidade da primeira pena aplicada (pleiteada judicialmente na hipótese, inclusive – f. 416 e ss.), e a segurança de incidência de penas acessórias ou produção de provas para Ação Penal; bem como o registro em folhas funcionais para consulta futura.

Logo, mesmo que a segunda pena de demissão não surta o efeito direto de exclusão da corporação, com sua manutenção estarão sendo resguardados os princípios da legalidade, eficiência e interesse público.

A jurisprudência pátria não diverge deste posicionamento:

“PROCESSO DISCIPLINAR. INSTAURAÇÃO QUE SE DIRIGE CONTRA SERVIDOR JÁ DEDITO. É manifesto que, já excluído, por demissão, dos quadros do serviço público, um antigo servidor não possa suportar a execução de nova penalidade demissória. Todavia, isso não inibe a Administração Pública de instaurar processo disciplinar apuratório de diverso ilícito administrativo imputado àquele servidor; sequer de infligir sem pronta executoriedade sucessiva penalidade de demissão. O fundamento central dessa admissibilidade do processo posteriore está em que eventual aflição revocatória da primeira penalidade não impedirá a execução da segunda. Não provimento da apelação.” (TJ-SP- APL: 316941320098260053 SP 0031694-13.2009.8.26.0053, Relator: Ricardo Dip, Data de Julgamento: 10/10/2011, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 14/10/2011.)

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR ESTADUAL. POLÍCIA CIVIL. DEMISSÃO. PRIMEIRA PENALIDADE ANULADA JUDICIALMENTE. RETORNO DOS EFEITOS DA SEGUNDA PENALIDADE, DERIVADA DE PROCESSO AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. OFENSA À COISA JULGADA. PRESCRIÇÃO DA SEGUNDA PENA. INEXISTENTE. LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO. AUSÊNCIA. 1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança em pleito de anulação de decisão do Governador de Estado que reconheceu a eficácia de penalidade de demissão, não aplicada antes, em razão dos servidores já terem sido previamente demitidos em outro processo administrativo. 2. Não há falar em ofensa à coisa julgada, uma vez que os autos demonstram que os servidores responderam dois

processos disciplinares autônomos, com base em fatos diferentes (proc. 042915-12.04/98-9 e proc. 003193-1204/99-2); a segunda penalidade foi declarada no Diário Oficial do Estado, porém não aplicada, pois os servidores já estavam demitidos. 3. Não há falar em prescrição, pois não foi aplicada nova penalidade, tão somente reconhecido que os efeitos da penalidade do segundo processo administrativo deveria ter efeitos, em razão da primeira ter sido anulada judicialmente. 4. A demissão do cargo, seja de forma unilateral, seja por força de decisão administrativa punitiva, não exime a Administração Pública da obrigação de apurar outros potenciais ilícitos e, por consequência lógica, de declarar a punição em razão destes, devendo a penalidade produzir efeitos, acaso a pena anterior seja anulada. Precedente: MS 15837/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 6.12.2011. Recurso ordinário improvido.” (STJ-RMS: 44138 RS 2013/0356401-2, Relator: Ministro Humberto Martins, data de Julgamento: 04/02/2014, T2- SEGUNDA TURMA, data de Publicação: DJe 10/02/2014).

Assim, acompanho o relator pela denegação da segurança.

Des. Julizar Barbosa Trindade (8º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (11º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Abstiveram-se de votar os Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Romero Osme Dias Lopes. Ausentes, justificadamente, os Des. Josué de Oliveira e Carlos Eduardo Contar. Declarou-se impedido para esse julgamento o des. Paschoal Carmello Leandro.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Hildebrando Coelho Neto, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maranhão, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, MS, 12 de março de 2014.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0036309-27.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRETENDIDA CONDENAÇÃO DA RÉ UNIMED – INTERNAÇÃO DE PACIENTE EM CLÍNICA PSIQUIÁTRICA – SINDICÂNCIA INSTAURADA PARA APURAR SUPOSTA INFRAÇÃO ÉTICA (ART. 35 DO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA) – CONSELHO TÉCNICO – EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO – MERO ABORRECIMENTO – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO IMPROVIDO.

O fato de um plano de saúde (Unimed) encaminhar ao Conselho Regional de Medicina sindicância instaurada para apurar eventual infração ética praticada por um médico credenciado que determina a manutenção da internação de um paciente (usuário de seu plano de saúde) em uma clínica por motivos de doenças psiquiátricas, não enseja responsabilização ao pagamento de indenização por danos morais, visto tratar-se de exercício regular de um direito. Assim, tendo os fatos noticiados pelo autor caracterizado meros aborrecimentos, não há que se falar em condenação a título de danos morais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, MS, 18 de março de 2014.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator.

RELATÓRIO

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Marcos Estevão dos Santos Moura interpõe recurso de apelação, inconformado com a sentença (f. 137-141) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba que, nos autos da ação de indenização por danos morais, movida em face de Unimed – Campo Grande MS Cooperativa de serviços Médicos Ltda., julgou improcedente os pedidos formulados na inicial.

O apelante, em suas razões recursais (f. 145-150) requer seja julgada *“totalmente procedente a pretensão do Recorrente, reconhecendo o ato ilícito praticado pela Recorrida, e condenando esta a pagar danos morais no valor de 100 salários mínimos vigentes, além das custas processuais e honorários advocatícios no percentual de 20%.”* Prequestiona o art. 5º, V e X, da CF.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (f. 158-167), pugna pelo improvimento do recurso e prequestiona o art. 5º, II, LV, LIV, XXXVI, 6º; 196; 197; 198; 199 e 200, todos da CF; art. 70, III; 130; 131; 330, I; 333; 368; 373, parágrafo único; 397; 398; 400; 420; 427; 796 a 812, todos do CPC e art. 6º; 47; 51;

e 54 da lei 8.078/90; artigos 10, 12, a 14, 35 e suas inserções de A a M e 36 da Lei 9.656/98; e artigos 422 a 424 do Código Civil e artigo 18 da RN 211 da ANS e artigo 186 do Código Civil.

VOTO

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (Relator).

Marcos Estevão dos Santos Moura interpõe recurso de apelação, inconformado com a sentença (f. 137-141) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba que, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais, movida em face de Unimed – Campo Grande MS Cooperativa de serviços Médicos Ltda., julgou improcedente os pedidos formulados na inicial.

O apelante, em suas razões recursais (f. 145-150) requer seja julgada *“totalmente procedente a pretensão do Recorrente, reconhecendo o ato ilícito praticado pela Recorrida, e condenando esta a pagar danos morais no valor de 100 salários mínimos vigentes, além das custas processuais e honorários advocatícios no percentual de 20%.”* Prequestiona o art. 5º, V e X, da CF.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (f. 158-167), pugna pelo improvimento do recurso e prequestiona o art. 5º, II, LV, LIV, XXXVI, 6º; 196; 197; 198; 199 e 200, todos da CF; art. 70, III; 130; 131; 330, I; 333; 368; 373, parágrafo único; 397; 398; 400; 420; 427; 796 a 812, todos do CPC e art. 6º; 47; 51; e 54 da lei 8.078/90; artigos 10, 12, a 14, 35 e suas inserções de A a M e 36 da lei 9.656/98; e artigos 422 a 424 do Código Civil e artigo 18 da RN 211 da ANS e artigo 186 do Código Civil.

Segundo narra a inicial:

“(...) o autor é médico desde 1983, conforme ficha cadastral resumida em anexo, possuindo títulos de Especialista em Psiquiatria Forense e Mestre em Ciências da Saúde – Área de Concentração em Psiquiatria.

Cumpre salientar que, em quase 30 (trinta) anos de exercício profissional, o autor jamais respondeu a qualquer processo ético administrativo perante o Conselho Regional a que estivesse vinculado, em especial o deste Estado.

Os fatos circunscrevem a uma censura desmedida, abusiva, sofismática, desumana e ilegal promovida pela Requerida, referente ao tempo de internação de um determinado paciente que estava sob os cuidados do autor:

Primeiramente, salienta-se que o paciente, Sr, Carlos Alberto Zeola, teve que ficar internado por motivo de doenças inicialmente descritas na tabela CID 10:F32.3, em ainda, CID 10: F07, ocasião esta em que foi diagnosticado pela psiquiatra, Dra. Danusa Cespedes.

A partir do dia 13 de março de 2010, o paciente passou a ser tratado pelo autor, que previu a necessidade de prorrogar a internação daquele, conforme detalhamento do arquivo do programa Genesis, por terem sido diagnosticadas as doenças descritas na tabela CID 10:F06 e F33.2, e, posteriormente, CID 10: F06.3 e F32.3, causando, em todos os casos, a impossibilidade de o paciente receber alta médica, principalmente por oferecer riscos a si próprio e à sociedade.

Com efeito, preocupado com o bem estar do paciente e da sociedade como um todo, o autor não teve alternativa senão deixar o Sr. Carlos Alberto Zeola internado, por ainda apresentar transtornos graves, como os descritos acima.

Não obstante as justificativas médicas dadas com propriedade científica, o Autor foi surpreendido com a abertura de uma sindicância, provocada pela ré, sob o n. 28/11 para apurar suposta infração ética, tendo como justificativa a violação do artigo 35 do Código de Ética Médica, “exagerar a gravidade de diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.”

Pasme Exa. Na sindicância recebida pelo autor, a ré alega que encaminharam ao Conselho Técnico para o que couber, visto a internação prolongada em psiquiatria, com o paciente estável, mas como podem chegar à conclusão de que o paciente está estável, sendo que não realizaram nenhum exame para saber as condições de saúde mental de aludido paciente? (...)”

Requer o apelante a condenação da apelada ao pagamento de indenização por dano moral, e, para tanto, sustenta que há ato ilícito praticado pela recorrida na medida em que ela contestou a qualidade e eficiência médica do profissional recorrente ao afirmar que havia exagero na gravidade do diagnóstico.”

De acordo com o art. 186, do Código Civil “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*”

É cediço que o direito à reparação do dano depende da concorrência daqueles três requisitos acima delineados, quais sejam, o fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão, ocorrência de um dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

O dano moral caracteriza-se como aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, dentre outros.

De acordo com Arnaldo Rizzardo¹:

“O dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade, atingindo aqueles valores que têm um valor precípua na vida, e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos. Cumpre notar, no entanto, que não alcança, no dizer do Superior Tribunal de Justiça, “os simples aborrecimentos triviais aos quais o cidadão encontra-se sujeito”, que “devem ser considerados como os que não ultrapassem o limite do razoável, tais como: a longa espera em filas para atendimento, a falta de estacionamento públicos suficientes, engarrafamentos, etc.”

No caso em análise, os fatos noticiados pelo autor caracterizam meros aborrecimentos, não sendo suficientes para o reconhecimento de dano moral resultante da alegada situação ofensiva.

Portanto, como bem disse o magistrado singular na sentença (f. 139), não há nos autos a prova do fato constitutivo do direito pleiteado, qual seja, o resultado danoso suportado pelo apelante, que daria concretude ao pedido indenizatório, cuja parte de sua fundamentação transcrevo:

“ No caso em tela não vislumbro qualquer conduta ilícita por parte da ré ao pedir que o Conselho Regional de Medicina examine e responda sobre eventual infração ética praticada pelo autor ao se postar com a manutenção da internação por motivos de doenças psiquiátricas de determinado usuários de seu plano de

¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 246.

saúde. A requerida agiu somente no exercício regular de um direito seu, direito este, inclusive, assegurado constitucionalmente, qual seja o de petição frente a determinada situação que aos seus olhos se afigurariam como irregular; daí porque pediu para aquele com autoridade na matéria, examinar o que se passava ou que se passou. Não existe ilicitude no ato de apontar aquilo que se interpreta como sendo uma infração. A instauração de sindicância para averiguação também não o é. Isso não imprime ofensa ou desabono à honra pessoal ou profissional, até porque conforme própria disposição do Código de Ética Médica, os processos de apuração das faltas éticas-profissionais tramitam em sigilo (art. 1º) Aliás, frise-se que a causa de pedir não está apontando a divulgação do processo ou de seu conteúdo, mas tão somente o fato de ter sido o motivador da instauração. Por outro lado, ressalte-se que não ficou demonstrado que a requerida, ao manejar a representação Tenha agido de má-fé, de forma a pretender apenas prejudicar o autor.(...)”.

A jurisprudência desta Corte de Justiça é pacífica neste sentido:

“RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS EM DECORRÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE SEGURO – REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E TROCA DE PEÇAS DO VEÍCULO SEGURADO – NÃO COBERTURA – DANO MATERIAL E MORAL – NÃO COMPROVADO – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – CONDENAÇÃO EM VERBAS DE SUCUMBÊNCIA – POSSIBILIDADE – PEDIDO FORMULADO EM CONTRARRAZÕES DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – NÃO RECONHECIMENTO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Se o seguro automotivo contratado não se destina a cobertura de manutenção ou defeitos mecânicos do veículo segurado, resta incabível o pagamento do capital segurado. O simples inadimplemento contratual não gera, em regra, danos morais, por caracterizar mero aborrecimento, dissabor, envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação negocial, sendo fato comum e previsível na vida social, embora não desejável. (...)” (Apelação – N. 0040634-45.2011.8.12.0001 - Campo Grande - Relator – Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Julgamento: 21 de março de 2013 – Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível)

“DO JULGAMENTO MÉRITO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NÃO DEMONSTRAÇÃO DO ABALO MORAL – PENALIDADE POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ INCABÍVEL SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA RECURSO DESPROVIDO. O mero descumprimento contratual, em princípio, não enseja responsabilização ao pagamento de indenização por danos morais, visto não passar de incômodo da vida em sociedade Assim, tendo os fatos noticiados pelo autor caracterizado meros aborrecimentos, não há que se falar em condenação a título de danos morais.” (Apelação – N. 0057818-87.2006.8.12.0001 - Campo Grande - Relator – Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Julgamento: 21 de março de 2013 – Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível).

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA – RESTITUIÇÃO DE RESERVA DE POUPANÇA – COBRANÇA DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – SÚMULA DO STJ/291 – APLICAÇÃO ANALÓGICA – JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RITO DO 543-C DO CPC – REVISÃO DE EMPRÉSTIMOS – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA INDEVIDA – INADIMPLÊNCIA CONTRATUAL – DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO – MERO INCOMODO

– *NEGADO PROVIMENTO. (...) IV Na espécie, o descumprimento contratual não enseja condenação por danos morais, mormente porque não passa de mero incômodo da vida em sociedade.*” (Apelação – N. 0355972-88.2008.8.12.0001 - Campo Grande - Relator – Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira – Julgamento: 23 de outubro de 2012 - Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível)

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RECURSO ADESIVO – DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL DEVIDAMENTE CONFIGURADO – IMPROVIDO – RECURSO DE APELAÇÃO – PRETENDIDA CONDENÇÃO DA RÉ A TÍTULO DE DANOS MORAIS – MERO ABORRECIMENTO – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – IMPROVIDO. Existindo contrato com cláusula prevendo acomodação em apartamento para tratamento clínico, o serviço deve ser fornecido ao contratante, mormente se já havia sido submetido ao mesmo tratamento com autorização de cedência de igual comodidade, tendo a ré, posteriormente, deixado de fornecê-la, revelando comportamento contraditório, vedado em nosso ordenamento jurídico, com violação do princípio da boa-fé objetiva. O mero aborrecimento não é capaz de interferir de maneira significativa no comportamento psicológico do ser humano, causando-lhe angústia, aflições e desequilíbrio em seu bem-estar, a ponto de configurar um dano moral passível de indenização.” (Apelação – N. 0058389-82.2011.8.12.0001 - Campo Grande - Relator – Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Julgamento: 16 de outubro de 2012 – Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível).

Assim, tendo os fatos noticiados pelo autor caracterizado meros aborrecimentos, não há que se falar em condenação a título de danos morais.

Quanto ao prequestionamento, verifica-se que todas as questões foram amplamente debatidas e decididas, sendo dispensável qualquer manifestação expressa sobre os dispositivos prequestionados.

Neste sentido a seguinte decisão:

*“E M E N T A – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – VÍCIOS APONTADOS – OMISSÃO – INOCORRÊNCIA – **PRETENSÃO DE PREQUESTIONAMENTO** – **INADMISSIBILIDADE** – EMBARGOS REJEITADOS. Uma vez que o próprio embargante afirma que sua pretensão é o prequestionamento, e ante a inexistência de qualquer omissão no acórdão, impõe-se a rejeição dos embargos, haja vista que o acórdão embargado abordou todos os pontos cuja omissão é alegada pelo embargante, de forma clara e precisa, aplicando a legislação pertinente ao caso concreto. **O magistrado não é obrigado a rebater, pormenorizadamente e citar todos os dispositivos legais que esta entende pertinentes para a resolução da controvérsia.** A negativa de prestação jurisprudencial se configura apenas quando o Tribunal deixa de se manifestar sobre ponto que seria incontestavelmente necessário ao deslinde do litígio, o que não se verifica na espécie.*” (Embargos de Declaração em Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.038500-2/0001-00 - Campo Grande. Relator - Des. Rêmolo Letteriello. Quarta Turma Cível - 10.3.2011)

Dispositivo:

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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, MS, 18 de março de 2014.

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 4012186-26.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CANDIDATA APROVADA EM CONCURSO PÚBLICO – MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO – VAGA OCUPADA EM CARÁTER PRECÁRIO E DENTRO DO PRAZO DO CERTAME – DIREITO SUBJETIVO – ORDEM CONCEDIDA.

Prevalece atualmente o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que há direito subjetivo do candidato à nomeação, caso tenha havido preterição na ordem classificatória ou contratação a título precário para o preenchimento de vagas existentes, em detrimento da nomeação daqueles aprovados em certame ainda válido, o que se afigura na hipótese dos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 8 de janeiro de 2014.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator.

RELATÓRIO

Des. Divoncir Schreiner Maran.

Patricia Alves de Souza impetrou mandado de segurança contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, André Puccinelli, que deixou de nomeá-la ao cargo de Professor da carreira Profissional da Educação Básica do Quadro Permanente de Pessoal da Secretaria de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul.

Destacou, inicialmente, a legitimidade do Governador do Estado para figurar no polo passivo do *writ*, já que é ele quem detém a competência para nomear os candidatos aprovados no concurso público.

No cerne meritório, esclareceu que foi aprovada em segundo lugar para o cargo vindicado e que houve a nomeação do candidato aprovado em primeiro lugar, sendo que se encontra exercendo em caráter precário, por convocação e em “vaga pura”, a mesma vaga para a qual foi aprovada.

Asseverou, assim, possuir direito líquido e certo à nomeação para o cargo, já que é a próxima na lista de aprovados e evidenciada a existência de vaga durante a vigência do certame, de modo a garantir o Princípio da Acessibilidade aos Cargos Públicos.

Salientou o teor da Súmula Administrativa n. 02/PGE/MS emitida pelo próprio órgão de representação judicial do Estado de Mato Grosso do Sul, a Procuradoria-Geral do Estado, e recentes julgados do Superior

Tribunal de Justiça que ratificam a tese externada no *writ*, até porque a nomeação sequer criará despesa ou demandará dotação orçamentária, porquanto já está ocupando o cargo e recebendo o mesmo valor caso seja nomeada em caráter efetivo.

Ao final, pugnou pela concessão da ordem para que seja determinado à autoridade coatora que a nomeie para o pretendido cargo.

O Estado de Mato Grosso do Sul, na qualidade de pessoa jurídica interessada, apresentou as informações de estilo, asseverando a inexistência de ato coator caracterizado como aquele ilegal ou abusivo da autoridade, o qual é imperioso para a propositura da ação mandamental.

Destacou também que o processo seletivo que a impetrante participou previa apenas uma vaga para o cargo de professor da Rede Estadual de Educação na disciplina de História para o Município de Tacuru – MS, conforme estipulação editalícia, e a impetrante obteve a segunda colocação para o cargo, de modo que não se evidencia direito líquido e certo a ser nomeada, até porque não preterida na ordem classificatória, já que apenas a candidata aprovada em 1º lugar tomou posse.

Por fim, pleiteou pela denegação da ordem.

Parecer Ministerial às f. 100-107, opinando pela concessão da segurança.

VOTO

Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator).

Consta dos autos que a impetrante participou do Concurso Público de Provas e Títulos para Ingresso no Cargo de Professor da Carreira Profissional da Educação Básica do Quadro Permanente de Pessoal da Secretaria de Estado de Educação, sendo aprovada em 2º lugar para o cargo de professor de História, consoante homologação publicada no Diário Oficial n. 8.467 de 8 de julho de 2013 (f. 27-28).

Em 9 de julho de 2013 o candidato aprovado em 1º lugar teve sua nomeação publicada no Diário Oficial n. 8.468 para a vaga prevista no edital, nos termos do Decreto “P” n. 2.714 (f. 30-31).

Posteriormente, a impetrante, por meio da Resolução “P” SED n. 1.804/13 de 28 de agosto de 2013, foi convocada em “vaga pura” para exercer o cargo de professora no Município de Tacuru – MS junto a Escola Estadual Cleto Moraes Costa com carga semanal de 20 horas (f. 33-35).

Tal fato é corroborado por dados do Sistema de Gestão Pedagógica da Secretaria de Estado de Educação em que consta o nome da impetrante como professora, as aulas ministradas na disciplina História e diários de classe (f. 37-45). Além disso, extrai-se do edital de abertura do concurso que o certame tem validade de 2 anos a contar da data de publicação do Edital de Homologação no Diário Oficial do Estado, consoante item 15.1 (f. 67), de modo que em plena vigência.

Diante desse contexto, há de se observar que o entendimento doutrinário e jurisprudencial firmado no ordenamento jurídico brasileiro é de que há direito subjetivo do candidato à nomeação, caso tenha havido preterição na ordem classificatória ou contratação a título precário para o preenchimento de vagas existentes, em detrimento da nomeação daqueles aprovados em certame ainda válido.

Com efeito, a tese firmada no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o surgimento superveniente de vagas durante o prazo de validade do concurso não acarreta o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas previsto no edital do certame. Tal direito somente se

manifesta quando estiver caracterizado o interesse da Administração, seja pela contratação precária - comprovada a existência de cargos de provimento efetivo desocupados - seja pela realização de novo concurso público dentro do prazo de vigência do certame anterior. *Exempli gratia*:

“MANDADO DE SEGURANÇA. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. EXPECTATIVA DE DIREITO. PRETERIÇÃO. CESSÃO DE SERVIDORES. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS NÃO DEMONSTRADAS. LIMINAR INDEFERIDA.

1. O ora impetrante foi classificado em 6º (fls. 47) para provimento do cargo de Agente Administrativo, unidade Betim/MG, que tinha 3 vagas disponíveis (fls. 33), ou seja, fora do número de vagas.

2. Esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público fora do número de vagas previstas no edital confere ao candidato mera expectativa de direito à nomeação.

3. Entretanto, tal expectativa de direito é transformada em direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado se, no decorrer do prazo de validade do edital, houver o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

4. Por meio do Ofício nº 1792/2012/CONJUR-MTE/CGU/AGU, a autoridade coatora encaminhou as informações solicitadas, esclarecendo que “dada a enorme carência de servidores para atender às demandas dos cidadãos de Betim e ante a impossibilidade imediata de oferecimento de vagas para provimento de novos cargos efetivos para Agente Administrativo, a Prefeitura Municipal de Betim, ciente da necessidade local, firmou convênio com a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de Minas Gerais/Betim para o oferecimento de servidores e estagiários, como um paliativo da grave situação local, até que sejam autorizadas, por lei, o provimento de novas vagas na localidade em questão” (fla. 113).

5. Nos esclarecimentos prestados, verifica-se, em uma análise perfunctório, que não há que se falar em preterição, pois as 4 (quatro) vagas existentes para o cargo de Agente Administrativo estão preenchidas por servidores concursados e, em razão da ausência de criação de novas vagas para tal cargo, visando atender às demandas dos cidadãos, é que a Prefeitura Municipal de Betim firmou convênio com a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado de Minas Gerais/Betim para o oferecimento de servidores e estagiários, como um paliativo da grave situação local, até que sejam autorizadas, por lei, o provimento de novas vagas na localidade em questão. Dessa forma, como os servidores cedidos não ocupam as vagas destinadas aos cargos de agente administrativo, uma vez que as vagas existentes estão ocupadas pelos servidores efetivos, não havendo vagas a serem oferecidas, não há que se falar em preterição.

6. Agravo regimental não provido.”

(STJ, AgRg no MS 19.381/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 01/02/2013) (g.n.).

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. CARGO OCUPADO EM CARÁTER PRECÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO. VALIDADE DO CERTAME: 1º.7.2014.

(...)

3. Esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do certame. Porém, se a Administração, durante o prazo de validade de concurso, contrata terceiros em situação precária para exercer cargos vagos, está obrigada a preenchê-los imediatamente, com nomeação e posse de candidatos aprovados, descabendo falar, nesta hipótese, em discricionariedade administrativa em nomear os aprovados dentro do número de vagas previstas no edital no lapso temporal de validade do certame.

4. Pela análise dos autos, verifica-se que não foi realizada qualquer nomeação para o cargo pretendido pela impetrante, não podendo se falar em preterição à ordem de classificação, e nem comprovado que houve contratação de terceirizados ou bolsistas para atuar nas mesmas funções do cargo pleiteado.

5. Nas informações prestadas pela Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão afirmou-se a existência de terceirizados, a busca em se organizar o quadro da presente Instituição e o intuito em se nomear os aprovados no certame, que ainda encontra-se em vigência. Ora, tais informações apresentadas pela autoridade coatora, em que pese noticiar o conhecimento do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão quanto à manutenção de pessoal terceirizado em desacordo com o Decreto nº 2.271/1997, não pode ser utilizada como fundamento para justificar a imediata nomeação da impetrante, pois não evidencia a contratação a título precário de profissionais para o exercício das atribuições do mesmo cargo para o qual foi aprovada a impetrante.

6. Ademais, pelo Ofício nº 1024/2012/SEARH/IEC/SVS/MS, expedido pelo Instituto Evandro Chagas - IEC, juntado pelo impetrante (fls. 48/57), há a informação que o IEC possui contratos com empresas terceirizadas para a prestação de serviços de conservação e limpeza; vigilância; manutenção; apoio administrativo e serviços de informática (fls. 48), nada especificando acerca do cargo de Analista de Gestão em Pesquisa e Investigação Biomédica em Saúde Pública, área de atuação específica Administração Geral. Junta também Ofício MS/SE/GAB nº 1390, do Ministério da Saúde (fls. 72/73), encaminhando relação do quantitativo de trabalhadores a ser substituídos por servidores aprovados em concurso público, não havendo qualquer menção ao cargo pleiteado.

7. Assim, como o concurso ainda não expirou (validade até 1º.07.2014, conforme Edital n. 10. de 27 de junho de 2012. publicado no DOU do dia 28/06/2012, que prorrogou o certame), não se pode deferir de imediato a nomeação, pois apesar da impetrante ter sido aprovada no concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital, deve-se respeitar a discricionariedade da Administração Pública para determinar a nomeação dos candidatos aprovados, a qual deve ser limitada à conveniência e oportunidade da convocação dos aprovados dentro do período de validade do certame.

8. Segurança denegada.”

(STJ, MS 18.686/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 18/04/2013).

Aliás, como bem asseverou o douto membro do Parquet: “constatando-se a necessidade perene de preenchimento de vaga e a existência de candidatos aprovados em concurso válido, a expectativa se convola em direito líquido e certo, devendo-se assegurar a nomeação da candidata, respeitando-se a ordem de classificação” (f. 104).

Pelos documentos colacionados, há prova clara de que o cargo para o qual a candidata foi aprovada encontra-se ocupado em caráter precário, inclusive por convocação publicada no Diário Oficial n. 8.507, de 3 de setembro de 2013 (f. 33-35), isto é, dentro do prazo de validade do concurso público realizado, o que

evidencia ato omissivo ilegal da autoridade coatora, que deixou de nomeá-la mesmo diante a existência de vagas e, consequentemente, o direito líquido e certo da impetrante.

Isso posto, com o parecer Ministerial, concedo a segurança para determinar à autoridade coatora que nomeie a impetrante no cargo de professora de História no Município de Tacuru para o qual foi aprovada e classificada, nos termos do Edital de Homologação n. 20/2013 - SAD/SED, publicado no Diário Oficial n. 8.467 de 8 de julho de 2013.

Sem sucumbência, nos termos legais e sumular.

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.

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. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Josué de Oliveira, Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Hildebrando Coelho Neto, Des. João Maria Lós e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, MS, 08 de janeiro de 2014.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0800426-52.2013.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – CONTRATOS BANCÁRIOS – RETENÇÃO DA INTEGRALIDADE DO SALÁRIO DO CONSUMIDOR PARA SALDAR SEU DÉBITO – PRÁTICA ILEGAL E ABUSIVA – CPC, ART. 649, IV – DESCONTO DE PARTE DO SALÁRIO – ANUÊNCIA DO DEVEDOR – POSSIBILIDADE – COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA – ADMISSIBILIDADE – CPC, ART. 461, § 4º – PARCIAL PROVIMENTO.

Ainda que em todos os contratos firmados entre as parte houvesse cláusula autorizando a retenção integral do salário do consumidor para quitação do seu débito, a previsão seria ilegal e abusiva, porque contrária ao disposto no artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil e à jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte.

Como o requerente ofereceu parcela do seus rendimentos para saldar sua dívida, em percentual superior ao que pleiteia o requerido, deve ser admitido o desconto no valor descrito na petição inicial.

As *astreintes*, *ex vi* do disposto no artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, devem ser arbitradas como forma de influenciar na vontade do demandado, para tornar efetiva a decisão judicial, o que permite sua fixação em caso de proibição de apropriação integral do salário do consumidor devedor.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - COMPROMETIMENTO DA SUBSISTÊNCIA DO DEVEDOR E DE SUA FAMÍLIA - VIOLAÇÃO DO POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - DANO MORAL CONFIGURADO - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - TRINÔMIO REPARAÇÃO-PUNIÇÃO-PROPORCIONALIDADE - RESTITUIÇÃO DE VALORES INDEVIDA - CC, ART. 940, E CDC, ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO - DÉBITO EXISTENTE E PARCELAS CONTRATADAS - ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - PREQUESTIONAMENTO - PARCIAL PROVIMENTO.

A absorção integral do salário do correntista para quitação de seu débito é ilegal e causa danos morais, porque coloca em risco a própria sobrevivência do trabalhador, assim como de seus familiares, acarretando, em maior grau, a violação ao postulado da dignidade da pessoa humana.

Para arbitrar o valor da indenização deve-se atentar ao trinômio reparação-punição-proporcionalidade, levar em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido do prejuízo experimentado.

Na esteira dos artigos 940 do Código Civil e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, somente há falar em restituição de valores quando do consumidor são exigidos valores superiores aos efetivamente devidos ou quando não houver nenhuma dívida. No caso, em se tratando cobrança de dívida existente e pelos valores contratados entre as partes, não há direito à devolução do que já foi pago.

Pelo princípio da causalidade, no qual está contido o da sucumbência, os custos do processo e os honorários de advogado devem ser suportados por quem deu causa à propositura da ação, *in casu*, pelo requerido.

Quanto ao prequestionamento, não é obrigatório ao julgador manifestar-se especificamente sobre cada um dos dispositivos legais citados pelas partes, mormente em razão do brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de janeiro de 2014.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Banco Santander Brasil S/A apelou da sentença que acolheu em parte os pedidos deduzidos na inicial da Ação de Indenização c/c Repetição de Indébito ajuizada por Ronald Ferreira Campos, que, confirmando a liminar antes concedida, declarou abusiva a cláusula contratual permissiva da apropriação do salário do devedor enquanto persistir a dívida.

Alegou, em apertada síntese, que a cláusula que permite a retenção dos valores depositados na conta corrente do devedor, ainda que a título de salário, além de expressamente contratada e cientificada ao apelado, é modalidade de garantia aos consumidores, pois viabiliza a redução das taxas e encargos.

Esclareceu que “[...] o Apelado esta ciente da legalidade dos descontos em sua conta corrente, não podendo alegar que desconhecia desta possibilidade, no claro intuito de burlar o que havia contratado e eternizar sua inadimplência perante a Requerida, pois utilizou os créditos sem qualquer coação, de livre e espontânea vontade” (f. 373).

Sustentou, na sequência, que não praticou ato ilícito, não agiu com culpa, nem mesmo realizou descontos indevidos na conta do apelado, porque agiu estritamente nos limites do que fora contratado e em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, mencionado desconto não configura prática ilegal e abusiva.

Destacou, ainda, o princípio da força obrigatória dos contratos - *pacta sunt servanda* -, que enuncia que os contratantes ficam vinculados ao que acordaram livre e espontaneamente; e insistiu no argumento de legalidade dos descontos realizados.

Insurgiu-se, ato contínuo, contra a multa diária arbitrada para o caso de descumprimento da decisão interlocutória que impediu que os descontos continuassem consumindo o salário do apelado, afirmando que ela gera enriquecimento indevido, devendo ser decotada ou, ao menos, reduzida a patamar razoável.

Ao final, prequestionou os artigos 186 e 412 do Código Civil, o artigo 644 do Código de Processo Civil e o artigo 5º da Constituição da República e pediu o provimento do recurso, para “[...] *julgar improcedente o pedido inicialmente formulado, autorizando que o banco desconte 30% de seu vencimento, para o adimplemento da dívida atribuída ao Apelado, condenando-se ao final o recorrido ao pagamento das verbas sucumbenciais, e/ou reduzir a verba condenatória, fim de adequá-la aos parâmetros máximos anteriormente mencionados, fazendo-se, assim, a sempre almejada*” (f. 381).

Contrarrazões às fs. 418-426.

Igualmente insatisfeito, Ronald Ferreira Campos também recorreu da sentença, asseverando que nela há uma contradição: ao mesmo tempo em que é reconhecida a ilicitude da retenção do seu salário, não é admite a condenação da instituição financeira à reparação dos danos morais, à repetição de indébito nem ao pagamento integral das despesas do processo.

Salientou, em seguida, que foram firmados entre os litigantes 13 contratos, mas apenas três deles tiveram cópias juntadas aos autos pelo apelado, sendo impossível constatar se todos previam o desconto de valores em conta corrente. Desse modo, ao não colacionar aos autos todos os documentos que estavam em seu poder, o apelado assumiu o risco de ver acolhidos integralmente os pedidos iniciais.

Relatou que a retenção salarial é considerada prática ilícita, contrária ao disposto nos artigos 7º, inciso X, da Constituição da República e 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, de modo que é inarredável a responsabilidade da instituição financeira pelo prejuízo extrapatrimonial que suportou, não se questionando a verificação da culpa, e o dever de restituir em dobro o que considera-se pago em excesso.

Obtemperou, também, que o apelado deu causa ao ajuizamento da ação, o que, *ex vi* dos princípios da causalidade e da restituição integral, determina que ele suporte exclusivamente os ônus de sucumbência.

Derradeiramente, pediu o provimento do recurso de apelação, para reformar a sentença, nos termos de sua irresignação.

Resposta às fs. 429-440.

VOTO

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

Ronald Ferreira Campos ajuizou esta Ação de Indenização c/c Repetição de Indébito em desfavor do Banco Santander Brasil S/A, relatando que contraiu junto ao requerido treze empréstimos, cujo pagamento consumia integralmente o seu salário. Todo o dinheiro depositado pelo seu empregador em sua conta bancária era retido ilegalmente pelo requerido.

Pediu, então, que o requerido fosse proibido de apropriar-se de seu salário, que fosse compelido a firmar acordo parcelando todo o débito em prestações mensais de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais), a condenação de indenização por danos morais e a pagar em dobro os valores retidos indevidamente.

A sentença acolheu em parte o pedido, “[...] *determinando que o Requerido se abstenha de se apropriar do salário do Requerente, ainda que contratado, por reconhecer como abusiva a cláusula que prevê mencionada prática*” (f. 366), contra o que se insurgiram ambas as partes, cada qual na parte em que lhe foi desfavorável.

I. Recurso interposto pelo Banco Santander Brasil S/A

I.a Possibilidade de retenção salarial

O apelado, que afirma ter celebrado com o apelante 13 contratos, dentre os quais, nove empréstimos, passou a ter seu salário integralmente consumido para pagamento das dívidas deles decorrentes. Tal fato é confirmado pelo apelante, que defende sua legalidade, porque expressamente contratada a retenção do salário para quitação dos empréstimos e face ao princípio da força obrigatória dos contratos - *pacta sunt servanda*.

Como consignado pelo magistrado sentenciante, ainda que o apelante tivesse colacionado aos autos todos os instrumentos entabulados com o consumidor, o que não ocorreu, e neles houvesse cláusula autorizando a absorção salarial, a previsão seria ilegal e abusiva, porque contrária ao disposto no artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, *verbis*:

“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 [...].”

É entendimento sedimentado nos tribunais pátrios que a integralidade da verba de natureza salarial não pode ser objeto de descontos, em razão do seu caráter alimentar e da presunção de indispensabilidade para o sustento do trabalhador e de sua família.

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a questão, senão vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BANCÁRIO. CONTRATO DE CHEQUE ESPECIAL. RETENÇÃO DO SALÁRIO DO CORRENTISTA. ILEGALIDADE. 1. A retenção de salário do correntista para fins de saldar débito relativo ao contrato de cheque especial, ainda que conste cláusula autorizativa, não se reveste de legalidade, porquanto a instituição financeira pode buscar a satisfação de seu crédito pelas vias judiciais. 2. “Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo.” Agravo improvido (AgRg no Ag 1.225.451/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/6/2010, DJe 17/6/2010). 3. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp 876.856/MG. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Publicação DJe 13.3.2013) (grifo nosso).

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. BANCÁRIO. CONTA-CORRENTE. DEPÓSITO PROVENIENTE DE SALÁRIO. RETENÇÃO PARA SATISFAÇÃO DE DÉBITO COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. 1. Não é cabível a quitação de dívidas contraídas com a instituição financeira por meio da retenção de salários ou proventos depositados em conta-corrente, ainda que haja cláusula contratual autorizando a retenção. 2. Decisão agravada mantida pelos seus próprios fundamentos. 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO” (AgRg no REsp 1201030/RS. Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Publicação DJe 11.12.2012) (grifo nosso).

Outro não é o posicionamento desta Corte:

“APELAÇÃO CÍVEL. RETENÇÃO SALARIAL. DESCONTOS EM CONTA CORRENTE PARA FINS DE QUITAÇÃO DE SALDO DEVEDOR. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO IMPROVIDO. I) É ilícito e abusivo o banco reter salário depositado na conta do cliente para fins de pagamento de saldo devedor decorrente da utilização do cheque especial, mesmo quando autorizado. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. II) Recurso a que se nega provimento” (Apelação nº 0065111-69.2010.8.12.0001 - Campo Grande. Quarta Câmara Cível. Relator Des. Dorival Renato Pavan. Julgamento 14.6.2013) (grifo nosso).

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RETENÇÃO DE SALÁRIO PARA PAGAMENTO DE SALDO DEVEDOR – IMPOSSIBILIDADE – PREVISÃO CONTRATUAL – CLÁUSULA ABUSIVA – ARTIGO 51 CDC – ARTIGO 649 INCISO IV DO CPC – ILICITUDE – DEVER DE REPARAR – RECURSO IMPROVIDO. Mesmo com cláusula contratual permissiva, a apropriação do salário do correntista pelo banco-credor para saldar dívida decorrente de contrato bancário é ilícita e dá ensejo a reparação por dano moral. A instituição dispõe de outros meios, inclusive judiciais, colocados à sua disposição, para cobrar a dívida perante o devedor. Nos termos do artigo 649, IV do CPC, são impenhoráveis os salários do correntista, de modo que nem mesmo o Poder Judiciário pode promover o seu bloqueio. [...]” (Apelação Cível nº 2012.007758-9/0000-00 - Campo Grande. Terceira Câmara Cível. Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay. Julgamento 29.5.2012) (grifo nosso).

Destarte, como bem ponderado pelo Des. Dorival Renato Pavan no julgamento da Apelação nº 0065111-69.2010.8.12.0001,

“E tal prática, se fomentada fosse, certamente estaria legitimando o banco a penhorar extrajudicialmente e indistintamente salários o que não pode ser aceito, haja vista que, à luz do artigo mencionado, nem mesmo ao Judiciário, no âmbito do devido processo legal, é dado assim proceder”.

I.b Desconto parcial do salário

De outro lado, no tocante ao pedido do apelante, de desconto parcial do salário do correntista, no limite de 30%, considerando que o apelado, na exordial, ofereceu R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais) mensais para saldar seu débito, valor esse que ultrapassa 30% dos seus rendimentos, que são de R\$ 4.872,00 (quatro mil, oitocentos e setenta e dois reais), atendendo ao interesse de ambas as partes, deve ser acolhido.

I.c Multa diária

Nesse ponto, melhor sorte não assiste ao apelante, vez que a multa cominatória arbitrada em R\$ 1.000,00 (um mil reais) não deve ser decotada nem reduzida, sob pena de não atingir seu caráter coercitivo.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 461, § 4º, prescreve que o juiz poderá “*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*”.

Discorrendo sobre aludido dispositivo legal, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero lecionam:

‘É possível a aplicação de multa coercitiva para constranger ao cumprimento de decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos, sempre que neles se impor a observância de um fazer ou não-fazer. É possível aplicar multa coercitiva para outorgar efetividade à tutela antecipatória, à tutela cautelar ou a tutelas finais’ (apud Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 429).

As *astreintes* devem ser arbitradas como forma de influenciar na vontade do demandado, para tornar efetiva a decisão judicial, o que permite sua fixação em *quantum* desvinculado do proveito pretendido com a demanda.

Com efeito, deve a multa cominatória ser estabelecida em montante suficiente para fazer com que o demandado prefira cumprir a determinação judicial, levando-se em consideração, para tanto, sua capacidade econômica.

Neste sentido, vejamos alguns julgados:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – NULIDADE DA SENTENÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA NOMEAÇÃO DO PERITO – INTIMAÇÃO DO RÉU PARA EFETUAR O RECOLHIMENTO DA DILIGÊNCIA – PRESCRIÇÃO – DATA DA POSSE – NÃO IMPUGNAÇÃO – POSSE INDEVIDA – PROVA – PERÍCIA – PERDAS E DANOS – USO INDEVIDO DA PROPRIEDADE – MULTA DIÁRIA – VALOR – RAZOABILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CONDENAÇÃO – FIXAÇÃO COM BASE NO § 3º DO ARTIGO 20 DO CPC – PROVIDA. [...] A multa diária fixada serve para coagir o devedor a cumprir a determinação judicial, assegurando o efeito prático da sentença. Por essa razão, pode ser fixado valor elevado. [...]” (TJ/MS. Apelação Cível nº 2003.013201-5/0000-00 - Mundo Novo. Quarta Turma Cível. Relator Des. Rêmolio Letteriello. Julgamento 2.3.2004).

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA A NÃO INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. ASTREINTES. POSSIBILIDADE. 1. É devida a aplicação de multa diária como meio coercitivo para o cumprimento de decisão judicial que determina a exclusão ou impede a inscrição do nome do devedor em cadastro de restrição de crédito. 2. Em regra, é inadmissível o exame do valor atribuído às astreintes, tendo em vista que tal providência depende da reavaliação do contexto fático-probatório inserto nos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. Todavia, o óbice da referida súmula pode ser afastado em hipóteses excepcionais, quando for verificada a exorbitância ou a irrisoriedade da importância arbitrada, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que, no entanto, não se verifica na hipótese em exame. 3. Agravo interno a que se nega provimento” (STJ. AgRg no Ag 1269353/RS. Quarta Turma. Relator Ministro Raul Araújo. Julgamento 17.8.2010. Publicação DJe 1.9.2010).

Desta feita, estando a multa diária, no caso *sub examine*, em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, principalmente, sendo apta a compelir o apelante ao cumprimento da decisão que obstou a retenção do salário do apelado, não há falar em sua exclusão ou redução, o que impede a reforma do *decisum*.

Logo, o recurso da instituição financeira deve ser provido apenas para admitir os descontos sobre o salário do apelado que não superem R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais) mensais.

II. Recurso interposto por Ronald Ferreira Campos

Ronald Ferreira Campos, a seu turno, defende a condenação da instituição financeira ao pagamento de indenização por danos morais e a restituir em dobro os valores retidos indevidamente, bem assim que ele responda exclusivamente pelas despesas do processo e dos honorários de advogado.

II.a Indenização por danos morais

Assim como é pacificado no Tribunal da Cidadania e nesta Corte que a absorção integral do salário do correntista para quitação de seu débito é ilegal, também está sedimentado que, em casos tais, há configuração de danos extrapatrimoniais.

Com efeito, a apropriação integral do salário coloca em risco a própria sobrevivência do trabalhador, assim como de seus familiares, acarretando, em maior grau, a violação ao postulado da dignidade da pessoa humana.

A propósito:

“AGRAVO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRATO DE CONTA CORRENTE. DESCONTO AUTOMÁTICO DE DÉBITOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. [...] 2. Ainda que expressamente pactuado pelo cliente que quaisquer valores depositados em sua conta corrente possam ser utilizados para o pagamento do débito contraído, a retenção integral de seu salário pela instituição financeira para esse fim resulta em ilícito passível de indenização por dano moral. 3. Agravo regimental provido para conhecer do agravo para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento” (STJ. AgRg no AREsp 175.375/RJ. Terceira Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Publicação DJe 22.8. 2013) (grifo nosso).

“DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTA-CORRENTE. PROVENTOS APOSENTADORIA. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. - Não se confunde o desconto em folha para pagamento de empréstimo garantido por margem salarial consignável, prática que encontra amparo em legislação específica, com a hipótese desses autos, onde houve desconto integral dos proventos de aposentadoria depositados em conta corrente, para a satisfação de mútuo comum. - Os proventos advindos de aposentadoria privada de caráter complementar têm natureza remuneratória e se encontram expressamente abrangidos pela dicção do art. 649, IV, CPC, que assegura proteção a ‘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’. - Não é lícito ao banco reter os proventos devidos ao devedor, a título de aposentadoria privada complementar, para satisfazer seu crédito. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo. - Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. Precedentes. Recurso Especial provido” (STJ. REsp 1012915/PR. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Publicação DJe 3.2.2009) (grifo nosso).

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C PEDIDO DE LIMINAR – RETENÇÃO DO SALÁRIO PERCEBIDO EM CONTA CORRENTE PELO DEVEDOR PARA COBERTURA DE SALDO NEGATIVO DE LIMITE – ABUSIVIDADE – PRECEDENTES STJ – DANO MORAL CARACTERIZADO – JUROS DE MORA INCIDENTES A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO – RELAÇÃO CONTRATUAL – INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO – INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBÊNCIAIS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO” (TJ/MS. Apelação nº 0069701-89.2010.8.12.0001 - Campo Grande. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Julgamento 24.1.2013) (grifo nosso).

Então, o expediente ilegal adotado pelo apelado para receber seu crédito, por si só, causou danos morais ao apelante, que, como de sabença trivial, é *in re ipsa*, dispensando própria da sua ocorrência.

Nessa ordem, passo ao arbitramento do valor da indenização.

O valor da indenização não pode ser baixo a ponto de se tornar irrelevante para o ofensor e nem alto, de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do ofendido. O mais abalizado entendimento doutrinário e jurisprudencial determina sua fixação com o propósito de desestimular ações lesivas da mesma espécie, alicerçando a condenação no princípio da razoabilidade.

Com efeito, atendendo-se ao trinômio reparação-punição-proporcionalidade, é preciso levar em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido da dor experimentada.

Esse é, aliás, o entendimento assente neste Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE CARGO C/REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – RECURSO ADESIVO DO AUTOR – SERVIDOR PÚBLICO EXONERADO SEM MOTIVAÇÃO POR PORTARIA – MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ARBITRADA EM 10 VEZES O SALÁRIO BRUTO PERCEBIDO À ÉPOCA DO FATO – RECURSO IMPROVIDO. Para definição do valor do dano moral, é preciso levar em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido da dor experimentada, devendo, portanto, guardar a fixação sintonia com o princípio da razoabilidade. O valor da indenização por dano moral sujeita ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, observando as circunstâncias do caso concreto, a fim de que seja compatível para amenizar a dor e dissuadir o ofensor, sem enriquecer ou empobrecer os envolvidos” (Apelação Cível nº 2006.001861-0/0000-00 – Jardim. Terceira Câmara Cível. Relator Des. Hamilton Carli. Julgamento 15.3.2006).

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO C/C REPARAÇÃO DE DANOS – ALTERAÇÃO DO PEDIDO APÓS CONTESTAÇÃO – VEDAÇÃO – MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – DUPLICATAS LEVADAS A APONTAMENTO NO CARTÓRIO DE PROTESTO – COMPRA DE PRODUTOS NÃO REALIZADA PELA AUTORA – DANO MORAL CARACTERIZADO – VALOR FIXADO QUE NÃO ATENDE O BINÔMIO REPARAÇÃO/PUNIÇÃO – PROVIMENTO PARCIAL. [...] O valor da indenização deve atender o binômio reparação/punição, amenizando o abalo moral experimentado pela vítima e ao mesmo tempo provocar efeitos no patrimônio do réu a fim de desencorajá-lo a praticar condutas semelhantes” (Apelação Cível nº 2006.019375-0/0000-00 – Amambai. Segunda Câmara Cível. Relator Des. Luiz Carlos Santini. Julgamento 12.12.2006).

Ainda sobre critérios para fixação da indenização decorrente do prejuízo não patrimonial, vejamos escólio de Salomão Resedá:

“A função agregada ao valor pago em razão da lesão imaterial possui caráter diverso daquela relacionada ao prejuízo patrimonial. Em razão disso, não é possível a aplicação de critérios semelhantes em tais casos. Para os danos morais, fundamentado na ideia da função social da responsabilidade civil, além da satisfação do ofendido, deve o magistrado procurar meios para manter hígida paz social.

À sociedade interessa que o Direito possua a capacidade de sustentar as relações interpessoais dentro de um padrão de equilíbrio e respeito. Isso implica em dizer que, ao

praticar um ato ilícito contra uma determinada pessoa, o coletivo também será passível de experimentar os danos decorrentes, o que impõe ao agente suportar as consequências do seu agir.

‘Nesse norte tenho que na fixação de indenização por dano moral deve-se estar atento à situação financeira do ofensor, pouco ou nada importando que o ofendido receba quantia considerável e que os honorários do advogado do vencedor também sejam polpudos. Não há que se ter em mente, portanto, o ‘enriquecimento’ do ofendido, mas sim correta e adequada punição ao ofensor’¹²⁹’ (apud A Função Social do Dano Moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 302-303).

Destarte, atendendo aos critérios acima mencionados e considerando principalmente a capacidade econômica das partes, a ineficiência do serviço prestado pelo apelado, o desrespeito à legislação pátria e, sobretudo, aos direitos do consumidor, arbitro a indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

II.b Repetição de indébito

O artigo 940 do Código Civil, repetindo *ipsis litteris* a redação do artigo 1.531 do diploma anterior, preceitua:

“Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu artigo 42, parágrafo único, também autoriza a repetição de indébito, senão vejamos:

“Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro ao que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

Como se vê dos citados dispositivos, somente há falar em restituição de valores quando do consumidor são exigidos valores superiores aos efetivamente devidos ou quando não houver nenhuma dívida. No caso, não há questionamento acerca do débito do apelante, nem mesmo da correção dos valores cobrados pelo apelado. A discussão é atinente apenas à apropriação de seu salário.

Destarte, em se tratando cobrança de dívida existente e pelos valores contratados entre as partes, não há direito à restituição, devendo a sentença manter-se incólume nesse ponto.

II.c Ônus de sucumbência

Como exaustivamente afirmado acima, a presente ação foi ajuizada porque a instituição financeira reteve ilegalmente todo o salário do apelante. Por isso, deve ela arcar com as despesas do processo e com a

1 Trecho destacado do inteiro teor do acórdão nº 71001528520, Julgado pela Terceira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 29.01.2008 e que teve como relator Yoama Assis Brasil de Moraes. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCONSTITUIÇÃO DE DÉBITO C/C DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. SERASA E SPC. LINHA DE TELEFONIA MÓVEL FRAUDULENTAMENTE HABILITADA EM NOME DA PARTE AUTORA. Adotando as operadoras de telefonia serviço falho no que diz respeito às habilitações de terminais, possibilitando que sejam instaladas linhas em nome de terceiros que não os titulares das solicitações, não há lugar para prevalecer o débito gerado em nome de terceiro. Fixação do *quantum* indenizatório deve atentar para as condições econômicas das partes, intensidade do dano, grau de culpa, a finalidade da sanção reparatória e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. *Quantum* mantido. Indenização fixada nos parâmetros utilizados para casos análogos. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em : <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2008).

verba honorária, porquanto a propositura da demanda teve fundamento em conduta abusiva sua. Para tanto, é irrelevante que nem todos os pedidos iniciais tenham sido acolhidos.

Consoante se extrai dos julgados abaixo transcritos, entende o Superior Tribunal de Justiça que aquele que deu causa ao processo deve arcar com as despesas dele originadas, *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 357 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC NÃO APONTADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENSIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. [...] 2.- O princípio da sucumbência, adotado pelo art. 20 do CPC, encontra-se contido no da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes. [...] 4.- Agravo Regimental a que se nega provimento” (AgRg no AREsp 264.742/RS. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. Julgamento 19.2.2013. Publicação DJe 28.2.2013) (grifo nosso).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO. AÇÃO RENOVATÓRIA. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. PAGAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. [...] 2. Em havendo o reconhecimento do pedido inicial, inconcebível a existência de lide de mero acerto, de modo que as custas e honorários advocatícios serão devidos pelo réu, pois foi quem deu causa à instauração do processo. 3. Agravo regimental improvido” (AgRg no Ag 878.460/DF. Sexta Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento 14.9.2010. Publicação DJe 4.10.2010).

Portanto, também quanto a esta irrisignação deve ser provido o recurso, para que as custas do processo e os honorários advocatícios sejam suportados pelo apelado.

III. Prequestionamento

Por fim, quanto ao prequestionamento, não é obrigatório ao julgador manifestar-se especificamente sobre cada um dos dispositivos legais citados pelas partes, mormente em razão do brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*.

Logo, por estar suficientemente debatida a questão, deixo de tratar expressamente dos artigos que não foram analisados anteriormente.

IV. Dispositivo

Posto isso, dou parcial provimento aos recursos, para:

a) admitir descontos sobre o salário do requerente que não superem R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais) mensais;

b) condenar o requerido ao pagamento de indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, desde a data do evento danoso e corrigida monetariamente pelo IGP-M/FGV, a contar da data do arbitramento (Súmulas 54² e 362³ do STJ); e

c) determinar que o requerido suporte, ainda, as despesas do processo e a verba honorária, esta fixada em 15% sobre o valor da condenação.

2 Súmula 54/STJ: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

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. Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 14 de janeiro de 2014.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0024422-46.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESPEJO – 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 – NULIDADE DA CLÁUSULA – RECHAÇADA – RETENÇÃO DE BENFEITORIAS – NÃO COMPROVADAS – 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.

Contrato com previsão expressa de impossibilidade de retenção de benfeitorias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de janeiro de 2014.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Fernando Cesar de Figueiredo e Rosana Maria Serra de Figueiredo apelam da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial da Ação de Despejo c/c Cobrança de Alugueres ajuizada por Ruth Nair Nogueira Barbosa para decretar a resolução do contrato de locação, imitando a autora na posse do bem, condenando-os ao pagamento de alugueres e encargos locatícios desde outubro de 2009.

Preliminarmente, sustentam que se comprometeram como garantidores do contrato por um ano apenas, período compreendido entre 01.12.2001 a 01.12.2002 e que, apenas em 2011 tiveram ciência da prorrogação do contrato, situação que afasta sua legitimidade passiva para responder aos termos da demanda.

No mérito, asseveram que a cláusula que prevê a responsabilidade dos fiadores até a efetiva entrega das chaves é nula porquanto não podem permanecer indefinidamente obrigados ao pagamento, especialmente no caso dos autos em que a prorrogação se deu por mais de 10 anos.

Ao final, pugnam pelo provimento do recurso para acolher a preliminar e, no mérito para reconhecimento da nulidade da cláusula contratual.

Carlos Augusto Camargo de Azambuja também recorre da sentença argumentando, prefacialmente, ilegitimidade passiva dos fiadores, uma vez que não tinham ciência da prorrogação do contrato.

No mérito, aduz que possui direito à retenção das benfeitorias para fins de compensação quando da apuração do débito e acostou duas lâminas de cheque que garante serem proveniente de pagamento realizado diretamente à imobiliária.

Resposta às fls. 196/203 requerendo a manutenção da sentença.

VOTO

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

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Cuidam os autos acerca de Ação de Despejo ajuizada por Ruth Nogueira Barbosa em face de Carlos Augusto Camargo de Azambuja, Fernando Cesar de Figueiredo e Rosana Maria Serra Figueiredo julgado parcialmente procedente o pedido para decretar a resolução do contrato de locação, imitando a autora na posse do bem, condenando-os ao pagamento de alugueres e encargos locatícios desde outubro de 2009.

Preliminar de ilegitimidade passiva

Os apelantes recorrem argumentando, preliminarmente, que a prorrogação da fiança prestada por prazo certo no contrato de locação se deu sem o consentimento dos fiadores, o que seria vedado pela Súmula nº 214 do Superior Tribunal de Justiça.

Consoante se extrai dos autos, mais precisamente no Contrato de Locação de f. 14, verifica-se que os apelantes Fernando e Rosana, dentre outros encargos assumidos como fiadores, responsabilizaram-se pelo adimplemento dos alugueis até a efetiva entrega das chaves do imóvel locado.

Referida obrigação, consta na Cláusula 18ª do Contrato de Locação, do excerto “Até a efetiva entrega das chaves e assinatura do distrato, ainda que a locação se prorrogue por prazo indeterminado”.

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.

Mérito

No que se refere ao mérito os argumentos dos apelantes resumem-se em nulidade da cláusula que previa a possibilidade de prorrogação e direito de retenção de benfeitorias.

A cláusula não merece ser considerada nula diante da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça que considera a validade do texto em contratos locatícios.

Tanto que a súmula 214 daquela Corte especifica que “*O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu*”, ou seja, em caso de anuência é possível responsabilizar o fiador.

Assim, não é nula a cláusula inserta no contrato.

De outro lado, acerca das benfeitorias e dos cheques acostados, tenho que o apelante não juntou as lâminas em momento oportuno, portanto, a conclusão do sentenciante persiste, a saber:

“Com efeito, são devidos pelos réus os alugueres e encargos locatícios vencidos, ou seja, desde outubro de 2009, além dos vincendos (CPC, art. 290), com os acréscimos legais.

Afasto a compensação pretendida pelo réu Carlos do débito com as taxas condominiais que teria quitado (f. 47-50), mesmo porque a esse incumbia referido ônus, como consta no contrato (f. 12).

Melhor sorte não lhe assiste ao pretender a compensação com os valores de duas lâminas de cheque ‘repassados pela cunhada do requerido à Síndica do Condomínio, no valor, cada uma, de R\$ 250,00, cujas microfilmagem das lâminas de cheque, servirão de prova na liquidação.’ (f. 33) (sic)

Não se sabe a que título foram emitidos tais cheques, sequer acostados aos autos, sendo certo que não poderiam ser juntados em eventual liquidação de sentença para fins de compensação, à míngua do menor indício da existência das cártulas, olvidando-se o réu do ônus inserto no art. 333, II, do Código de Processo Civil e do que reza o art. 369¹ do Código Civil.

Acerca das benfeitorias, delas não há prova, sem contar que o contrato prevê expressamente que ao locatário não caberá indenização, restituição ou retenção dessas, seja de que natureza forem (f. 13).” f. 05

A sentença, portanto, é escorreita e não comporta modificações, devendo ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

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. Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 14 de janeiro de 2014.

¹ Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0030440-49.2012.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA–APELAÇÃO CÍVEL–AÇÃO DE COBRANÇA–CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – DIREITO DO CONSUMIDOR – COBRANÇA DE RESÍDUO INFLACIONÁRIO – CLÁUSULA ABUSIVA – COBRANÇA INDEVIDA – APELAÇÃO PROVIDA – SENTENÇA REFORMADA.

I) O CDC proíbe veementemente o abuso de direito e, no seu artigo 51, inciso IV, prescreve que são cláusulas abusivas e nulas de pleno direito as cláusulas que *“estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”*.

II) A cobrança de saldo residual que coloca o consumidor em desvantagem, ao conferir um benefício inapropriado à construtora, deve ser declarada abusiva, tornando nula a cláusula contratual que a prevê.

IV) As informações prestadas ao consumidor e as cláusulas constantes do contrato de financiamento 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.

V) Recurso conhecido e provido. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 14 de janeiro de 2014.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Clodoaldo de Oliveira Miranda interpõe apelação cível às fls. 136-149, insurgindo-se contra a sentença de fls. 130-131, proferida pelo douto juízo da 16ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/MS, que julgou procedentes os pedidos formulados por PROGEMIX – Programas Gerais de Engenharia e Construção Ltda. na Ação de Cobrança n. 0030440-49.2012.8.12.0001, condenando o requerido/apelante ao pagamento de R\$ 22.268,01.

A autora/apelada ingressou com essa ação pretendendo a condenação do requerido ao pagamento de R\$ 22.268,01 referente ao saldo residual decorrente de contrato de compra e venda de unidade habitacional.

Contou que, embora o requerido tenha arcado com a entrada e o pagamento das 100 parcelas pactuadas, deixou de efetuar o pagamento do saldo residual, que atualmente corresponderia a R\$ 22.268,01, razão pela qual ingressou com essa ação.

Após o regular trâmite processual, foi proferida a sentença de fls. 130-131, por meio da qual o douto juiz *a quo* julgou procedente o pedido inicial.

Irresignado, o requerido apela do *decisum* alegando, em síntese, que aplica-se ao caso o Código de Defesa do Consumidor; que a cláusula contratual que estabelece a cobrança do saldo residual é abusiva; que o saldo devedor é corrigido no momento do financiamento pelo agente financeiro, assim, a construtora recebe o valor corrigido do agente financeiro e, ainda assim, aplica correções que por fim geram saldo residual para o comprador.

Requer o conhecimento e provimento da apelação para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões às fls. 159-165.

VOTO

Des. Dorival Renato Pavan (Relator).

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta às fls. 136-149 por Clodoaldo de Oliveira Miranda, insurgindo-se contra a sentença de fls. 130-131, proferida pelo douto juízo da 16ª Vara Cível da comarca de Campo Grande/MS, que julgou procedentes os pedidos formulados por PROGEMIX – Programas Gerais de Engenharia e Construção Ltda., na Ação de Cobrança n. 0030440-49.2012.8.12.0001, condenando o requerido/apelante ao pagamento de R\$ 22.268,01.

I.

Consta dos autos que a autora firmou, em 1995, um contrato de compra e venda do apartamento n. 04, Bloco “H”, do Condomínio Residencial Nova Grécia, localizado na Rua José Nogueira Vieira, 1540, inicialmente com Mário Marcio Rodrigues Cruz.

Em 20 de outubro de 2000, o imóvel foi transferido para o Sr. Ademar Maciel Rezende e, posteriormente, em 24 de abril de 2003, para Clodoaldo de Oliveira Miranda, ora réu, que quitou o pagamento das 100 prestações mensais de R\$ 169,00, mas não pagou o saldo complementar apurado ao final.

A apelada, então, ajuizou a presente ação de cobrança a fim de receber o valor de R\$ 22.268,01 (vinte e dois mil, duzentos e sessenta e oito reais e um centavo), a título de resíduo.

Na sentença, o magistrado julgou procedente o pedido inicial, condenando o réu ao pagamento do saldo residual.

Daí a interposição da presente apelação pelo réu.

É de se ver, primeiramente, que a controvérsia gira em torno da legalidade da cláusula quarta do Instrumento Particular de Compromisso de Compra e Venda (fls. 12-14), que dispõe sobre a forma de

reajuste das parcelas do contrato e sobre a cobrança do saldo residual – e, pela qual, após quitar as parcelas contratadas, o comprador ainda possui um saldo devedor no valor de 22.268,01 (vinte e dois mil, duzentos e sessenta e oito reais e um centavo) afeto ao saldo do resíduo.

Eis o teor da cláusula em questão:

“CLÁUSULA QUARTA: O preço certo e ajustado e a forma de pagamento da unidade habitacional, ou seja, de cada cota parte é o constante do item 03 do quadro resumo.

Parágrafo Primeiro: Por força da Medida Provisória que implantou o Plano Real, fica convencionado, que o reajuste das parcelas deste contrato será anual, ou no menor espaço de tempo em que a legislação permitir, tomando-se por base a variação do Índice Nacional do Custo de Construção (INCC), coluna 35 editado pela Fundação Getúlio Vargas, base o mês do início do contrato.

Parágrafo Segundo: O saldo devedor será reajustado mensalmente conforme o índice pactuado, mas será aplicado nos termos do parágrafo primeiro desta cláusula.

Parágrafo Terceiro: Caso haja extinção do índice pactuado como indexador, adotar-se-á como parâmetro de atualização do saldo devedor deste contrato, o que vier a medir a variação dos custos e insumos da construção civil, no Estado de Mato Grosso do Sul.

Parágrafo Quarto: As prestações serão reajustadas, de acordo com o índice pactuado no parágrafo primeiro desta cláusula, MAS NÃO PODERÃO SER SUPERIORES ao valor que corresponde ao item 04 do quadro resumo, vigentes na data de vencimento, inclusive suas antecipações.

Parágrafo Quinto: O resíduo (diferença entre o valor da prestação previsto no item 03 do quadro resumo e o limite máximo fixado no item 04 do quadro resumo e ou as eventuais diferenças que forem apuradas mensalmente em decorrência da variação do INCC/FGV em relação ao salário mínimo, será reposto, em favor da VENDEDORA, nas seguintes condições:

1) O resíduo será apurado no final do prazo fixado no item 03 do quadro resumo desta cláusula e será reposto em parcelas mensais e consecutivas, obedecendo os limites fixados no parágrafo quarto desta cláusula, iniciando-se no mês subsequente ao da apuração da diferença, o cálculo será feito exemplificadamente da seguinte forma:

- o número de prestações será apurado mediante divisão do valor do resíduo pelo valor determinado no item 04 do quadro resumo, vigente na época.

2) Se do segundo financiamento previsto do item “1” deste parágrafo for apurado algum resíduo, este, será quitado em 03 (três) parcelas mensais e consecutivas, iniciando-se no mês subsequente ao término do prazo referido no item supra, até a efetiva liquidação do saldo devedor.

Parágrafo Sexto: O COMPRADOR poderá, a seu critério, quitar o resíduo antecipadamente.”

II.

Tenho que o recurso deve ser provido e a sentença reformada.

Em princípio, é preciso enfatizar que o contrato avençado entre as partes se encontra amparado pelo Código Consumerista, diploma que proíbe veementemente o abuso de direito e, por isso, assegura ao consumidor a faculdade de ingressar no Judiciário para obter a nulidade de cláusulas contratuais abusivas sob as quais tenha sido submetido.

Ou seja: o Código do Consumidor veda a estipulação contratual abusiva, tanto que, expressamente dispôs, em seu artigo 51, inciso IV, que são nulas de pleno direito as cláusulas que *“estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”*.

Dentre dessa sistemática, o diploma consumerista traz, dentre suas normas principiológicas, o princípio basilar da boa-fé objetiva, o qual *“visa a garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém (...)”*¹, tratando-se de uma regra de conduta consubstanciada no *“dever das partes de agir com lealdade e cooperação, abstendo-se de condutas que possam esvaziar as legítimas expectativas da outra parte”*.

Na sequência e em decorrência do dever de agir segundo os parâmetros da boa-fé objetiva, surgem múltiplos deveres conexos, como o *dever de transparência, de informação e de cooperação*, por exemplo.

Por isso é que, de acordo com a dicção do mesmo Código, as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor, em contratos de adesão, devem ser redigidas com destaque, de modo que seja proporcionada ao aderente sua imediata e fácil compreensão (art. 54, parágrafo 4º, CDC).

Nesse contexto, surge também o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor, pelo qual *“as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”* (art. 47, CDC). Ou seja, diante de cláusulas de dúvida interpretação, cabe ao aplicador, atento à vulnerabilidade do consumidor, conferir o sentido que resguarde os interesses do mais frágil, em detrimento dos interesses da parte mais forte.

Busca-se, assim, com todas essas garantias, convergir todo o sistema legal para se atingir um maior equilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores, com especial atenção à necessidades da parte hipossuficiente, que é o consumidor.

Pois bem.

A meu ver, a cláusula contratual em questão não se coaduna com o regime jurídico que norteia o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que se mostra conflitante com suas normas gerais e principiológicas, mais especificamente com a cláusula geral de boa-fé.

Conforme a memória de cálculo juntada às fls. 21/23, o saldo residual pretendido pela empresa construtora poderá ser maior que o valor efetivamente pago a título de contraprestação pelo próprio bem, observando-se que atinge o patamar de 22.268,01 (vinte e dois mil, duzentos e sessenta e oito reais e um centavo), ao passo que o valor contratado corresponde a R\$ 16.900,00 (dezesesseis mil e novecentos reais), tendo o autor quitado, ao final das parcelas, R\$ 20.042,20 (vinte mil e quarenta e dois reais e vinte centavos).

¹ NUNES, Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3 ed. Editora Saraiva. p. 131.

Essa situação, por si só, já demonstra a abusividade da cobrança, pois, no regime jurídico vigente, onde impera o princípio da boa-fé acima referido, não há como respaldar o entendimento de que o valor cobrado pelo resíduo é efetivamente justo e devido.

Como se não bastasse, a falta de clareza e especificação quanto aos fatores que levaram à responsabilização do consumidor pelo pagamento residual, conforme se denota do contrato vai de encontro com o princípio da transparência, albergado pelo art. 4º, *caput*, CDC.

É, pois, dever do fornecedor, a construtora no caso, dar cabal informação a respeito das cláusulas contratuais estipuladas, especialmente quando impõem uma obrigação ao consumidor, de modo que este tome conhecimento exato do contrato a que está aderindo.

A falta de boa-fé por parte da recorrente decorre, ainda, da estipulação do preço em 100 (cem) parcelas mensais de R\$ 169,00 (cento e sessenta e nove reais – f. 15), sem qualquer especificação quanto ao reajuste monetário previsto no contrato assinado. É claro que, com isso, o consumidor foi levado a crer que, pagando as 100 (cem) prestações ajustadas, estaria liberado da obrigação – afinal, é certo que não foi informado com clareza acerca das correções, tampouco que isso poderia até mesmo dobrar o montante inicialmente previsto.

Nota-se, nesse sentido, que, além de confusa, a cláusula foi redigida sem o necessário destaque imposto pelo Código de Defesa do Consumidor, nos moldes da norma que abaixo transcrevo:

“Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

(...)

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.”

É de se ver, portanto, que, diante do abusividade acima constatada, é nula de pleno direito não apenas a cláusula afeta à correção mensal do saldo residual, mas a própria cobrança do valor relativo ao saldo residual, tendo em vista a violação aos princípios da boa-fé objetiva, do direito à informação e transparência.

Logo, se se constatou que a apelante não forneceu as informações claras e corretas sobre a contratação da cobrança do saldo residual, conforme concluído nos termos acima referido, é indubitado que a questão há de se encerrar para julgar improcedente o pedido de cobrança formulado na inicial.

III. Dispositivo:

Ante o exposto, conheço da apelação cível interposta pelo réu, Clodoaldo de Oliveira Miranda, e lhe dou provimento para reformar a sentença impugnada e julgar improcedentes os pedidos formulados por PROGEMIX – Programas Gerais de Engenharia e Construção Ltda., na presente ação de cobrança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Josué de Oliveira.

Campo Grande, MS, 14 de janeiro de 2014.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0001131-14.2011.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA—APELAÇÃO CÍVEL—AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER—MANUTENÇÃO DE PLANO DE SAÚDE – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DISPOSIÇÃO LEGAL QUE PREVÊ A POSSIBILIDADE DE CONTINUIDADE DO PLANO PARA OS SERVIDORES INATIVOS – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 31 DA LEI 9656/98 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

As cláusulas contratuais devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor, *ex vi* do art. 47 do CDC.

O artigo 31 da Lei 9.656/98 estabelece o direito de o funcionário aposentado, com mais de dez anos de vínculo empregatício, manter seu plano de saúde nos mesmos termos estabelecidos anteriormente.

Sentença mantida. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 21 de janeiro de 2014.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator.

RELATÓRIO

Des. Dorival Renato Pavan.

Central Nacional UNIMED, devidamente qualificada, interpõe recurso de apelação cível, às fls.164/176, em face de Waldir Balbuena Medeiros e Ignez Maria Boschetti Medeiros, insurgindo-se contra a sentença de fls. 154/160 do douto juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Dourados, MS, que julgou procedente o pedido formulado pelos apelados em ação de obrigação de fazer, confirmando a tutela antecipada concedida.

Sustenta a recorrente que o douto magistrado não analisou todas as questões apresentadas, no que se refere à aplicação da Lei n. 9.656/98, vez que não foi observada a previsão constante nos artigos 30, §1º e 31 da citada lei.

Aduz que cumpriu expressamente os preceitos legais instituídos na Lei n. 9.656/98 e no contrato firmado entre as partes.

Alega que a senhora Ignez foi desligada da empresa em 21.11.2008 não como aposentada, mas sim como demitida, de modo que esta circunstância deve ser levada em consideração para a análise do caso.

Afirma que no caso deve ser aplicada a disposição constante no artigo 30 da Lei 9.656/98, qual seja a manutenção do contrato pelo período de seis meses a no máximo 24 meses após a demissão sem justa causa.

Assevera que o Código Civil, ao tratar da estipulação em favor de terceiro, veda a este a tentativa de alteração do contrato firmado entre as partes, facultando-lhe apenas a exigência de seu cumprimento.

Salienta que o apelado foi inscrito no plano de inativo em 06/2009, e naquela data assinou o termo de adesão, onde teve inequívoca ciência do prazo de início e término do benefício.

Afirma ainda que não existe dispositivo contratual que obrigue a apelante a manter os apelados como usuários após o término do prazo avençado.

Defende que a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor não vedam a rescisão contratual, eis que as previsões estabelecidas na avença estão dentro dos parâmetros legais.

Ao final requer o conhecimento e provimento do presente recurso para o fim de reformar a sentença e, por consequência, julgar improcedentes os pedidos.

Contrarrazões às fls.183/195.

VOTO

Des. Dorival Renato Pavan (Relator).

Extraí-se dos autos que os autores/apelados ajuizaram Ação de Obrigação de Fazer em face da ré/apelante e pleitearam a continuidade do plano de saúde firmado entre eles. Para tanto alegaram que a requerente Ignez, titular do plano, contratou-o quando era funcionária pública ativa, sendo que posteriormente, quando aposentada, passou para o contrato dos inativos por prazo indeterminado. Aduziram que, em 18.12.2008, foram transferidos para plano específico, tendo como única obrigação a continuidade do pagamento das mensalidades, mas que em outubro de 2010 foram surpreendidos com a notificação de que o contrato seria encerrado a partir de 31.12.2011. Sustentaram que o encerramento da avença lhes causa diversos prejuízos, eis que requerido Waldir apresenta diversos problemas de saúde e necessita de tratamento médico contínuo.

Em sede de defesa a requerida afirmou que a autora Ignez era beneficiária titular do contrato coletivo empresarial com patrocínio celebrado com a ré e o Banco Santander, sendo que o senhor Waldir era seu dependente no plano. Sustentou que a autora foi demitida da empresa em 21.11.2008, sendo que esta optou por permanecer no plano de saúde de Inativos, que este possuía prazo determinado para finalização, conforme preceitua o artigo 30 da Lei 9656/98 e que os requerentes tinham ciência do prazo para seu término. Aduziram que a autora Ignez foi demitida e não aposentada, de sorte que não é aplicável a disposição constante no artigo 31 daquela lei.

O douto juízo *a quo* concedeu a antecipação de tutela para que fosse mantido o plano de saúde e, na sentença, julgou procedente o pedido contido na inicial e determinou a manutenção do plano de saúde dos autores.

Irresignada, a ré sustenta, em suas razões recursais, que cumpriu expressamente os preceitos legais instituídos na Lei n. 9.656/98 e no contrato firmado entre as partes. Alega que a senhora Ignez foi desligada

da empresa em 21.11.2008 não como aposentada, mas sim como demitida, de modo que esta circunstância deve ser levada em consideração para a análise do caso.

Afirma que no caso deve ser aplicada a disposição constante no artigo 30 da Lei 9.656/98, qual seja a manutenção do contrato pelo período de seis meses a no máximo 24 meses após a demissão sem justa causa.

Assevera que o Código Civil, ao tratar da estipulação em favor de terceiro, veda a este a tentativa de alteração do contrato firmado entre as partes, facultando-lhe apenas a exigência de seu cumprimento. Salienta que o apelado foi inscrito no plano de inativo em 06/2009, e naquela data assinou o termo de adesão, onde teve inequívoca ciência do prazo de início e término do benefício.

Tenho que a pretensão recursal não deve prosperar.

Inicialmente cumpre destacar que muito embora o art. 199 da Constituição Federal tenha previsto que a assistência à saúde é *“livre à iniciativa privada”*, tal dispositivo, dada a relevância das ações e serviços de saúde, não dispensou o particular de pautar suas condutas consoante os ditames estabelecidos na Lei Maior do país.

E, evidentemente, que a saúde encontra-se dentre os direitos primordiais que constituem alvo prioritário de proteção pela Constituição Federal, pois se trata de um direito vital dos indivíduos, sem o qual não é possível gozar do mais supremo valor constitucional, que é a dignidade da pessoa humana. Nesse passo, insta salientar que *“o direito à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da Ciência Médica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais”*¹.

Nessa conjuntura, defeso que a instituição privada trate a saúde como um objeto de mercancia, desprezando as regras que regem a matéria, expressas em sede constitucional. Impõe-se que o particular prestador de serviços médicos e de saúde, à semelhança do Poder Público, preste uma assistência médica integral para os consumidores de seus serviços.

Impõe-se, dessa maneira, a análise das peculiaridades que regem a matéria.

Configurando-se a apelante como empresa de plano de saúde, é inegável que a relação estabelecida entre as partes é típica de consumo, e, embora seja a recorrente/requerida pessoa jurídica de direito privado, encontra-se inserida no conceito de fornecedora, sendo regida pelas normas atinentes ao Código de Defesa do Consumidor e demais legislações pertinentes ao caso.

Eis o entendimento deste Tribunal:

“(…)

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).

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, inciso IV, classifica como nulas de pleno direito as cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: *“estabelecem*

¹ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. Editora Malheiros. p. 185.

obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé e equidade.”

É preciso enfatizar que em negócios jurídicos como o dos autos, a dúvida sobre os reais termos da regulamentação negocial deve ser sempre dada a interpretação que se harmonize com as diretrizes do sistema de proteção ao consumidor, pois as cláusulas contratuais são redigidas e inseridas no contrato de forma unilateral pelo fornecedor, não dispondo os promitentes-assinantes de qualquer possibilidade de modificar ou suprimir qualquer cláusula, aderindo aos termos do contrato exatamente da forma como foi apresentada pelo agente financiador.

Dispõe o art. 16 da Lei n. 9.656/98:

“Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:

I - as condições de admissão;

II - o início da vigência;

III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames;

IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o caput do art. 15;

V - as condições de perda da qualidade de beneficiário;

VI - os eventos cobertos e excluídos;

VII - o regime, ou tipo de contratação

a) individual ou familiar;

b) coletivo empresarial; ou http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2177-44.htm

c) coletivo por adesão.”

No caso dos autos é necessário esclarecer, ainda, que embora a autora Ignez – titular do plano de saúde – tenha sido demitida da Instituição Financeira em 21.11.2008, ela já se encontrava aposentada desde 02.09.2005 (f.126), tendo continuado a trabalhar até o seu desligamento em 2008.

Assim, ao contrário do que alega a apelante, devem ser aplicadas as regras referentes aos aposentados, e não aos demitidos, para a análise da possibilidade de continuidade de adesão ao plano de saúde nos mesmos termos anteriormente estabelecidos.

Nesta esteira, insta destacar que o artigo 31 da Lei n. 9.656/98 expressamente estabelece que “*ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.*”

No caso em exame restou comprovado que a funcionária titular do plano de saúde manteve o vínculo empregatício por mais de dez anos, vez que possuía o contrato de plano de saúde, vinculado à Instituição Financeira, desde 01.11.1989, de modo que o requisito temporal foi devidamente preenchido.

Por conseguinte, é de ser ver que, em que pese a disposição prevista a respeito da limitação do prazo no contrato firmado às fls.20/21, deve ser privilegiada a conclusão extraída da disposição legal retrotranscrita, razão essa que impede a finalização da prestação do serviço por parte da empresa apelante.

Nesse sentido foi o entendimento externado pelo douto magistrado, conforme se infere do trecho da sentença abaixo transcrito (fls.154/160):

“É o caso destes autos, porquanto restou comprovado que a autora Ignez contribuiu para o plano de saúde da parte ré em decorrência de vínculo empregatício por mais de 10 anos, de modo que quando de sua aposentadoria (em 02/09/2005), tal direito já incorporou ao seu patrimônio, ou seja, possui direito adquirido, independentemente do fato de ter continuado laborando no mesmo órgão empregador.

O artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988 estabelece que: A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; Corolário disso, seu direito material encontra-se amparado no artigo 31 da Lei Federal nº 9.656/98 (decorre de sua aposentadoria) e não no artigo 30 do mesmo diploma, cujo fundamento legal é diverso, ou seja, decorre de extinção de vínculo empregatício, por força de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa.

Com efeito, comprovado que o funcionário contribuiu por período suficiente para sua aposentadoria, conclui-se que quando inativo, deverá ser sustentado pelas contribuições dos servidores da ativa, inclusive no tocante a assistência médica, por ser essa da essência dos planos de previdência. Desse modo, possui direito adquirido em relação as normas vigentes ao tempo em que foi aposentado, entrando para a inatividade.

Assim, possui a parte autora e seus dependentes, o direito constitucional (direito adquirido) de fruir das benesses em vigor de seu plano de saúde ao tempo em que foi aposentada e não do período em que se encerrou seu contrato de trabalho com o órgão empregador.”

Estabelecidas tais considerações, tenho como acertado o entendimento esposado em primeiro grau, devendo ser mantida a relação de prestação de serviços firmada entre as partes.

Ante o exposto, conheço o presente recurso, mas lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do 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. Josué de Oliveira e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, MS, 21 de janeiro de 2014.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0000699-92.2011.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA C/C DANOS MORAIS E MATERIAIS – SEGURO DE VEÍCULO – TRANSFERÊNCIA DO BEM SEM COMUNICAÇÃO À SEGURADORA – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE AUMENTO DO RISCO – RESPONSABILIDADE MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.

Se a Seguradora recebeu o pagamento do prêmio pontualmente e o sinistro ocorreu em período coberto pela apólice contratada, deve ser responsabilizada pela indenização, sob pena de incorrer em enriquecimento sem causa.

Não elide essa responsabilidade o fato de o veículo ter sido transferido a terceiro, sem prévia comunicação à seguradora, quando não demonstrada a má-fé do segurado e, também, não demonstrado o agravamento do risco, além de o seguro não ter sido contratado segundo o perfil do condutor.

Cláusula contratual que disponha em contrário fere os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, sob cuja égide o contrato está submetido, devendo ser considerada abusiva.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso conhecido e improvido, com manutenção da sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 28 de janeiro de 2014.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator.

RELATÓRIO

Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta às fls. 192-198 por Brasil Veículos Companhia de Seguros insurgindo-se contra a sentença de fls. 178-187, proferida pelo douto juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Dourados/MS, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por Osvaldo Gazin Tessaro na Ação de Cobrança c/c Danos Morais e Materiais, reconhecendo o direito do autor de manter o vínculo contratual entre as partes mesmo após a venda do veículo e, via de consequência, condenando a seguradora ao pagamento de indenização em razão da perda total do veículo segurado, segundo a tabela FIPE, apurada na data do acidente, corrigido pelo IGPM a partir da data do sinistro e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

O autor/apelado ingressou com essa ação alegando, em síntese, que era proprietário do veículo Toyota Hilux 4CD SR5, placa HRM 3773, que foi segurado pela requerida em 19/06/2009, com vigência até 19/06/2010. Contou que, durante a vigência do seguro, o veículo foi dado ao Sr. Afonso Luna de Alencar como garantia de outra operação, sendo a titularidade a este transferida quando, em 24/04/2010, na BR 163, Km 58, houve um acidente envolvendo o veículo, que ocasionou a perda total do automóvel.

Aduziu que o acidente ocorreu involuntariamente e dentro dos parâmetros de cobertura do seguro, porém a seguradora recusou-se ao pagamento da indenização correspondente, razão pela qual ingressou com a presente ação requerendo a condenação da seguradora ao pagamento da indenização respectiva, decorrente do sinistro e da perda total, além de indenização por danos materiais e morais.

Após regular trâmite processual, foi proferida a sentença de fls. 178-187, por meio da qual o douto juiz *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando a seguradora ao pagamento da indenização relativa a perda total do veículo segurado.

Irresignada, ela apela do *decisum* alegando, em síntese, que a sentença está violando lei federal e ignorando disposição de vontade das partes, representada pelo contrato de seguro; que os segurados vêm optando por contratar planos com os menores valores e, após a existência do sinistro, socorrem-se no Poder Judiciário para ver a cobertura ampliada, o que fere o art. 765 do CC e o faz incidir no art. 766 do mesmo código.

Segue alegando que a cláusula 2.12 das condições gerais do contrato, dispõe que é obrigação do segurado comunicar qualquer alteração nos dados que influenciaram na aceitação ou na fixação do preço do seguro, além de todo incidente que de qualquer modo possa agravar o risco, dispondo expressamente que a apólice não pode ser transferida ou cedida a terceiros, mesmo que ocorra venda do veículo.

Ressalta, outrossim, que a cláusula 2.13 dispõe claramente que o segurado perderá seu direito a cobertura securitária se deixar de comunicar, durante a vigência da apólice, a transferência de posse ou propriedade do veículo.

Segue ressaltando que se a boa-fé aproveita o consumidor, também deve aproveitar a outra parte contratante, pois é dever de conduta a que ambos estão submetidos.

Requer o conhecimento e provimento da apelação para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões às fls. 205-209.

VOTO

Des. Dorival Renato Pavan (Relator).

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta às fls. 192-198 por Brasil Veículos Companhia de Seguros insurgindo-se contra a sentença de fls. 178-187, proferida pelo douto juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Dourados/MS, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por Osvaldo Gazin Tessaro na Ação de Cobrança c/c Danos Morais e Materiais, reconhecendo o direito do autor de manter o vínculo contratual entre as partes mesmo após a venda do veículo e, via de consequência, condenando a seguradora ao pagamento de da indenização em razão da perda total do veículo segurado, segundo a tabela FIPE, apurada na data do acidente, corrigido pelo IGPM a partir da data do sinistro e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

A celeuma consiste em averiguar se a seguradora/apelante tem o dever de indenizar o autor pela perda total do veículo objeto do contrato de seguro firmado entre as partes que, quando do acidente, já havia sido alienado para outra pessoa, no caso, o Sr. Afonso Luna de Alencar.

Em princípio, é preciso enfatizar que a relação estabelecida entre apelante e apelado encontra-se amparada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), diploma que, dentre outros meios de proteção à parte mais vulnerável da relação, previu aqueles ligados à garantia de nulidade de cláusulas contratuais abusivas (art. 6º¹), sob as quais o consumidor tenha eventualmente sido submetido, sendo-lhe facultada a possibilidade de bater às portas do Poder Judiciário para pleitear tal prerrogativa.

Dessa sorte, o Código Consumerista, proibindo veementemente o abuso de direito, vedou de forma expressa a estipulação contratual desproporcional, conforme se infere do seu artigo 51, inciso IV, cuja assertiva diz que:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”

Nessa órbita, o diploma, dentre suas tantas normas principiológicas, trouxe o aclamado *princípio basilar da boa-fé objetiva*, o qual “visa a garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém (...)”², tratando-se, pois, de uma regra de conduta, isto é, do “*dever de agir com lealdade e cooperação, abstendo-se de condutas que possam esvaziar as legítimas expectativas da outra parte*”³.

E, em decorrência do dever de agir em conformidade com os parâmetros da boa-fé objetiva, surgem múltiplos deveres conexos, como o dever de transparência, de informação e de cooperação, por exemplo.

Busca-se, assim, convergir todo o sistema legal de proteção ao consumidor para se atingir um maior equilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores, em uma harmonização dos interesses dos participantes, em especial atenção às necessidades da parte hipossuficiente, que é o consumidor.

Pois bem.

O contrato de seguro, espécie discutida nos autos, é uma avença onerosa, bilateral e de adesão, em que o segurador se obriga a pagar a importância estabelecida na apólice em caso de ocorrência do risco predeterminado. Sabe-se, outrossim, que lhe é autorizado incluir nos contratos cláusulas de exclusão de riscos⁴, desde que redigidas de forma clara e ostensiva, disponibilizando ao segurado a devida ciência de seu conteúdo no ato da contratação - exigência que decorre do art. 54, parágrafo 4º, CDC⁵.

Nas Condições Gerais do Contrato de Seguro, a cláusula 2.12, “a”, sobre a qual a seguradora alicerça seus argumentos, diz que é dever do segurado “*comunicar imediatamente a Brasilveículos qualquer alteração nos dados que influenciaram na aceitação e ou fixação do preço do seguro e todo incidente que de qualquer modo possa agravar o risco sob pena de perda de direito ao seguro, tais como:*

1 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
(...)

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

2 NUNES, Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3 ed. Editora Saraiva. p. 131.

3 NETTO, Felipe P. Braga. Responsabilidade Civil. Editora Saraiva, 2008. p. 221.

4 In: TJMG. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0451.07.007406-2/001. Rel. Des. MARCOS LINCOLN. Data do Julgamento: 20/10/2009.

5 Art. 54.

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

- *transferência de propriedade (sua apólice não pode ser transferida ou cedida a terceiros, mesmo que venda o seu veículo)*” (fl. 136).

Igualmente, a cláusula 2.13, que trata dos motivos pelos quais o segurado perde seus direitos, igualmente invocada pela seguradora em suas razões recursais, dispõe que:

“2.13 QUANDO O SEGURADO PERDE SEUS DIREITOS

Além dos demais casos previstos em Lei e nas demais cláusulas das condições gerais e específicas da apólice, perderá, inteiramente, o direito a garantia do seguro e a indenização, além de ficar obrigado ao prêmio vencido:

A) o segurado ou beneficiário que, por si, sucessores ou representante, inclusive o seu corretor, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam inferir na aceitação da proposta, na taxa do prêmio, no pagamento da indenização em decorrência do sinistro ou qualquer outra alteração ocorrida mesmo na vigência da apólice, nos termos dos artigos 765 e 766 do Código Civil, tais como:

(...)

CONSIDERA-SE QUEBRA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E CONSEQUENTE PERDA DA GARANTIA DO SEGURO CONTRATADO, EXEMPLIFICATIVAMENTE:

C) DEIXAR DE COMUNICAR, DURANTE A VIGÊNCIA DA PÓLICE, A TRANSFERÊNCIA DE POSSE OU PROPRIEDADE DO VEÍCULO SEGURADO;

(...)

H) DEIXAR DE INFORMAR QUAISQUER ALTERAÇÕES OU OMITIR CIRCUNSTÂNCIAS RELATIVAS AOS DADOS CONSTANTES DA PROPOSTA E DO QUESTIONAMENTO DE AVALIAÇÃO DO RISCO”

*Em que pese a redação clara dos itens supratranscritos entendo, em conformidade com o também entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que se trata de cláusula abusiva **quando não demonstrado o agravamento do risco**, que é justamente o caso dos autos.*

Observo que o veículo foi vendido para Afonso Luna de Alencar, irmão do requerente/apelado, que a princípio tem as mesmas características do apelante segurado, o que não agrava o risco da apelante.

Não se tem notícias de que Afonso Luna de Alencar seja mais novo que o requerente/apelado, mas sabe-se que é casado, o que é um dos fatores de diminuição de risco.

O Ministro Fernando Gonçalves, no julgamento do Resp 1.027.079, consignou que “conforme assente jurisprudência desta Corte, é inafastável a responsabilidade da seguradora em indenizar os danos causados pelo sinistro, o qual ocorreu durante a cobertura securitária, porquanto o só fato de a transferência da propriedade do bem segurado não ter sido comunicada à seguradora não a exime de cumprir o contrato celebrado.”

No mesmo sentido os seguintes precedentes:

“CIVIL. SEGURO FACULTATIVO. TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO À SEGURADORA.

A só e só transferência de titularidade do veículo segurado sem comunicação à seguradora não constitui agravamento do risco.

Na hipótese, como retratado pela decisão recorrida, não houve má-fé por parte do anterior e do atual proprietários do veículo no que seja atinente à sua transferência, não tendo havido, objetivamente, ofensa aos termos do contrato, pois ausente qualquer comprovação de que a transferência se fizera para uma pessoa inabilitada, seja técnica ou moralmente.

Descabe a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538/CPC, se não há, como no caso, intenção protelatória.

Recurso conhecido e parcialmente provido.” (Resp .n. 188694/ MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Quarta Turma, julgado em 18/04/2000, DJ 12/06/2000, p. 114).

“RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE SEGURO - TRANSFERÊNCIA DO BEM SEGURADO SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO À SEGURADORA - NOVO ADQUIRENTE - LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR INDENIZAÇÃO NOS MOLDES CONTRATADOS COM O PROPRIETÁRIO ORIGINÁRIO - AUMENTO DOS RISCOS OU MÁ-FÉ DECORRENTES DA TRANSFERÊNCIA - INOCORRÊNCIA NA ESPÉCIE - INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DESTA CORTE - QUITAÇÃO DO PRÊMIO E SINISTRO OCORRIDO NO PERÍODO DA COBERTURA - INDENIZAÇÃO DEVIDA SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - RECURSO NÃO CONHECIDO.

I - A empresa-demandante não pleiteia em juízo direito alheio, mas sim próprio, decorrente da aquisição da propriedade dos bens segurados.

II - Restou consignado nas Instâncias ordinárias, que, além da transferência da propriedade do bem segurado não ser vedada em lei, não houve qualquer majoração dos riscos, pois o então adquirente desempenhava o mesmo trabalho do contratante originário;

III - São fatos incontroversos nos autos que a Seguradora recebeu o pagamento do prêmio pontualmente e o sinistro ocorreu em período coberto pela apólice contratada, devendo, por isso ser responsabilizada pela indenização, sob pena de incorrer em enriquecimento sem causa.

IV - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO .”

(REsp. n. 600.169/ ES, Rel. Min. MASSAMI UEDA, DJ 17.12.07).

“Agravamento no recurso especial. Processual civil e civil. Reexame de prova. Inadmissibilidade. Seguro de automóvel. Alienação. Novo adquirente. Seguradora. Sinistro. Responsabilidade.

Não é possível, na via especial, a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo tribunal a quo.

Na hipótese de alienação de veículo segurado, não restando demonstrado o agravamento do risco, a seguradora é responsável perante o adquirente pelo pagamento da indenização devida por força do contrato de seguro.” (AgRg. no REsp. n. 302.662/ PR, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ 17.9.90).

Recentemente a matéria voltou a ser analisada no Superior Tribunal de Justiça, em sede de Embargos de Divergência, que foram indeferidos pelo relator, Min. Paulo Sanseverino, tendo sido sua decisão, por inteiro, assim relatada e decidida, espancando de vez qualquer dúvida que possa haver quanto ao resultado

do julgamento que aqui também está sendo feito, na mesma linha do que se decidiu naquela Colenda Corte Superior de Justiça:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 771.375 - SP (2010/0125263-7) (f).

RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO.

EMBARGANTE : SUL AMÉRICA TERRESTRES MARÍTIMOS E ACIDENTES COMPANHIA DE SEGUROS S/A.

ADVOGADO : FERNANDO NEVES DA SILVA.

ADVOGADA : ADRIANA BARBOSA DE CASTRO E OUTRO(S).

EMBARGADO : FELIX DENNY.

ADVOGADO : TIAGO DE OLIVEIRA BUZZO.

*EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO. TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE DO VEÍCULO SEGURADO. RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DO AGRAVAMENTO DO RISCO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 168/STJ. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA SIMILITUDE ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. **EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA LIMINARMENTE INDEFERIDOS.***

DECISÃO.

Vistos etc.

Trata-se de embargos de divergência em Recurso Especial interpostos por SUL AMÉRICA TERRESTRES MARÍTIMOS E ACIDENTES COMPANHIA DE SEGUROS S/A em face de acórdão da Colenda 4ª Turma desta Corte, cuja ementa está assim redigida:

CIVIL. SEGURO FACULTATIVO. TRANSFERÊNCIA DE AUTOMÓVEL. COMUNICAÇÃO À SEGURADORA. DESNECESSIDADE. AGRAVAMENTO DE RISCO. INEXISTÊNCIA NA HIPÓTESE.

I. A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que a simples ausência de comunicação de venda do veículo à seguradora não exclui o dever da seguradora perante o novo proprietário, desde que não haja agravamento do risco. Precedentes.

II. Recurso especial conhecido em parte e provido.

*Em suas razões recursais, aduziu que a transferência do veículo automotor a terceiros, sem a devida ciência da seguradora, impede que se reavaliem as bases negociais do contrato originalmente celebrado, quando a seguradora, diante das características do condutor, estabeleceu as cláusulas a regerem a relação. Asseverou presente a divergência com o acórdão que julgou o **REsp n. 136.619/SP**, destacando a relevante alteração nos riscos inicialmente considerados reconhecida na instância de origem, postulou o provimento dos embargos de divergência.*

Vieram os autos conclusos para análise inicial.

É o relatório.

Passo a decidir.

Antecipo que estou em indeferir liminarmente os presentes embargos de divergência, não reconhecendo a similitude necessária entre os acórdãos confrontados para a configuração do alegado dissídio e ainda por incidência do disposto no enunciado sumular n. 168/STJ.

O acórdão recorrido, sob a relatoria do e. Min. Aldir Passarinho, ao dar provimento ao recurso especial interposto pelo adquirente de veículo automotor e que deseja ver paga indenização pelo seguro contratado pelo anterior proprietário, reconheceu, com base em precedentes desta Casa, que:

(...) não se justifica tornar sem efeito o contrato de seguro em razão da ausência de comunicação da sua transferência, devendo ser efetuado um exame concreto das situações trazidas a juízo, pois a inobservância da cláusula contratual que determina a aludida comunicação não elide a responsabilidade da seguradora, que recebeu o pagamento do prêmio, salvo se comprovada má-fé ou agravamento do risco.

De pronto, tenho por incidente o enunciado sumular n. 168/STJ, o qual prescreve que NÃO CABEM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, QUANDO A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SE FIRMOU NO MESMO SENTIDO DO ACÓRDÃO EMBARGADO.

(Súmula 168, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/10/1996, DJ 22/10/1996 p.40503)

O acórdão paradigma é datado dos idos de 2000, sendo que todos os precedentes que posteriormente analisaram a mesma questão se alinham ao entendimento do acórdão ora recorrido, no sentido de que necessário o agravamento do risco para que se afaste o pagamento da indenização pelo seguro transferido a terceiro, mesmo que não comunicada a seguradora.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO. TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE DO BEM SEGURADO SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO À SEGURADORA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DO RISCO. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Conforme o entendimento desta Corte, o só fato de a transferência do bem segurado não ter sido comunicada à seguradora não a exime de cumprir o contrato celebrado, senão quando demonstrado o agravamento do risco. Precedentes.

2. Da leitura das razões expendidas na petição de agravo regimental, não se extrai argumentação relevante apta a afastar os fundamentos do julgado ora recorrido. Destarte, nada havendo a retificar na decisão agravada, deve esta ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1027079/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 05/10/2009)

RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE SEGURO - TRANSFERÊNCIA DO BEM SEGURADO SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO À SEGURADORA - NOVO ADQUIRENTE - LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR INDENIZAÇÃO NOS MOLDES CONTRATADOS COM O PROPRIETÁRIO ORIGINÁRIO - AUMENTO DOS RISCOS OU MÁ-FÉ DECORRENTES DA TRANSFERÊNCIA - INOCORRÊNCIA NA ESPÉCIE - INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.7 DESTA CORTE - QUITAÇÃO DO PRÊMIO E

SINISTRO OCORRIDO NO PERÍODO DA COBERTURA - INDENIZAÇÃO DEVIDA SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - RECURSO NÃO CONHECIDO.

I - A empresa-demandante não pleiteia em juízo direito alheio, mas sim próprio, decorrente da aquisição da propriedade dos bens segurados.

II - Restou consignado nas Instâncias ordinárias, que, além da transferência da propriedade do bem segurado não ser vedada em lei, não houve qualquer majoração dos riscos, pois o então adquirente desempenhava o mesmo trabalho do contratante originário;

III - São fatos incontroversos nos autos que a Seguradora recebeu o pagamento do prêmio pontualmente e o sinistro ocorreu em período coberto pela apólice contratada, devendo, por isso ser responsabilizada pela indenização, sob pena de incorrer em enriquecimento sem causa, IV - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(REsp 600.169/ES, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2007, DJ 17/12/2007, p. 176)

CIVIL. SEGURO FACULTATIVO. TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO À SEGURADORA.

- A transferência de titularidade do veículo segurado sem comunicação à seguradora, por si só, não constitui agravamento do risco.

(REsp 600.788/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2006, DJ 30/10/2006, p. 293)

Agravo no recurso especial. Processual civil e civil. Reexame de prova. Inadmissibilidade. Seguro de automóvel. Alienação. Novo adquirente. Seguradora. Sinistro. Responsabilidade. Não é possível, na via especial, a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo tribunal a quo. Na hipótese de alienação de veículo segurado, não restando demonstrado o agravamento do risco, a seguradora é responsável perante o adquirente pelo pagamento da indenização devida por força do contrato de seguro.

(AgRg no REsp 302.662/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2001, DJ 25/06/2001, p. 174)

Necessário registrar, ainda, que o acórdão objeto do recurso especial interposto nos presentes autos, não professa a existência do agravamento do risco, o que não pode ser sindicado em sede de embargos de divergência.

*De outro lado, analisando o acórdão paradigma, não há identificar a similitude necessária para a análise do mérito dos presentes embargos, pois, já na sua ementa, registrou-se que **a ação fora intentada pelo antigo proprietário com o objetivo de receber a indenização pelo fato ocorrido após a venda do veículo.***

*Tanto releva este fato que se citou precedente sob a relatoria do e. Min. Menezes Direito (Resp. Nº 164.128-RJ) a examinar a mesma situação, **em que o proponente da ação seria o antigo proprietário** e não o atual adquirente, afastando-se o dever de indenizar.*

*Sequer o fato de haver transcrição no aresto paradigma de passagem do **acórdão objeto daquele recurso especial em que se faz menção à ausência de vínculo entre o “vindicante” e a seguradora, o que contraporía o referido na ementa daquele julgado, faria desconsiderada a referência.***

Esta indeterminação, ou seja, se os eminentes ministros naquela assentada consideraram tal fato para concluir pela ausência de direito a pagamento da indenização securitária, não pode remanescer.

Para que se proceda à harmonização dos julgados necessária a muito aproximada similitude entre os acórdãos confrontados para que se evidencie a efetiva divergência na interpretação da lei federal, o que dos autos não desponta.

Ante o exposto, indefiro liminarmente os embargos de divergência.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 09 de abril de 2012.

MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Relator

(Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 10/04/2012)."

Como se vê, a jurisprudência é pacífica no entendimento de que prevalece a responsabilidade da seguradora quando o veículo é alienado sem demonstração de agravamento de risco.

Mas é importante salientar, ainda, uma questão mencionada pelo douto juiz a quo quando da sentença, que é o fato de que a contratação do seguro em análise não foi realizada na modalidade "perfil". E explica:

"De fato, nas apólices contratadas na categoria 'perfil', a seguradora traça, pontualmente, uma silhueta do motorista segurado, apresentando questionário minucioso acerca da rotina desse e de suas características pessoais, de molde a quantificar o valor do prêmio a ser pago. Nessas situações, realmente se faz pertinente a discussão acerca de eventual agravamento de risco.

Na hipótese em comento, todavia, tal não ocorreu, não sendo pertinente sequer aventada a hipótese de apólice personalíssima, ou 'cláusula perfil', não se sabendo, ademais, a que título houve o referido desconto, podendo ser, como de regra, em razão da não utilização do seguro em período, em se tratando de renovação, ou, ainda, de algum pacote promocional da seguradora."

Mas a questão é que, ainda que se tratasse da categoria "perfil", o que ocorre é que a seguradora não comprovou aumento do risco, razão pela qual não há que se falar em ausência de responsabilidade em arcar com o valor indenizatório previsto na apólice, tal como já mencionado anteriormente, inclusive com citação de jurisprudência.

Ante o exposto, conheço o recurso de apelação da ré Brasil Veículos Companhia de Seguros e improvejo o recurso, mantendo inalterada a sentença atacada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, MS, 28 de janeiro de 2014.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0002431-89.2008.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO – CULPA CONCORRENTE CONFIGURADA – DANO MORAL – FIXAÇÃO – CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – DANOS MATERIAIS COMPROVADOS – LUCROS CESSANTES – NÃO COMPROVAÇÃO – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – MANTIDOS – RECURSO DO AUTOR PROVIDO EM PARTE – RECURSO DA REQUERIDA IMPROVIDO.

Comprovado que o veículo da empresa requerida, ao realizar ultrapassagem forçada na pista, não utilizando-se de precauções básicas necessárias, ocasionou colisão frontal com o veículo que trafegava em sentido oposto, deve o pedido indenizatório ser julgado procedente.

Demonstrado, por outro lado, que o veículo atingido pelo da empresa requerida, não guardava uma distância de segurança do veículo que trafegava a sua frente e que, por ocasião da freada brusca deste, desviou o seu percurso para a pista da contramão, vindo a colidir com o veículo da requerida, que já realizava uma ultrapassagem forçada, deve ser reconhecida a culpa concorrente.

Julgando-se improcedente o pedido de denunciação da lide, correta a sentença que condenou a litisdenunciante ao pagamento dos honorários advocatícios em favor dos advogados dos litisdenunciados.

Comprovando o autor os prejuízos materiais sofridos em decorrência do acidente, impõe-se a condenação da requerida ao pagamento dos danos materiais.

Nos termos do art. 333, I, do CPC, é ônus do autor provar os fatos constitutivos de seu direito. Assim, não comprovando os lucros cessantes alegados na exordial, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

Para a fixação do quantum da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Indústria de Alumínios Eirilar Ltda e dar parcial provimento ao apelo de Elessandro Kenji Sanomiya, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 17 de dezembro de 2013.

Des. Eduardo Machado Rocha – Relator.

RELATÓRIO

Des. Eduardo Machado Rocha.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Elessandro Keiji Sanomiya e Indústria de Alumínio Eirilar Ltda, objetivando a reforma da sentença proferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Fátima do Sul que, nos autos da Ação de Reparação de Danos Morais e Materiais que aquele move em face desta, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Do recurso de apelação interposto por Elessandro Kenji Sanomiya

Alega que ao vislumbrar a possibilidade do acidente, tendo em vista que o caminhão pertencente a apelada Indústria de Alumínios invadiu sua pista de rolamento, o mesmo freou bruscamente e se dirigiu para o acostamento do seu lado.

Relata que por se tratar de caminhão de grande porte, o mesmo não sai da pista de forma brusca, mas paulatinamente, isto é, primeiro o cavalo e depois a carreta. E ainda, em virtude da freada, houve a mudança da pista de rolamento para o acostamento, ficando o veículo 3 atravessado diagonalmente, não restando outra alternativa ao apelante, senão deslocar-se para a pista contrária, vindo a colidir de frente com o caminhão da requerida/apelada.

Aduz que o laudo pericial do acidente descreve como causa determinante para o acidente, a ultrapassagem forçada pelo condutor do veículo da apelada Indústria de Alumínio (V1).

Explana que não se poderia exigir outra conduta do motorista do caminhão do apelante que, de inopino, deparou-se com um caminhão bitrem atravessado na pista tentando ir para o acostamento, de modo que não teve tempo de frear, eis que se tratava de um declive acentuado.

Assevera que a tese de que o veículo do apelante transportava produto inflamável, foi levantada pela apelada Indústria de Alumínios Eirilar Ltda, no entanto, não foi comprovada, uma vez que o veículo do apelante ficou totalmente destruído, bem como a documentação que tinha em seu interior, impossibilitando a identificação da carga ora transportada.

Sustenta que não há nos autos, qualquer elemento que comprove que o veículo do apelante trafegava com sobrepeso.

Diante disso, requer a reforma da sentença prolatada, para o fim de julgar totalmente procedente o pedido inicial. E ainda, a condenação da apelada ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Em contrarrazões, as apeladas Indústria de Alumínio Eirilar Ltda e Transhalon Transportadora Ltda manifestam-se pelo improvimento do recurso interposto.

Do recurso de apelação interposto pela Indústria de Alumínios Eirilar Ltda.

Expõe que a magistrada julgou improcedente a denúncia da lide promovida pela requerida ora recorrente, condenando esta ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono dos litisdenunciados Benjamim Meurer e Leonir Paulino Meurer, no equivalente a 10 % do valor da causa.

Relata que a matéria posta em discussão cinge-se tão somente com relação a improcedência do pagamento dos honorários advocatícios em favor dos litisdenunciados, eis que, como a presente ação foi julgada improcedente, tal decisão deve se estender ao julgamento da denúncia.

Afirma que deverá ser observado o art. 21 do CPC.

Requer a reforma da sentença de fls. 796/809, apenas no que tange a condenação do pagamento da verba honorária em favor do patrono dos litisdenunciados.

Em contrarrazões, o apelado Elessandro Kenji Sanomiya manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

Des. Eduardo Machado Rocha (Relator).

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Elessandro Keiji Sanomiya e Indústria de Alumínio Eirilar Ltda, objetivando a reforma da sentença proferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Fátima do Sul que, nos autos da Ação de Reparação de Danos Morais e Materiais que aquele move em face desta, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Do recurso de apelação interposto por Elessandro Kenji Sanomiya

Alega que ao vislumbrar a possibilidade do acidente, tendo em vista que o caminhão pertencente a apelada Indústria de Alumínios invadiu sua pista de rolamento, o mesmo freou bruscamente e se dirigiu para o acostamento do seu lado.

Relata que por se tratar de caminhão de grande porte, o mesmo não sai da pista de forma brusca, mas paulatinamente, isto é, primeiro o cavalo e depois a carreta. E ainda, em virtude da freada, houve a mudança da pista de rolamento para o acostamento, ficando o veículo 3 atravessado diagonalmente, não restando outra alternativa ao apelante, senão deslocar-se para a pista contrária, vindo a colidir de frente com o caminhão da requerida/apelada.

Aduz que o laudo pericial do acidente descreve como causa determinante para o acidente, a ultrapassagem forçada pelo condutor do veículo da apelada Indústria de Alumínio (V1).

Explana que não se poderia exigir outra conduta do motorista do caminhão do apelante que, de inopino, deparou-se com um caminhão bitrem atravessado na pista tentando ir para o acostamento, de modo que não teve tempo de frear, eis que se tratava de um declive acentuado.

Assevera que a tese de que o veículo do apelante transportava produto inflamável, foi levantada pela apelada Indústria de Alumínios Eirilar Ltda, no entanto, não foi comprovada, uma vez que o veículo do apelante ficou totalmente destruído, bem como a documentação que tinha em seu interior, impossibilitando a identificação da carga ora transportada.

Sustenta que não há nos autos, qualquer elemento que comprove que o veículo do apelante trafegava com sobrepeso.

Diante disso, requer a reforma da sentença prolatada, para o fim de julgar totalmente procedente o pedido inicial. E ainda, a condenação da apelada ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Em contrarrazões, as apeladas Indústria de Alumínio Eirilar Ltda. e Transhalon Transportadora Ltda manifestam-se pelo improvimento do recurso interposto.

Do recurso de apelação interposto pela Indústria de Alumínios Eirilar Ltda.

Expõe que a magistrada julgou improcedente a denúncia da lide promovida pela requerida ora recorrente, condenando esta ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono dos litisdenunciados Benjamim Meurer e Leonir Paulino Meurer, no equivalente a 10 % do valor da causa.

Relata que a matéria posta em discussão cinge-se tão somente com relação a improcedência do pagamento dos honorários advocatícios em favor dos litisdenunciados, eis que, como a presente ação foi julgada improcedente, tal decisão deve se estender ao julgamento da denúncia.

Afirma que deverá ser observado o art. 21 do CPC.

Requer a reforma da sentença de fls. 796/809, apenas no que tange a condenação do pagamento da verba honorária em favor do patrono dos litisdenunciados.

Em contrarrazões, o apelado Elessandro Kenji Sanomiya manifesta-se pelo improvimento do recurso.

Passo à análise conjunta de ambos os recursos.

A questão posta no presente arrazoadado cinge-se em saber se a empresa requerida Indústria de Alumínio Eirilar Ltda deve ser responsabilizada pelo acidente de trânsito ocasionado por seu motorista, resultando na morte deste e do motorista do autor.

Para melhor esclarecimento dos fatos, mister discorrer sobre o infortúnio.

Assim constou no boletim de ocorrência (f. 34):

“Conforme vestígio no local do acidente, verificamos uma colisão frontal de V1 em V2 seguida de colisão lateral de V3 em V2. Causa: V2 terminava uma ultrapassagem forçada sobre V3, o que obrigou V4, não identificado que vinha em sentido oposto a frear bruscamente sobre a pista de rolamento e o condutor do V1 ao tentar evitar uma colisão traseira direcionou seu veículo para contra mão de direção onde ocorreu a colisão frontal.”

O veículo 1 é de propriedade do autor; já o V2 da empresa Transhalon Transportadora Ltda, sendo beneficiária final dos produtos transportados a empresa Indústria de Alumínio Eirilar Ltda (contratante do serviço de frete), enquanto que os demais veículos (V3 e V4) não são objeto de discussão judicial, fazendo parte apenas do contexto fático.

Apenas para afastar qualquer dúvida, a sentença recorrida rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva da empresa Eirilar Ltda (contratante do serviço de frete), não sendo a presente matéria objeto do recurso.

De acordo com o laudo pericial do acidente, o V2 realizou uma ultrapassagem forçada sobre o V3, senão vejamos (fls. 600-608):

“(...) Evidencia-se das análises do croqui e comentários acima (7) e (9), que V02, em momento antes da colisão, trafegava em pista contrária a sua mão de direito tendo a sua frente outro veículo.

(...)

Que V02 veio a forçar ultrapassagem em V03, o que a definiria como determinante para o fato, indo impingir a V04 redução drástica na sua velocidade de deslocamento.

Das duas acima, depreende-se que estas concorreram para a alteração brusca de trajetória por parte de V01 ante a iminente colisão com V04 que seguia a sua frente;”

Como se percebe, a causa determinante para o acidente foi a conduta do motorista do caminhão V2 de propriedade da empresa Transhalon Transportadora Ltda e a serviço da requerida Indústria de Alumínio Eirilar Ltda, que foi imprudente ao realizar uma ultrapassagem forçada sobre o veículo 3.

No mesmo sentido é o depoimento da testemunha ocular, Sr. Ezequiel Duran da Silva, que estava de carona no veículo 3, que foi ultrapassado, vejamos:

“O acidente foi assim, nós paramos em Rio Verde, seguimos viagem para chegar em casa, aí a determinada distância de um (inteligível), eu sentado ao lado dele, na cama do caminhão, quando me deparei o caminhão do lado ultrapassando ele, eu disse para ele: “Marcos, esse caminhão vai ultrapassar, não tem como esse cara passar, olha de frente, segura... Ele segurou o caminhão e forçou a ultrapassagem (inteligível) ultrapassou, no que ele segurou ele entrou, no que ele entrou o caminhão que vinha de frente segurou também para evitar a colisão dos dois com ele e o que estava próximo a ele, o terceiro veículo no caso, (inteligível) saiu para não colidir a traseira, saiu de lado, quando ele saiu o que aconteceu, os dois colidiram de frente, aí antes da pancada ele voltou a colidir na nossa cabine e na lateral do caminhão, e jogou mais a esquerda para fora da pista... Visibilidade ele tinha, mas não era permitido porque era em cima de uma lombada né, ele forçou a ultrapassagem em cima da lombada, foi onde ele deu de frente com o veículo e veio em cima de nós, ele forçou a ultrapassagem totalmente em cima de nós, e o rapaz segurou o caminhão o que pode para segurar o caminhão, ele estava numa velocidade normal de 75, 80 por hora, ele segurou o caminhão, que se ele não segura seria pior (...).” (f. 638/640) (destaquei).

Conforme comprovado, vê-se que o veículo 2 não foi prudente ao realizar a ultrapassagem, sendo, portanto, responsável pelo acidente.

Vale dizer ainda, que o ingresso na contramão (ato de ultrapassar) só é permitido em locais onde existe faixa tracejada, aliado às condições favoráveis, isto é, deve haver ampla visibilidade do percurso a ser realizado, na certeza de que nenhum outro veículo, em sentido contrário, se aproxime, devendo ainda existir tempo suficiente para a execução da manobra, sem riscos. Por isso, é que não se admite seja em curvas ou lombadas.

O art. 29, incisos X, “c” e XI, “c”, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, prescrevem que:

“Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas:

(...)

“c) - A faixa de trânsito que vai tomar esteja livre numa extensão suficiente para que sua manobra não ponha em perigo ou obstrua o trânsito que venha em sentido contrário.

(...)

XI - todo condutor ao efetuar a ultrapassagem deverá:

(...)

“c) - Retomar, após a efetivação da manobra, a faixa de trânsito de origem, acionando a luz indicadora de direção do veículo ou fazendo gesto convencional de braço, adotando os cuidados necessários para não pôr em perigo ou obstruir o trânsito dos veículos que ultrapassou;” (destaquei).

E mais, assim estabelece o art. 34 do CTB:

“Art. 34. O condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade.”

Ao comentar sobre os artigos supracitados, leciona Arnaldo Rizzardo:

“Por fim, ordena-se que os motoristas observem com um maior cuidado o local em que efetuarão a ultrapassagem, de sorte a garantir condições de total segurança, certificando-se de que a faixa de trânsito que vai tomar esteja numa extensão suficiente para que sua manobra não ponha em perigo ou obstrua o trânsito que venha em sentido contrário (alínea c). Admite-se a manobra se houver espaço suficiente e boa visibilidade para a sua realização, sem colocar em perigo o trânsito que se desenvolve no sentido oposto.

Sabendo-se que a ultrapassagem constitui um dos fatores de maior incidência nos acidentes de trânsito, exige cautela e certa perícia ao ser efetuada.” (Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, RT, 6ª edição, p. 131).

No caso em tela, percebe-se que o V2, pertencente à apelada Transhalon Transportadora Ltda e a serviço da apelada Indústria de Alumínio Eirilar Ltda, ao realizar a ultrapassagem forçada, além de “fechar” a carreta V3 que vinha no mesmo sentido, colidiu frontalmente com o V1.

Desse modo, denota-se que o V2 foi o que iniciou a ultrapassagem forçada sobre o V3, não utilizando de precauções básicas necessárias para efetuar uma ultrapassagem, e principalmente, em desacordo com a legislação do Código de Trânsito Brasileiro, que em seu artigo 26, assim estabelece:

“Art. 26. Os usuários das vias terrestres devem:

I – Abster-se de todo ato que possa constituir perigo ou obstáculo para o trânsito de veículos, de pessoas ou animais, ou ainda causar danos a propriedades públicas ou privadas;”

Assim, diante das provas acostadas aos autos, verifica-se que restou provada a culpa do motorista do veículo (V2) de propriedade da apelada Transhalon Transportadora Ltda à serviço da apelada Indústria de Alumínios Eirilar Ltda.

Estabelecida tal premissa, urge analisar agora a conduta do motorista do veículo 1, de propriedade do autor.

Preceitua o art. 29, II, do Código de Trânsito Brasileiro:

“Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas: (...);

II - o condutor deverá guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas.” (destaquei).

Segundo os comentários de Arnaldo Rizzardo, em obra igualmente declinada:

“É preceito que deve ser sempre observado pelos motoristas, até porque a desobediência também caracteriza uma infração grave, punida com multa (art. 192).

Mantendo uma regular distância, o condutor terá um domínio maior de seu veículo, controlando-o quando aquele que segue na sua frente diminui a velocidade ou para abruptamente, ou quando fizer uma manobra brusca para a lateral, ao desviar de um objeto ou buraco existente na pista.” (p. 120).

No caso presente, ficou demonstrado, não só pela prova testemunhal como também por todo o conjunto probatório, que o veículo do requerente transportava tambores com produtos inflamáveis. É bem verdade também, que não há provas robustas de que estava com excesso de peso, mas é fato de que transportava produtos com razoável peso e inflamáveis, o que por certo, dificulta a frenagem normal deste tipo de veículo quando trafega em declive, como é o caso dos autos, devendo neste caso trafegar com cuidado redobrado.

Eis os depoimentos das testemunhas oculares, que estavam de carona no veículo 3, isto é, no caminhão ultrapassado:

“(...) eu disse para ele: “Marcos, esse caminhão vai ultrapassar, não tem como esse cara passar, olha de frente, segura... Ele segurou o caminhão e forçou a ultrapassagem (inteligível) ultrapassou, no que ele segurou ele entrou, no que ele entrou o caminhão que vinha de frente segurou também para evitar a colisão dos dois com ele e o que estava próximo a ele, o terceiro veículo no caso, (inteligível) saiu para não colidir a traseira, saiu de lado, quando ele saiu o que aconteceu, os dois colidiram de frente...” (f. 638/640) – destaquei.

“(...) Quando começamos a subir o caminhão apodou nós, já entrou na frente e já veio outro caminhão e já bateu nele;... Eles bateram no acostamento;...O fundamento do acidente, o fundamento do acidente foi dado pela ultrapassagem, porque os caminhões vinham de encontro, geralmente deve ser segurado né, por causa que o caminhão que vinha atrás não deu conta de segurar e estávamos acabando de fazer a baixada... Ele bateu no acostamento do lado contrário. Eles bateram os dois caminhões que bateram de frente.” (f. 641/642) – destaquei.

Já o depoimento do Sr. Aparecido Matheus, muito embora não tenha sido testemunha ocular, relatou que ouviu as demais pessoas que estavam no local do acidente, tendo relato que:

“(...) As testemunhas disseram quando o rapaz viu que ele se perdeu na velocidade ele jogou para a esquerda para não bater na traseira do bitrem, na contramão, o nosso foi na mão de direção certa, quando o nosso motorista viu que ia bater jogou para o acostamento os dois bateram na frente.” (f. 508/513) – destaquei.

Ora, consoante os depoimentos acima, verifica-se, sem sombra de dúvidas, que o motorista da parte autora (V1) também foi imprudente e negligente, na medida em que não observou a distância de segurança em relação ao veículo que seguia a sua frente eis que, acaso tivesse sido observada, poderia ter evitado o acidente.

Logo, dúvidas não há de que concorreu para o evento danoso.

No mesmo sentido fundamentou o magistrado a quo (f. 805/806):

“Tendo em vista este conjunto fático, o motorista do requerente tinha o dever de trafegar seu veículo, observando todas as normas de conduta de direção defensiva, guardando distância segura do veículo que seguia à sua frente.

Dessa forma, infere-se que ainda que o veículo (v4) que seguia na frente do requerente tenha freado bruscamente, como próprio requerente afirma, por conta da

ultrapassagem perigosa que o veículo do requerido procedia no momento, fato é que o motorista do requerente, caso tivesse tomado a cautela de guardar a distância de segurança do veículo da sua frente, certamente teria conseguido frear e, dessa forma, não teria colidido no automóvel do requerido.

Ademais, o motorista deveria deslocar-se para o acostamento da sua mão de direção, jamais para o acostamento da mão de direção contrária a sua. Se tivesse guardado distância suficiente do veículo (v4), haveria grande chances de se sair ileso, o que não ocorreu.

Ficou demonstrado portanto, que o motorista do requerente faltou claramente com o dever de cuidado, já que nenhuma pessoa prudente e de discernimento razoável agiria do modo que ele fez, nas condições em que os fatos ocorreram: com boas condições de visibilidade, em rodovia bem conservada e com acostamento lateral.”

A respeito da culpa concorrente, disciplina o art. 945 do Código Civil:

“Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

A respeito do tema, leciona Rui Stoco, *in* Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência, 7ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora: Revista dos Tribunais, p. 1.528:

“O evento danoso pode resultar de culpa exclusiva ou concorrente da vítima. A culpa exclusiva é causa de isenção da responsabilidade, por ausência do nexo causal. Concorrendo a culpa da vítima com a do agente causador do dano, a sua responsabilidade é mitigada, segundo o critério estabelecido no art. 945 do CC, ou seja, a indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade da culpa da vítima em confronto com a do autor do dano.”

Oportuna a lição de Sílvio de Salvo Venosa, *in* Direito Civil – Responsabilidade Civil, Quarta Edição, Editora: Atlas S.A., p. 33:

“Aspecto que interessa na fixação da indenização é a culpa concorrente. No Direito Penal. Não existe compensação de culpas. Cada agente responde pessoalmente por sua conduta e por sua participação na conduta delituosa. A posição na responsabilidade civil, contratual e aquiliana, é diversa: constatado que ambos partícipes agiram com culpa, ocorre a compensação. Cuida-se, portanto, de imputação de culpa à vítima, que também concorre para o evento.”

Em sendo assim, verifico que ambos os condutores (V1 e V2) concorreram para o evento danoso, cada um, com seu grau de culpa, razão pela qual, devem os danos ser fixados levando-se em consideração tal fato.

Nesse sentido já decidiu esta Corte:

“E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – CAMINHÃO X MOTOCICLETA – CONVERSÃO DO CAMINHÃO PARA ADENTRAR EM CONTRAMÃO DE DIREÇÃO – NÃO COMPROVAÇÃO – EXCESSO DE VELOCIDADE DA MOTOCICLETA – COMPROVAÇÃO – DEPOIMENTO TESTEMUNHAL – CULPA CONCORRENTE CONFIGURADA – FALTA DE ATENÇÃO DO CONDUTOR DO CAMINHÃO AO REALIZAR CONVERSÃO À ESQUERDA E IMPRUDÊNCIA DO MOTOCICLISTA EM CONDUZIR A MOTOCICLETA COM EXCESSO DE VELOCIDADE

– PROPORÇÃO DA CULPA DISTRIBUÍDA ENTRE AS PARTES – DANO MORAL – QUANTUM INDENIZATÓRIO – MINORADO PROPORCIONALMENTE AO GRAU DE CULPA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Comprovado nos autos que ambos os condutores dos veículos envolvidos no acidente de trânsito contribuíram para o ocorrido, fica caracterizada a culpa concorrente, devendo ser atribuída proporcionalmente.

Consoante estabelece o artigo 945 do Código Civil: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.” (Agravo Regimental - Nº 0059014-92.2006.8.12.0001/50000, Des. Divoncir Schreiner Maran, 1ª Câmara Cível, j., 14 de novembro de 2012)

“EMENTA–APELAÇÕES CÍVEIS–AÇÃO DE RESSARCIMENTO–ACIDENTE EM RODOVIA – FALTA DE PROVAS SUBSTANCIAIS DA CULPA EXCLUSIVA DE CADA PARTE – ELEMENTOS QUE APONTAM PARA A CULPA CONCORRENTE – RECURSOS IMPROVIDOS.

(...) Se a par da instrução a probabilidade de culpa concorrente for mais evidente, deve ela ser declarada no intento de haver o ressarcimento proporcional a participação do réu no evento.” (Apelação – N. 0600174-60.2010.8.12.0046, Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Câmara Cível, j., 7 de março de 2013).

No presente caso, a apelada Transhalon Transportadora Ltda, proprietária do veículo 2 e à serviço da outra apelada Indústria de Alumínios Eirilar Ltda, possui um grau de culpa no percentual de 90%, porquanto, segundo o laudo pericial e boletim de ocorrência (f. 34, 600/608), a causa determinante para o acidente foi a ultrapassagem forçada realizada pelo seu motorista.

Por conseguinte, o percentual de culpa do V1, de propriedade do autor, deve ser de 10%, eis que, como acima fundamentado, não observou o motorista a distância mínima de segurança em relação ao veículo que trafegava a sua frente.

Dito isto, passo à análise dos danos morais e materiais pleiteados pelo autor, já observadas as devidas proporções de culpa.

É cediço que os danos morais caracterizam-se como aqueles que atingem valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz etc.

Neste passo, leciona Arnaldo Rizzardo:

“O dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos. Cumpre notar, no entanto, que não alcança, no dizer do Superior Tribunal de Justiça, os simples aborrecimentos triviais aos quais o cidadão encontra-se sujeito, que devem ser considerados como os que não ultrapassem o limite do razoável, tais como: a longa espera em filas para atendimento, a falta de estacionamentos públicos suficientes, engarrafamentos etc.”

Portanto, para que reste caracterizado o dano moral, não basta que a conduta ilícita tenha causado mero aborrecimento à suposta vítima, é necessário que tenha atingido valores eminentemente espirituais, que transpõem o limite do razoável, fato verificado no caso em espécie.

Ademais, em se tratando de acidente de trânsito, esta Corte já decidiu que não há necessidade de comprovação dos danos morais, eis que decorrentes do próprio fato em si (dano *in re ipsa*), vejamos:

“E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS MATERIAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – QUANTUM MANTIDO – DANOS MATERIAIS COMPROVADOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Pela extensão das lesões resultantes do acidente, com evidente transtornos à integridade física da autora, um dos direitos componentes da personalidade humana, constitui fato capaz de gerar dano moral indenizável, o qual se presume decorrente do próprio acidente (dano in re ipsa), sem a necessidade de prova efetiva do sofrimento da vítima...” (Apelação – N. 0024852-37.2007.8.12.0001, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, 4ª Câmara Cível, j., 30 de julho de 2013).

No que tange ao quantum a ser fixado a título de danos morais, sabe-se que o dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, devendo estar compatível com o dano suportado pelo ofendido.

Entretanto, tem-se que objetivo do dano moral é compensar o prejuízo experimentado pela vítima e punir o seu ofensor, além do que, o arbitramento, deve ficar ao arbítrio do magistrado que o fixará levando em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ensina Rui Stoco:

“Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de “binômio do equilíbrio”, cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para que recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua pela superação do agravo recebido.” (STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1.236-123).

Nesse sentido:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA REJEITADA – AÇÕES COM CAUSA DE PEDIR DIVERSA – MÉRITO RECURSAL – INSCRIÇÃO INDEVIDA DE NOME NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DÍVIDA NÃO CONTRAÍDA – CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – ART. 14 DO CDC – DEFEITO RELATIVO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – DANO “IN RE IPSA” – DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO – QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE ATENDE AOS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

(...) Mantém-se o valor fixado a título de indenização por danos morais se o magistrado respeitou os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considerou a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização.” (Apelação – N. 0009201-65.2008.8.12.0021, Des. Josué de Oliveira, 4ª Câmara Cível, j., 16 de Abril de 2013). (grifei).

“EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C DANOS MORAIS - RÉ QUE ALEGA TER FEITO A INSCRIÇÃO DO NOME NOS CADASTROS DO SERASA/SPC DEVIDO À OCORRÊNCIA DE FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO – FALHA DA EMPRESA NA VERIFICAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO – CONFIGURAÇÃO O DANO MORAL IN RE IPSA – JUROS MORATÓRIOS – TERMO INICIAL – EVENTO DANOSO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – DECISÃO MANTIDA.

(...) II) O quantum indenizatório deve ser balizado com adstrição aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração elementos como, por exemplo, os transtornos gerados e a capacidade econômica do lesante, para o fim de atender o caráter punitivo ao infrator e compensatório à vítima, inerentes aos objetivos da reparação civil. Indenização por danos morais mantida.” (Agravado Regimental – N. 0000921-23.2009.8.12.0037/50001, Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, j., 26 de março de 2013).

A quantia fixada à título de dano moral tem por objetivo proporcionar ao autor um lenitivo, confortando-o pelo constrangimento moral a que foi submetido e de outro lado serve como fator de punição para que a empresa requerida reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

Não obstante essas considerações, não se pode olvidar também que o *quantum* a ser fixado não deve ser tão alto a ponto de proporcionar o enriquecimento ilícito do ofendido nem tão baixo a ponto de não ser sentido no patrimônio da parte ré, tampouco servir como fator de punição.

No caso vertente, entendo que deve ser fixado a título de indenização por danos morais a quantia de R\$ 20.000,00, já observados os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor (culpa concorrente) e a finalidade educativa da indenização.

Assim, merece reforma a sentença recorrida.

Nesse aspecto, ressalvo que como houve denúncia à lide tanto da empresa Transhalon Transportadora Ltda, como da seguradora Itaú Seguros S/A, ficando demonstrado que o veículo causador do dano é de propriedade da primeira, bem como pelas próprias afirmações da seguradora (f. 374), que a apólice estava vigente à época do acidente, devem também ambas as empresas ser condenadas ao pagamento da indenização por danos morais, de forma solidária com a empresa Indústria de Alumínios Eirilar Ltda.

No que pertine aos danos materiais, tenho que assiste razão em parte o autor.

Isso porque, o dano material, ao contrário do dano moral, não é presumido, e deve estar devidamente comprovado nos autos, o que ocorreu no caso em apreço.

Alega o requerente que o seu veículo, apurado pelo preço de mercado, possui um valor de R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais).

Contudo, compulsando os autos (f. 285), vê-se que o autor juntou cópia da declaração de imposto de renda, onde consta como valor do bem, objeto do acidente, a quantia de R\$ 49.867,60 (quarenta e nove mil oitocentos e sessenta e sete reais e sessenta centavos).

Diga-se ainda, que não obstante a seguradora ter impugnado tal valor, juntando tabela específica, onde consta o valor de R\$ 46.560,00 (f. 390), fato é que este não pode prevalecer sobre aquele.

Isso porque, depreende-se que a tabela foi emitida em 27/09/2010, ou seja, em data muito posterior ao acidente, e como é cediço, com o passar dos anos o veículo tem uma redução natural de preço, com queda significativa.

Já a declaração de imposto de renda juntada pelo autor (f. 285), retrata de forma mais real o preço do bem, porquanto, o acidente ocorreu em 2008 e tal declaração se refere ao ano/calendário de 2008, portanto, um valor mais próximo da realidade.

Dessa forma, deve ser adotado como valor para os danos materiais o importe de R\$ 49.867,60 (quarenta e nove mil oitocentos e sessenta e sete reais e sessenta centavos).

Contudo, como foi atribuído um percentual de culpa em 10% para o veículo 1, de propriedade do autor, deve ser reduzido do quantum indenizatório material tal porcentagem, chegando-se a um valor de R\$ 44.880,84 (quarenta e quatro mil oitocentos e oitenta reais e oitenta e quatro centavos).

Diverso, porém, é o entendimento com relação aos lucros cessantes, porquanto não comprovados nos autos.

Afirma o autor que pagava um empréstimo, cuja contratação foi para aquisição do veículo, no valor de R\$ 900,00 (novecentos reais) mensais, além do que, auferia mensalmente, a quantia de R\$ 600,00, totalizando, R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) por mês.

Contudo, não demonstrou o autor a contratação do empréstimo com finalidade para aquisição do veículo, tampouco o rendimento mensal de R\$ 600,00, razão pela qual, não merecem amparo as suas alegações.

Nesse sentido já decidiu esta Corte:

“E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS ACIDENTE DE TRÂNSITO EXCESSO DE VELOCIDADE COMPROVAÇÃO MORTE DA VÍTIMA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR BOLETIM DE OCORRÊNCIA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE AUSÊNCIA DE PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO LUCROS CESSANTES E DEMAIS DESPESAS NÃO COMPROVAÇÃO RECURSOS IMPROVIDOS.

(...)

O dano material, ao contrário do dano moral, não é presumido, e deve estar devidamente comprovado nos autos”. (TJMS. Apelação Cível n. 2011.005570-0/0000-00. Terceira Turma Cível. Relator: Desembargador Rubens Bergonzy Bossay. Julgado em 22.03.2011. Publicado em 28.03.2011).

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO CONTRATUAL – DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS – VALOR DOS DANOS MORAIS MANTIDOS – RECURSO NÃO PROVIDO.

É indispensável a prova dos danos materiais para ensejar a indenização...” (Apelação – N. 0060091-39.2006.8.12.0001, Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, j., 27 de novembro de 2012).

E ainda, o magistrado *a quo* determinou a intimação das partes para produzirem as provas necessárias, porém, limitou o autor apenas a indicar o rol de testemunhas, não provando, dessa forma, em nenhum momento, os lucros cessantes alegados na exordial.

Assim, competia ao autor, nos termos do art. 333, I, do CPC, provar os fatos constitutivos de seu direito, situação não verificada.

No que tange à condenação da empresa requerida Indústria de Alumínios Eirilar Ltda no pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa ao patrono dos litisdenunciados Benjamim Meurer e Leonir Paulino Meurer, vê-se que não lhe assiste razão.

Isso porque, ficou demonstrado nos autos, que os litisdenunciados foram denunciados à lide, por serem proprietários do veículo V3, que transitava na frente do veículo da requerida.

Porém, tais pessoas não tiveram qualquer relação com os danos narrados na inicial, isto, é, não contribuíram para a ação da requerida, de modo que a sentença julgou improcedente a litisdenúnciação com relação a tais pessoas.

Assim, uma vez julgada improcedente a ação, deve ser condenado o litisdenunciante ao pagamento de tal verba, não havendo, neste caso, falar em sucumbência recíproca.

Pelo exposto, conheço dos recursos, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo autor para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido de indenização por danos morais e materiais, a fim de condenar, solidariamente, os requeridos (Indústria de Alumínios Eirilar Ltda, Transhalon Transportadora Ltda e Itaú Seguros S/A, este último nos limites da apólice), ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) à título de danos morais, corrigidos monetariamente a partir da prolação do acórdão, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ), bem como ao pagamento de R\$ 44.880,84 (quarenta e quatro mil oitocentos e oitenta reais e oitenta e quatro centavos), à título de danos materiais, corrigidos monetariamente e com juros de mora de 1%, ambos a partir do evento danoso (Súmula n.ºs. 43 e 54 do STJ).

Quanto ao recurso de apelação interposto pela requerida Indústria de Alumínios Eirilar Ltda, nega-lhe provimento, mantendo a sentença pelos próprios fundamentos.

Fica a parte requerida condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Indústria de Alumínios Eirilar Ltda e deram parcial provimento ao apelo de Elessandro Kenji Sanomiya, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, MS, 17 de dezembro de 2013.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0051586-20.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – ARRENDAMENTO RURAL – TERMO DE VISTORIA – INEXISTENTE – DANO – NÃO COMPROVADO – ÔNUS DA PROVA DO AUTOR – ART. 333, I, DO CPC – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A não existência do termo de vistoria inicial impede a verificação do estado do imóvel ao tempo do arrendamento rural. Sem tal prova, impossível estabelecer o nexo causal entre o comportamento do locatário e os danos alegados.

Nos termos do art. 333, I, do CPC, compete ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, vencido o Revisor, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 18 de fevereiro de 2014.

Des. Eduardo Machado Rocha – Relator.

RELATÓRIO

Des. Eduardo Machado Rocha.

O Espólio de Waldepino de Oliveira Lima, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Reparação por Danos Materiais que move em face de Carlos Seiji Tsuge, Elisa Hanaco Miyahira, Jiro Tsuge e Miuka Tsuge, interpõe apelação cível nesta Corte, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente a sua pretensão.

Alega que arrendou seu imóvel rural aos apelados consistente na área rural de 1.006 hectares e 8.896,02 m², denominada Fazenda Varjão, com o fim de apascentamento de no máximo 850 cabeças de gado, com início em 01/02/2007 e término em 01/02/2010, mas que os apelados não foram diligentes na manutenção do imóvel, gerando para ele prejuízo no importe de R\$ 95.340,00.

Aduz que a sentença monocrática não levou em conta as provas contidas nos autos, porquanto afirmou que não foi realizada a vistoria inicial no imóvel por ocasião do arrendamento, mas exsurge da cláusula nona do contrato que o imóvel “estava em boas condições para a criação do gado”. E que as fotos acostadas aos autos revelam a situação lastimável do imóvel por ocasião da entrega, confirmando os fatos deduzidos na inicial.

Explica que as múltiplas notificações enviadas durante o período contratual corroboram a desídia dos apelados na manutenção da fazenda arrendada e o descumprimento do contrato.

Aduz que a prova testemunhal também confirma os fatos alegados na inicial, agindo o juízo *a quo* de forma equivocada ao julgar improcedente o pedido.

Requer o provimento do recurso.

Em contrarrazões, os apelados manifestam-se pelo improvimento do recurso.

VOTO (EM 04.02.2014)

Des. Eduardo Machado Rocha (Relator).

Trata-se de apelação cível interposta por Espólio de Waldepino de Oliveira Lima em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido de reparação de danos advindos de descumprimento de contrato de arrendamento rural.

O apelo não procede.

Alega o apelante que arrendou seu imóvel rural aos apelados consistente na área rural de 1.006 hectares e 8.896,02 m², denominada Fazenda Varjão, com o fim de apascentamento de no máximo 850 cabeças de gado, com início em 01/02/2007 e término em 01/02/2010, mas que os arrendatários/apelados descumpriram a cláusula contratual relativa à manutenção do imóvel.

Assevera que, em razão *“do péssimo estado em que as invernadas se encontravam (em decorrência do descumprimento do contrato por parte dos réus), o espólio-autor teve de abater a quantia de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais)”* a fim de efetuar novo arrendamento da área rural, desembolsando também a quantia de R\$ 5.340,00 para implementação de reformas necessárias, totalizando os danos em R\$ 95.340,00, que deve ser ressarcido.

Pois bem, consoante distribuição dinâmica do ônus probatório estabelecido pelo art. 333 do Código de Processo Civil, compete ao autor a prova quanto ao fato constitutivo do direito alegado.

Entrementes, o autor não se desincumbiu desse ônus.

Constata-se que o apelante instruiu a petição inicial com diversas correspondências e notificações enviadas aos apelados durante o período do contrato de arrendamento rural (f. 16-25, 30-44), bem como juntou fotos da área rural feitas após o término do contrato, com o fito de demonstrar a situação *“lastimável”* do local (f. 26-29 e 45-68).

Tais documentos, na verdade, demonstram que a relação entre arrendante e arrendatários não era das melhores, já que estampam o descontentamento do apelante pela forma com que os apelados administravam a Fazenda Varjão, objeto do contrato de arrendamento rural.

Mas, a despeito da relação conflituosa entre os contratantes, não se tem como imputar aos apelados a responsabilidade pelos gastos suportados pelo apelante, no montante de R\$ 95.340,00 (noventa e cinco mil trezentos e quarenta reais).

Como se sabe, na responsabilidade civil contratual para que surja o direito à reparação basta que o credor demonstre o inadimplemento da obrigação prevista no contrato e o dano decorrente da violação do descumprimento contratual, a teor do contido no art. 389 do Código Civil: *“Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mas juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”*.

Assim, bastava que o apelante trouxesse aos autos o termo de vistoria inicial do imóvel rural e o comprovante dos gastos alegados na inicial, mas isso não ocorreu.

Fundamenta o apelante que a vistoria foi feita, tanto que os apelados atestaram expressamente no contrato que o imóvel “estava em boas condições para a criação do gado” (f. 223). Só que isso não é suficiente para a procedência do pedido.

A propósito:

“EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS LOCAÇÃO PARA FINS NÃO RESIDENCIAIS FALTA DE VISTORIA INICIAL PARA DEMONSTRAÇÃO DO ESTADO DO IMÓVEL PERÍCIA REALIZADA APÓS TRÊS ANOS DA DESOCUPAÇÃO DANOS APURADOS IMPOSSÍVEL RECONHECER A CULPA DA LOCATÁRIA, EM RAZÃO DO TEMPO IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO MANTIDA APELAÇÃO NÃO ACOLHIDA. (TJSP - Apelação n. 0219509-75.2010.8.26.0100- Rel. Des. Eros Piceli- 33ª Câm. – Direito Privado, j. 25/11/2013).

Na fundamentação do voto, o Relator Des. Eros Picelli acentuou que:

(...) A locadora deixou de comprovar o estado do imóvel ao tempo do início da locação. Não basta sua afirmação de que estava em condições normais. Sem tal prova, impossível estabelecer o nexo causal entre o comportamento do locatário e os danos.

Assim, a sentença expressamente enfrentou a questão da obrigação de entrega do imóvel pelo locatário como o recebeu. Se não se sabe o estado inicial do imóvel, impossível obrigar o locatário a suportar as despesas com os danos apontados pela locadora” (grifei).

Nesse sentido também é o entendimento desta Corte:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – CONTRATO DE LOCAÇÃO – RESSARCIMENTO AO LOCADOR DE DESPESAS COM REPAROS DE AVARIAS NO IMÓVEL – AUSÊNCIA DE TERMO DE VISTORIA INICIAL – TERMO DE VISTORIA FINAL ELABORADO UNILATERALMENTE – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DO LOCATÁRIO – REGRA DO ÔNUS DA PROVA – ART. 333, I, DO CPC – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I – Afasta-se a preliminar de violação ao princípio da dialeticidade, se as razões recursais atacam diretamente o que foi decidido na sentença.

II – Laudo de vistoria, apenas final, elaborado unilateralmente pelo locador, sem a participação ou o conhecimento prévio do locatário, não se presta a comprovar os danos decorrentes da locação.

III – Consabido é que ao autor incumbe a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito, conforme estabelece o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.” (TJMS-N. 2010.034030-7/0000-00 - Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Quinta Turma Cível- j. 2.12.2010).

Portanto, o termo de vistoria inicial certificaria a qualidade das pastagem e das construções existentes na Fazenda Varjão ao início do arrendamento, especialmente para aferir as irregularidades apontadas na inicial como: as cercas com arames arrebentados e postes caídos, o mangueiro com madeiras quebradas, cheio de matos e pragas, invernadas abandonadas, intransitáveis, e outras tantas narradas às f. 04.

Ocorre que, além de não fazer essa prova documental, a prova testemunhal trouxe elementos que divergem em muito dos fatos alegados pelo apelante.

Aliás, a única testemunha arrolada por ele foi enfática ao afirmar que quando chegou na fazenda para trabalhar para os apelados “*as ripas e os palanques do mangueiro já estavam quebrados. Não sabe se eles se quebraram antes ou durante o arrendamento do imóvel para Jiro*” (f. 158), de modo que não se tem parâmetro para saber se a depreciação das construções existentes na Fazenda Varjão ocorreu durante a vigência do contrato, por desídia dos apelados, ou se preexistia.

Confira alguns trechos do depoimento:

“(...) começou a trabalhar na fazenda em 1º/03/2008 ou 2009 (...) Jiro desocupou o imóvel há uns 2 anos. Quando entregou o imóvel, não fez nenhum reparo ou conserto nas cercas e no mangueiro, que estavam precisando de manutenção (...) As cercas e o mangueiro já estavam necessitando de manutenção quando o depoente começou a trabalhar na fazenda e, quando Jiro foi embora, estavam nas mesmas condições (...) Quando o depoente chegou na fazenda, as ripas e os palanques do mangueiro já estavam quebrados. Não sabe se eles se quebraram antes ou durante o arrendamento do imóvel para Jiro” (Testemunha – Cláudio Farias Pesquero Miotttil – f. 158).

Ainda, ao contrário do alegado pelo apelante, as testemunhas arroladas pelos apelados também foram unânimes em afirmar que os apelados realizaram reformas na Fazenda e também roçaram o pasto durante o contrato, afirmando também que o local estava bem precário antes do arrendamento. Confira às f. 160/161.

Destarte, como o apelante não juntou aos autos o termo de vistoria inicial do imóvel, ônus que lhe competia, e ainda considerando que os elementos probatórios são no sentido de que a Fazenda Varjão já apresentava situação de precariedade antes mesmo do contrato, não há como imputar responsabilidade aos apelados por eventuais gastos tidos pelo apelante. Aliás, também não há prova do dano alegado.

Com efeito, a mera juntada dos orçamentos de f. 78-80 não são suficientes para comprovação da despesa de R\$ 5.340,00 (cinco mil trezentos e quarenta reais), pois além de terem sido elaborados unilateralmente, não “*provam que o autor tenha, efetivamente, desembolsado a quantia ali referida, seja porque não é possível vislumbrar a relação de causalidade entre os materiais ali discriminados e os supostos reparos necessários no imóvel*”, como pontuou o julgador (f. 203).

Igualmente não restou comprovado também que dada a precariedade do imóvel o apelante teve de conceder ao novo arrendatário do imóvel um desconto no valor de R\$90.000,00 (noventa mil reais), haja vista que sequer juntou aos autos o aludido contrato.

Destarte, como o apelante não comprovou o fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, CPC), o improvimento do recurso se impõe.

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

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. OSWALDO), APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 11.02.2014)

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Revisor).

Pedi vista para melhor apreciar a questão.

Folheando os autos, percebe-se que a parte autora, ora apelante, Espólio de Waldepino de Oliveira Lima, ajuizou ação de reparação por danos materiais contra Jiro Tsuge e outros, requerendo sua condenação ao pagamento de danos materiais no importe de R\$ 95.340,00 (noventa e cinco mil, trezentos e quarenta reais).

Em síntese, alegou descumprimento do contrato particular de arrendamento rural de área rural de 1.006 há, denominada Fazenda Varjão, notadamente porque o bem imóvel foi entregue sem observar as cláusulas contratuais, vale dizer, foi devolvido em condições deploráveis, não tendo os réus/apelados adimplido o dever de bem conservar o bem.

Instruído o feito, o magistrado *a quo* proferiu sentença de improcedência do pedido, cuja parte dispositiva foi exarada nos seguintes termos:

“Pelo exposto, não tendo o autor se desincumbido do ônus da prova que lhe é atribuído, nos termos do art. 333, I, do CPC, eis que inexistente a comprovação dos danos supostamente causados pelos réus ao autor, julgo improcedente o pedido formulado na inicial.” (f. 204) – grifei.

Contra essa sentença, o autor interpôs o presente recurso de apelação.

Quando do julgamento do recurso de apelação, o ilustre Desembargador Relator, Des. Eduardo Machado Rocha, votou no sentido de negar provimento ao recurso, basicamente por entender não ter o autor/apelante se desincumbido do seu ônus processual de comprovar os fatos constitutivos do seu direito, vale dizer, o inadimplemento contratual dos réus/apelados.

Dada a complexidade do tema, resolvi pedir vista para melhor apreciação.

Pois bem, examinando atentamente a questão, peço vênia ao e. Des. Relator para dele divergir.

Por primeiro, saliente-se ser bastante claras as cláusulas contratuais no sentido de ser dever dos apelados entregar o bem em bom estado de conservação, situação sobre a qual não paira dúvida.

Por sua vez, a controvérsia gira em torno da demonstração ou não de descumprimento do contrato, no tocante a entrega do bem, pelos apelados, em estado de conservação ruim.

A rigor, penso que assiste razão ao autor-apelante no que se refere ao pedido de condenação dos réus a lhe reparar danos materiais, pelo descumprimento das cláusulas contratuais atinentes a devolver o bem em condições ideais de uso, isto é, de ter bem zelado pela manutenção da propriedade rural no período em que dela usufruiu.

Quanto aos danos materiais, é sabido que se constituem em danos emergentes e lucros cessantes, e exigem prova inequívoca de sua ocorrência, não deixando margem à dúvida quanto à repercussão do sofrimento causado à vítima.

Lecionando a respeito, Carlos Roberto Gonçalves assevera que:

“Dano material é o que repercute no patrimônio do lesado. Patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. Avalia-se o dano material

tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. O ressarcimento do dano material objetiva a recomposição do patrimônio do lesado. Se possível, restaurando o statu quo ante, isto é, devolvendo a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se a compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária.

(...)

Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado". (Responsabilidade Civil, São Paulo: Editora Saraiva, p. 627/628 e 629.) - Grifei.

Com efeito, os lucros cessantes devem refletir a “*perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode ocorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado*” (Cavaliere Filho, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 90.)

Transpondo tais lições para o caso em epígrafe, penso restar bem demonstrado o dano material experimentado pela parte autora.

Efetivamente, as fotos de f. 45-65 mostram as más condições do imóvel rural objeto do contrato em questão, fotografias que não tiveram sua autenticidade/veracidade afastadas, anote-se. A bem da verdade, as fotografias demonstram um terra arrasada.

De fato, simples passar de olhos pelas fotografias revela o estado de abandono de pontos da propriedade, em que o matagal tomou conta; em outras percebe-se a existência de péssima conservação das cercas, porteiras e mangueiro.

Ademais, a prova documental acostada revela que durante a execução do contrato foram diversas as notificações expedidas pelo autor aos réus, sempre solicitando que fossem tomadas providências no sentido de cumprir o contrato, bem conservando o imóvel.

Com efeito, existem notificações realizadas em julho de 2007 (f. 16), outubro de 2007 (f. 17-19), novembro de 2007 (f. 20), dezembro de 2007 (f. 21), janeiro de 2008 (f. 22), fevereiro de 2008 (f. 23-25), abril de 2009 (f. 30), junho de 2009 (f. 31), julho de 2009 (f. 32) e, inclusive, notificação extrajudicial, datada de maio de 2009, cuja leitura e recebimento foi certificada por oficial de justiça (f. 34). Contudo, também foi certificada a recusa dos apelados em assinar a notificação extrajudicial.

Não fosse o bastante, a prova testemunhal, embora insegura, permite vislumbrar que ao menos parte da propriedade não teve sua manutenção realizada por conta da impossibilidade de acesso do trator ao local. Ora, aqui me parece bem visível o descumprimento do contrato, porquanto, o fato de não ser possível conservar parte do imóvel com o trator não conduz a impossibilidade de manutenção. Ao contrário, caberia aos réus providenciar outros modos de bem conservar o bem e não deixa-lo a mercê da ação do tempo.

Sobre a prova testemunhal, calha destacar que a própria testemunha dos réus acabou por demonstrar que a fazenda tinha estado de conservação bom quando do início do negócio, quando afirmou que o mangueiro era razoável, ou seja, dava para trabalhar o gado. Havia poucas táboas quebradas, na parte baixa (f. 161).

Diante disso, tenho que deve ser dado provimento ao recurso, para condenar os réus ao pagamento de danos materiais no importe de R\$ 95.340,00 (noventa e cinco mil, trezentos e quarenta reais), valor inclusive que deixou de ser impugnado especificamente pelos réus.

Sobre o montante, por cuidar-se de responsabilidade contratual, deve incidir juros de mora e correção monetária a partir da citação válida.

Conclusão

Ante o exposto, divergindo do e. Des. Relator, Eduardo Machado Rosa, conheço do recurso interposto por e dou-lhe provimento para, em reformando a sentença, condenar os réus a lhe reparar os danos materiais devidos, no importe de R\$ 95.340,00 (noventa e cinco mil, trezentos e quarenta reais), montante sobre o qual deve incidir juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo índice INPC, tudo a partir da data da citação válida.

Consequentemente, deve-se alterar os ônus sucumbenciais, que ficam invertidos, devendo os réus arcarem com sua integralidade, fixados os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL (DES. FERNANDO), APÓS O RELATOR NEGAR E, O REVISOR, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO (EM 18.02.2014)

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Vogal)

Diante da divergência de posicionamento entre os eminentes Relator e Revisor, pedi vistas dos autos para conhecer de forma aprofundada as questões discutidas, chegando à seguinte conclusão:

O autor, Espólio de Waldepino de Oliveira Lima, propôs a presente ação de reparação por danos materiais contra os apelados, objetivando o recebimento de indenização no importe de R\$ 95.340,00 (noventa e cinco mil, trezentos e quarenta reais), alegando, para tanto, o descumprimento do instrumento particular de arrendamento de área rural referente à Fazenda Varjão, haja vista ter sido entregue sem observância das cláusulas contratuais, especialmente quanto à conservação do imóvel.

A sentença julgou improcedente o pedido do autor por entender ausente a prova dos danos supostamente causados pelos réus, nos termos do artigo 333, I, do CPC. Neste mesmo sentido foi o posicionamento externado pelo voto do insigne Relator, Des. Eduardo Machado Rocha, na sessão de julgamento do apelo.

Conforme bem fundamentado pelo i. Des. Relator, *“a não existência do termo de vistoria inicial impede a verificação do estado do imóvel ao tempo do arrendamento rural. Sem tal prova, impossível estabelecer o nexo causal entre o comportamento do locatário e os danos alegados.”*

Este também é o posicionamento desta Corte de Justiça:

“E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – CONTRATO DE LOCAÇÃO – RESSARCIMENTO AO LOCADOR DE DESPESAS COM REPAROS DE AVARIAS NO IMÓVEL – AUSÊNCIA DE TERMO DE VISTORIA INICIAL – TERMO DE VISTORIA FINAL ELABORADO UNILATERALMENTE – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DO LOCATÁRIO – REGRA DO ÔNUS DA PROVA – ART. 333, I, DO CPC – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.”

I – Afasta-se a preliminar de violação ao princípio da dialeticidade, se as razões recursais atacam diretamente o que foi decidido na sentença.

II – Laudo de vistoria, apenas final, elaborado unilateralmente pelo locador, sem a participação ou o conhecimento prévio do locatário, não se presta a comprovar os danos decorrentes da locação.

III – Consabido é que ao autor incumbe a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito, conforme estabelece o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil” (TJMS- AC N. 2010.034030-7/0000-00 - Quinta Seção Cível - Relator -Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva –j. 02.12.2010).

O termo de vistoria inicial certificaria a qualidade das pastagens e das construções existentes na Fazenda Varjão ao início do arrendamento, confirmando ter sido devolvida em idênticas condições.

Ausente o documento imprescindível ao acolhimento do pleito exordial, impossível averiguar as apontadas irregularidades, tais como: cercas com arames arrebitados e postes caídos; mangueiro com madeiras quebradas, tomado pelas pragas; invernadas abandonadas (f. 04).

Desta forma, o autor não cumpriu com o ônus imposto pelo artigo 333, I, do CPC, devendo ser mantida a sentença de primeiro grau.

Ex positis, acompanho o preclaro Relator, Des. Eduardo Machado Rocha, para negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, vencido o Revisor, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, MS, 18 de fevereiro de 2014.

3ª Seção Cível**Mandado de Segurança n. 4008279-43.2013.8.12.0000 - Campo Grande****Relator Des. Eduardo Machado Rocha**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO DE DEFENSOR PÚBLICO – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA – AFASTADA – HOMOLOGAÇÃO DO RESULTADO FINAL DO CERTAME – INOCORRÊNCIA DE PERDA DO OBJETO – MÉRITO – REPROVAÇÃO NA PROVA DE TRIBUNA – ILEGALIDADES NO CONCURSO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA, DA PUBLICIDADE E QUEBRA DO SIGILO – NÃO CONFIGURADOS – PUBLICAÇÃO DA LISTA DE CLASSIFICAÇÃO GERAL – ORDEM DENEGADA.

A contagem do prazo para a impetração do mandado de segurança se inicia por ocasião da publicação do edital naqueles casos em que a regra editalícia publicada tem o condão de, desde o início da produção de seus efeitos, atingir direito comprovadamente líquido e certo do candidato. Todavia, existem casos em que o direito a ser protegido pelo mandado de segurança somente nasce no decorrer das fases do certame. Nessas situações, é a partir da efetiva produção dos efeitos concretos da regra editalícia – que se reputa violadora de direito líquido e certo, materializada pelo ato de eliminação do candidato – que deve ser observado o prazo de 120 dias para a impetração do *mandamus*.

A homologação do resultado final do concurso não conduz à perda do objeto do *writ* quando o remédio constitucional busca aferir suposta ilegalidade praticada em alguma das etapas do concurso.

A decisão da Banca Examinadora do XVI Concurso de Provas e Títulos para provimento dos Cargos de Defensor Público da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, que reprovou a impetrante na fase oral de tribuna, não ofendeu aos princípios da motivação dos atos administrativos, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e na quebra do sigilo do conteúdo da prova de tribuna, pois devidamente fundamentada e em consonância com as regras preestabelecidas pelo edital e regulamento do concurso, do qual tinha pleno conhecimento a impetrante.

A ausência de gravação da prova oral, não afrontou direito líquido e certo da impetrante, tendo em vista que a comissão examinadora atuou de acordo com as normas do certame, bem como a candidata pode ter acesso às notas e aos critérios utilizados.

Com a negativa da ordem não há que falar em republicação da lista de classificação geral dos candidatos do concurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, MS, 20 de janeiro de 2014.

Des. Eduardo Machado Rocha – Relator.

RELATÓRIO

Des. Eduardo Machado Rocha.

Joanara Hanny Messias Gomes impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelo Defensor Público Geral - Presidente da Comissão do XVI Concurso Público de Provas e Títulos para Ingresso na Carreira da Defensoria Pública, Presidente do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e e Presidente do Conselho da DPMS, alegando que em relação à prova de tribuna, a candidata não conseguiu a nota mínima, ou seja, 5,0, tendo alcançado a nota 3,75, sem que a Banca explicasse o motivo de tal nota.

Alega que, por acreditar no equívoco da nota que lhe foi atribuída, na mesma data da publicação do resultado em 24 de junho de 2013, protocolou requerimento para ter acesso aos espelhos, ou quaisquer outros documentos que evidenciem a avaliação e os critérios das provas orais do dia 06 de junho e da prova de tribuna do dia 08 de junho.

Sustenta ter protocolado, em 25 de junho de 2013, recurso administrativo ao Presidente da Comissão do Concurso, requerendo o conhecimento do recurso, em observância aos princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa, bem como o provimento para majorar a nota da tribuna, por não vislumbrar motivos para atribuição da nota 3,75, juntando o roteiro da prova de tribuna, feito de próprio punho pela impetrante à época da realização da prova, e utilizado para sua arguição de prova.

Narra que, em 26 de julho de 2013, foi publicado no Diário Oficial n.º 8.477, a decisão da Comissão do Concurso, referente ao recurso administrativo, negando-lhe provimento e, que o Conselho Superior da Defensoria, na Ata n. 1.422, Processo n. 33/000.080/2012, negaria conhecimento e provimento do recurso.

Assevera que pleiteou e recebeu cópias das decisões proferidas pela Comissão do Concurso acerca do Recurso, porém, diante da descrição fática que obteve, é possível verificar a ilegalidade e o abuso de poder cometidos pela Comissão do XVI Concurso Público de Provas e Títulos para Ingresso na Carreira da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul.

Explica que, se a comissão não indica os critérios e os motivos pelos quais não obteve a nota mínima, age com arbitrariedade, transformando a prova em subjetivismo puro, o que não pode ser permitido pelo Judiciário.

Aduz que o ato de reprovação é ilegal, porque fere o princípio da motivação, porque a comissão do concurso não indicou os motivos de sua reprovação, tolhendo o seu direito à informação, ao contraditório, à ampla defesa e ao controle dos atos administrativos.

Menciona que a fundamentação dada pela autoridade apontada como coatora, de que a exposição não correspondeu aos aspectos avaliados de forma suficiente para atingir a pontuação mínima é insuficiente, aplicando-se ao caso a teoria dos motivos determinantes.

Expõe que ao tomar conhecimento da prova de tribuna, bem como das regras e critérios de avaliação que seriam aferidos, foi pega de surpresa, uma vez que o edital de abertura não previu tais critérios.

Expressa que houve quebra da isonomia, porquanto o processo-crime escolhido para a prova de tribuna foi o mesmo para as duas turmas que seriam submetidas à prova oral, beneficiando, assim, os candidatos da segunda turma.

Dispõe acerca de violação aos art. 13, 48 e 115 do Regulamento do Concurso e aos art. 7º e 8º do Decreto n. 13.141/2011, porque o resultado final do concurso foi publicado sem que fosse feita a lista geral dos aprovados, incluindo aqueles que optaram pelo sistema de cotas.

Requer a concessão da liminar e, ao final, *“seja reconhecida a ilegalidade diante da ausência de motivação do ato que eliminou a impetrante do certame, sanando-se esta ilegalidade com o afastamento da reprovação de JOANARA HANNY MESSIAS GOMES, incluindo-a na classificação, para posterior nomeação e posse”*, ou *“a concessão para anular a prova de tribuna”* e ainda *“determinar que a Comissão do Concurso publique a lista de classificação final com todos os candidatos, inclusive os que optaram pelas quotas”*.

A liminar foi indeferida (f. 617/620).

Notificada a autoridade apontada como coatora, esta apresentou informações, alegando preliminar de decadência, tendo em vista que a impetrante decaiu do direito para ajuizar a segurança, pois ela se volta contra regra do edital, publicado em 10/08/2012.

No mérito, aduz inexistência de direito líquido e certo.

Menciona que, de acordo com o estabelecido no Regulamento do XVI Concurso Público de Provas e Títulos para preenchimento de 25 (vinte e cinco) vagas para o cargo de Defensor Público Estadual substituto, para fins de composição da nota das provas orais, composta por arguição oral e prova de tribuna, foi considerada a média aritmética das notas atribuídas pelos examinadores, obtendo a impetrante a média de 3,75.

Pondera que na composição da nota foram aferidos a adequação técnica e conteúdo jurídico, o conteúdo lógico, segurança na exposição da tese e nas respostas às intervenções dos examinadores e desenvoltura, poder de síntese e postura, articulação do raciocínio e convencimento da argumentação e dicção e correção da linguagem.

Aplicando esses critérios a impetrante não atingiu a nota mínima.

Diz que não houve ofensa ao contraditório quanto ao resultado das provas oral e de tribuna, uma vez que foi conferida publicidade de todas as etapas do concurso, das deliberações proferidas sobre o seu processamento, bem como de todos os atos previstos no Regulamento do Concurso.

Alega que à pretensão de nulidade da aplicação da prova de tribuna, por quebra de sigilo, é ilusória, temerária e infundada, haja vista que os aprovados foram convocados por ordem alfabética conforme Anexo I do edital para as provas orais, desmembrada em dois dias.

Assevera que comentários acerca da prova em fóruns do concurso, não levam a quebra de sigilo da prova entre os candidatos, pois são espaços voltados para troca de experiências em relação ao concurso.

Aduz que todos os candidatos tiveram oportunidade de esclarecer dúvidas junto à Banca Examinadora, quanto à aplicação da prova oral, porém não houve qualquer impugnação.

Ao final, requer o acolhimento da preliminar de decadência e, não sendo o caso, pugna pela denegação da ordem (f. 633/651).

O Estado de Mato Grosso do Sul ratificou as informações prestadas pela Defensoria Pública (f. 758).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo afastamento da arguição de decadência e perda do objeto, e pela concessão da segurança, a fim de que o resultado da prova da impetrante seja anulada e ela seja considerada aprovada na prova oral, com a maior nota que lhe foi atribuída (6,00), ou que seja aprovada com média mínima (5,00), bem como *“favorável à publicação de lista geral dos candidatos aprovados, incluindo os que concorreram pelo sistema de cotas”* (f.759/782).

VOTO (EM 18.11.2013)

Des. Eduardo Machado Rocha (Relator).

Joanara Hanny Messias Gomes impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelo Defensor Público Geral - Presidente da Comissão do XVI Concurso Público de Provas e Títulos para Ingresso na Carreira da Defensoria Pública, Presidente do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e Presidente do Conselho da DPMS, objetivando a concessão da segurança para que *“seja reconhecida a ilegalidade diante da ausência de motivação do ato que eliminou a impetrante do certame, sanando-se esta ilegalidade com o afastamento da reprovação de JOANARA HANNY MESSIAS GOMES, incluindo-a na classificação, para posterior nomeação e posse”,* ou *“a concessão para anular a prova de tribuna”* e ainda *“determinar que a Comissão do Concurso publique a lista de classificação final com todos os candidatos, inclusive os que optaram pelas quotas”*.

A autoridade impetrada alega preliminar de decadência, tendo em vista que a impetrante decaiu do direito de ajuizar a segurança, pois ela se volta contra regra do edital, publicado em 10/08/2012. Assim, já teria transcorrido o prazo de 120 (cento e vinte) dias.

A prejudicial não comporta acolhimento.

Com efeito, denota-se que a impetrante não se insurge contra as regras do edital, mas quanto a pontuação obtida na prova oral, especificamente a prova de tribuna, e aos critérios adotados pela banca examinadora ao atribuir nota 3,75 (três vírgula setenta cinco) a candidata, e com isso reprová-la do certame.

Como bem pontuado pelo Procurador de Justiça, o ato reputado coator é a resposta ao recurso administrativo que contrariou a sua pretensão, confira-se:

“(…)

O raciocínio sustentado pelo Sr. Defensor Público-Geral estaria correto se a impetrante tivesse direcionado o mandado de segurança especificamente contra uma regra do edital. Entretanto, não foi isso o que ocorreu.

A impetrante, na verdade, se insurge contra as notas que lhe foram atribuídas na prova de Tribuna, as quais culminaram com a sua reprovação no concurso público. Assim sendo, aviou o writ em face de ato concreto, e não de disposições do Edital de abertura do concurso público.

Daí se vê que a decisão de f. 751-754 não se amolda como parâmetro para o caso, porque na situação nela analisada o impetrante André Ricardo Antonovitz Munhoz pleiteava a concessão da ordem “para determinar que a autoridade coatora conceda ao impetrante o direito de vista da prova oral realizada, especificamente a prova de tribuna, e, após, oportunize a ele o direito de interpor o recurso administrativo ou termo final do prazo sem a sua interposição”.

Da mesma forma, o candidato Djalma Martins de Matos Filho (f. 755-757) se insurgiu contra a “não concessão de vista da gravação das provas orais de direito civil e processual civil e de tribuna e na impossibilidade de interpor recurso administrativo quanto ao resultado dessa fase do certame”, visando a mesma providência pleiteada por André Ricardo.

Sucedendo que não é este o caso da impetrante que conseguiu administrativamente a vista das notas da prova oral e conseguiu interpor recurso administrativo contra a sua nota. O ato reputado coator, em seu caso, é a resposta ao recurso, que foi contrária à sua pretensão.” (f. 762).

Sobre o tema, o Ministro Herman Benjamin quando da análise do RMS n. 36.798-MS assevera em seu voto que:

“(…)

A propósito, observando os precedentes jurisprudenciais do STJ sobre o tema, verifica-se que a contagem do prazo para a impetração do Mandado de Segurança se inicia por ocasião da publicação do edital naqueles casos em que a regra editalícia publicada tem o condão de, desde o início da produção de seus efeitos, atingir direito comprovadamente líquido e certo do candidato.

Isso considerado, a solução adotada pelo Tribunal de Justiça não parece ser a melhor a ser aplicada ao caso concreto, porquanto o Mandado de Segurança ataca ato que produziu o efeito concreto (Portaria 021/11-PM3, de 15.6.2011) que declarou o impetrante inapto no exame de aptidão física (fl. 39, e-STJ), cuja efetiva participação do candidato ainda era incerta por ocasião da inscrição e da leitura das regras editalícias.

Assim, embora as regras constantes de editais de concursos públicos, logicamente, possam ser impugnadas por meio de Mandado de Segurança desde a publicação do edital, ocasião em que o impetrante deverá demonstrar a existência de direito que foi violado ou poderá vir a sê-lo, não se pode ignorar o fato de que o direito de ação é potestativo e o direito a ser protegido pelo Mandado de Segurança deve ser comprovadamente líquido e certo, daí por que não se mostra razoável exigir que os candidatos impugnem regras editalícias referentes a fases do certame que nem sequer se sabe se serão alcançadas.

Vale concluir que o candidato, enquanto participante de fase do certame regida por regras editalícias que, de forma concreta, ilegal ou abusiva, violaram seu direito líquido e certo, pode impetrar Mandado de Segurança contra o ato que, em observância a essas regras, procede à sua eliminação do concurso. Ou seja, no caso dos autos, é a partir da efetiva produção de efeitos concretos da regra editalícia – que se reputa violadora de direito líquido e certo, materializada pelo ato de eliminação do candidato – que deve ser observado o prazo de 120 dias para a impetração do Mandado de Segurança.” – destaquei.

No caso, verifica-se que entre a decisão atacada (Ata n. 22, de 12 de julho de 2013 – Comissão de Concurso e Ata n. 1.422, de 19 de julho de 2013 – Conselho Superior da Defensoria Pública-Geral do Estado) – f. 124/134 e f. 737/738, e a impetração do mandado de segurança (07/08/2013) – f.616, não decorreu o prazo fatal de 120 (cento e vinte) dias descrito no art. 23 da Lei 12.016/09.

Rejeita-se, portanto, a preliminar de decadência.

A Procuradoria argui preliminar “de ofício” de perda de objeto, argumentando que a homologação do concurso não acarreta a perda superveniente do objeto deste *mandamus*.

Trata-se de matéria ventilada pelo *Parquet* que, ao tomar conhecimento de petição, pelo Sistema SAJ, protocolada pela autoridade impetrada e ainda não juntada, apresenta suas razões para não acolhimento.

Por conta disso, analisa-se a questão posta.

Infere-se que a inicial do mandado de segurança veicula pedido no sentido de que “*seja reconhecida a ilegalidade diante da ausência de motivação do ato que eliminou a impetrante do certame, sanando-se esta ilegalidade com o afastamento da reprovação de JOANARA HANNY MESSIAS GOMES, incluindo-a na classificação, para posterior nomeação e posse*”, ou “*a concessão para anular a prova de tribuna*” (f. 37).

Logo, vê-se que, embora homologado o certame, permanece o interesse de agir na presente demanda, uma vez que o ato ilegal alegado pela impetrante permanece no mundo jurídico, qual seja, ilegalidades na fase de tribuna que resultaram em sua reprovação.

O encerramento desta via mandamental por pura e simples falta de interesse de agir trará, por consequência, a exclusão da candidata do certame, justamente no ponto principal da controvérsia sobre o qual se requer a manifestação judicial, havendo a necessidade de seu enfrentamento.

Neste sentido vem se manifestando o Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA TÉCNICO-ADMINISTRATIVA DO ESTADO DE GOIÁS. LESÃO NO JOELHO ESQUERDO. DISPENSA DO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA E DO EXAME DE SAÚDE. TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE CANDIDATOS. VEDAÇÃO NO EDITAL. HOMOLOGAÇÃO DO RESULTADO FINAL DO CERTAME. PERDA DO OBJETO. OCORRÊNCIA.

(...)

3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que a homologação do resultado final do concurso não conduz à perda do objeto do mandamus quando o remédio constitucional busca aferir suposta ilegalidade praticada em alguma das etapas do concurso.

(...).”

(AgRg no RMS 36.566/GO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 23/04/2012). – destaqui.

Assim, a homologação do certame não tem o condão de induzir à perda de objeto do *mandamus*.

Feitas essas considerações, examina-se o mérito do *writ*.

No caso vertente, a impetrante se inscreveu no concurso para o preenchimento de 25 (vinte e cinco) vagas do cargo de Defensor Público Substituto, nos termos do Edital n. 001/2012, enquadrando-se no programa de reserva de vagas para negros.

Iniciado o certame, obteve aprovação nas provas preambular objetiva e escritas subjetivas.

Convocada para as provas orais, foi aprovada na arguição e reprovada na tribuna.

Em razão deste último resultado, requereu a Comissão do concurso “*acesso aos espelhos, ou quaisquer outros documentos que evidenciem a avaliação e os critérios das provas orais do dia 06 de junho e da prova de tribuna do dia 08 de junho referente ao réu BRENO MENEZES DIAS, bem como as respectivas gravações visuais ou auditivas (documento em anexo).*”, bem como “*protocolou Recurso Administrativo ao Presidente da Comissão do Concurso, diante do prazo de 02 dias previsto nos artigos 98 e 99 da Deliberação/CSDP N. 007, de 03 de agosto de 2012, requerendo o conhecimento do recurso, em observância aos princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa, bem como o provimento para majorar a nota da tribuna da candidata, por não vislumbrar motivos para atribuição da nota 3,75, juntando-se o roteiro da prova de tribuna, feito de próprio punho pela impetrante à época da realização da prova, e utilizado para sua arguição de prova (documento em anexo).*”.

O pedido de vista da nota individual da candidata foi deferido, porém a cópia da gravação e recurso administrativo foram indeferidos.

Diante da resposta, a impetrante ajuizou este mandado de segurança visando sua aprovação na prova de tribuna, apontando ilegalidades na condução do concurso, em especial aos princípios da motivação dos atos administrativos, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, quebra no sigilo do concurso e ofensa às regras do edital. Pretende ainda que a Comissão do Concurso publique a lista de classificação final com todos os candidatos, inclusive aqueles que optaram pelas cotas.

Não merecem guarida os pedidos formulados.

Com efeito, verifica-se do regulamento do concurso público objeto deste *mandamus* que não há previsão acerca da publicação de cada uma das notas atribuídas aos candidatos pelos examinadores da prova oral. Confira-se o teor do art. 93 do Regulamento do Concurso (Deliberação/CSDP n. 007, de 03 de agosto de 2012):

“Art. 93. As notas da arguição oral e da prova de tribuna serão lançadas em papeletas individuais, contendo o nome e o número de inscrição do candidato, a nota atribuída pelos examinadores, a média aritmética e as rubricas dos membros da Comissão de Concurso.”

Preconiza o citado artigo que para apuração da nota final, leva-se em conta a média aritmética das notas atribuídas individualmente pelos examinadores. Logo, é a nota final que deve ser levada ao conhecimento dos candidatos e sobre a qual surge o interesse de recorrer, caso não concorde, ou na hipótese de reprovação, nos termos dos art. 98 a 109 do Regulamento. Tanto é que a impetrante pôde manejar recurso contra o resultado de sua prova de tribuna, a qual foi conhecido, mas fundamentadamente desacolhida pela Comissão do Concurso (f. 124/134), nos seguintes dizeres:

“1. Quanto ao requerimento da candidata Joanara Hanny Messias Gomes, a Comissão de Concurso, à unanimidade, decide deferir o primeiro pedido, para garantir acesso à papeleta individual de notas, tanto da arguição oral quanto da prova de tribuna, e indeferir o segundo pedido por não constar o Regulamento do Concurso previsão de gravações visuais ou auditivas das provas orais, bem como por não existir impugnação/contestação quando da publicação do Edital de Abertura e do Regulamento do Concurso, como também durante a realização das provas orais por qualquer candidato (...) 2.1. “JOANARA HANNY MESSIAS GOMES ... interpôs, em 25 de junho de 2013, recurso administrativo contra a nota da avaliação da prova de tribuna, referente às provas orais do concurso público (...). A recorrente não impugnou o Edital de Abertura do Concurso, não impugnou o Regulamento do Concurso e, igualmente, não apresentou impugnação durante o sorteio e a realização da prova de tribuna. No entanto, somente após a publicação do resultado resolveu arguir contra a idoneidade do certame, com base nos princípios da publicidade e da moralidade. Todos os resultados do certame em referência foram devidamente publicados e arquivados nesta Instituição. Mediante requerimento é possível acesso a esses documentos por qualquer interessado. Não existe a impossibilidade de um candidato tomar conhecimento de algo que tenha transcorrido durante o processo do concurso. A todos os candidatos foi aberta a possibilidade de sanar dúvidas ou solicitar esclarecimentos durante o transcorrer do concurso. Na oportunidade dos sorteios, todas as dúvidas foram esclarecidas por parte da Comissão de Concurso, inclusive junto à Banca Examinadora, antes e durante a realização das provas orais, não tendo ocorrido qualquer impugnação por parte dos candidatos. No que tange aos apontamentos da Recorrente no sentido de que pleiteou informações e não foi atendida, é importante observarmos que a Recorrente foi devidamente recebida na Instituição, tendo, na ocasião, obtido os esclarecimentos necessários dos auxiliares do Concurso Público em andamento (...) A Recorrente argumenta que alcançou a nota de 3,75 (três vírgula setenta e cinco) e assevera, partindo de tal premissa, ter lhe faltado exatos 1,25 (um vírgula vinte e cinco) ponto para alcançar a média exigida para a aprovação. Mais uma vez, equivoca-se a Recorrente na

sua colocação, pois desconsidera o disposto no artigo 94 do Regulamento do Concurso: “Art. 94. Será considerado aprovado nas provas orais o candidato que obtiver, na arguição oral e na prova de tribuna, nota igual ou superior a cinco, alcançada pela média aritmética das notas atribuídas pelos examinadores.”. Portanto, para a Recorrente alcançar sua aprovação no certame, ou seja, atingir o mínimo de 05 (cinco) pontos na média aritmética das notas atribuídas pelos examinadores, necessitaria de 05 (CINCO) pontos a mais nas notas que lhe foram atribuídas. Para fins de composição da nota das provas orais é considerada, de acordo com o estabelecido no Regulamento do Concurso, a média aritmética das notas atribuídas pelos examinadores (...) É possível aferir junto aos informes prestados por ocasião da resposta dada ao requerimento também protocolado nesta Instituição, que não foi utilizado pela Banca Examinadora qualquer critério comparativo, entre candidatos, para avaliação das provas orais. Lembramos à Recorrente que a tese apresentada não foi o único componente de avaliação para se chegar à nota. Os aspectos utilizados para composição da nota, em sua maioria, guardam singular subjetividade, e foram aferíveis de acordo com a exposição de cada candidato e não entre candidatos como a Requerente sugere. As provas orais foram avaliadas pela Banca Examinadora de acordo com os aspectos mínimos necessários e inerentes ao processo avaliativo que envolve provas orais e, neste caso, a prova de tribuna. Os aspectos aferidos foram: tese(s) defendida(s), conteúdo jurídico, convencimento da argumentação, conteúdo lógico, segurança na exposição da(s) tese(s) e nas respostas às intervenções dos examinadores, articulação do raciocínio, adequação técnica, correção da linguagem, desenvoltura, poder de síntese, postura e dicção. Ademais, qualquer candidato que manifestasse interesse em sabê-los teria acesso caso os requeresse. O direito fundamental de acesso à informação é observado e garantido a todos os interessados desde o início do certame. A Administração Superior da Instituição adota os princípios gerais de direito na condução do certame, precipuamente os inerentes à Administração Pública. A Requerente não atingiu a nota mínima para aprovação no certame. Sua exposição não correspondeu aos aspectos avaliados de forma suficiente para atingir a pontuação necessária. Não existe a possibilidade de majoração de qualquer de suas notas pela Banca Examinadora, sob pena de rompimento com os princípios da isonomia e da moralidade administrativa”. (f.124/128).

Como se vê, o ato de reprovação da impetrante foi devidamente motivado, haja vista que deixou bem claro que “não foi utilizado pela Banca Examinadora qualquer critério comparativo, entre candidatos, para avaliação das provas orais” e que “foram aferíveis de acordo com a exposição de cada candidato e não entre candidatos como a Requerente sugere”. Ainda, explica que a exposição da impetrante “não correspondeu aos aspectos avaliados de forma suficiente para atingir a pontuação necessária”, sendo eles: “tese(s) defendida(s), conteúdo jurídico, convencimento da argumentação, conteúdo lógico, segurança na exposição da(s) tese(s) e nas respostas às intervenções dos examinadores, articulação do raciocínio, adequação técnica, correção da linguagem, desenvoltura, poder de síntese, postura e dicção.”.

Infere-se ainda que, os examinadores ao atribuírem nota à impetrante constaram que ela é “muito teatral, insegura nas intervenções”, ainda “exagerou na parte teatral, linguagem “tá, não tá; quer não quer”” e apontaram deficiência no conteúdo jurídico (f.747/750). Isso sem contar que dos quatro avaliadores, o único que atribuiu nota suficiente para a aprovação da impetrante, observou que a candidata é “aceitável, porém mal nas intervenções, insegura” (f. 750).

Nesses casos, é inevitável que a banca examinadora se utilize de certo poder discricionário para avaliar os candidatos, podendo levar em consideração vários aspectos além do fator estritamente ligado ao conhecimento.

Importante salientar que, o *Parquet* reconhece que houve motivação do ato de reprovação na prova de tribuna, porém sob o seu ponto de vista foi insuficiente (f. 767/775).

Todavia, pelo conjunto existente, mostra-se suficientemente motivado o ato de reprovação da impetrante.

Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, “*Não cabe ao Poder Judiciário interferir nos critérios de avaliação da banca examinadora de concurso público, a menos que, do exame da questão impugnada pelo candidato, apresente-se formulação dissociada dos pontos constantes do programa do certame ou teratológica, de forma que impossibilite a análise e a conseqüente resposta do concursando.*” (RMS 22.542/ES, Rel. Desembargadora convocada do TJ/MG Jane Silva, Rel. p/ Acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19.3.2009, DJe 8.6.2009.)

No mesmo sentido, o Ministro Herman Benjamin no RMS 36.596/RS, assevera que em matéria de concurso público “*a excepcional intervenção do Poder Judiciário limita-se à objetiva aferição de legalidade do certame, cujos questionamentos devem cingir-se ao conteúdo previsto no edital. Não cabe ao órgão julgador, portanto, avançar sobre ponderações de ordem subjetiva quanto ao método de resolução da prova que o candidato poderia ter adotado para encontrar a resposta correta, o que implicaria adentrar no exame dos critérios de correção da prova.*”

Esta também é a posição do Supremo Tribunal Federal:

“Recurso extraordinário. Concurso público. - Também esta Corte já firmou o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, que é o compatível com ele, do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas (assim no MS 21176, Plenário, e RE 140.242, 2ª Turma). Pela mesma razão, ou seja, por não se tratar de exame de legalidade, não compete ao Poder Judiciário examinar o conteúdo das questões formuladas para, em face da interpretação dos temas que integram o programa do concurso, aferir, a seu critério, a compatibilidade, ou não, deles, para anular as formulações que não lhe parecerem corretas em face desse exame. Inexiste, pois, ofensa ao artigo 5º, XXXV, da Constituição. Recurso extraordinário não conhecido.”

(RE 268244, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 09/05/2000, DJU 30.06.00, p. 90).

“Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas (MS 21176, Plenário). Agravo regimental improvido.”

(RE 243056 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 06/03/2001, DJ 06-04-2001).

Outrossim, não prospera a alegação de alteração dos critérios de avaliação, não previstos no edital, no decorrer do certame, pois o que a Comissão Examinadora fez foi apenas esclarecer e regulamentar qual seria a sistemática para a avaliação dos candidatos nas provas oral e de tribuna (art. 92 do Regulamento do Concurso – f. 77), consistente na aferição da tese defendida, adequação técnica e conteúdo jurídico, conteúdo lógico, segurança na exposição da tese e nas respostas às intervenções dos examinadores e desenvoltura, poder de síntese e postura, articulação do raciocínio e convencimento da argumentação, dicção e correção da linguagem.

É importante frisar que tais critérios foram oportuna e objetivamente fixados, bem como aplicados, indistintamente, a todos os candidatos, de maneira que não há que se falar em ilegalidade por parte da Comissão Examinadora.

O que não se permite é alterar às regras do concurso que importe na alteração de critérios de avaliação dos candidatos e em agravamento às suas situações jurídicas. Contudo, isso não restou configurado no presente caso, pois não ocorreu modificação do certame, mas apenas a regulamentação do sistema de avaliação dos candidatos na prova de tribuna.

Além disso, denota-se que os critérios utilizados pela autoridade apontada como coatora não destoam daqueles adotados pelas demais bancas de concursos para provimento de Cargo de Defensor Público, editais estes acostados pela impetrante neste *mandamus* (f. 311, item 9.2; f. 331, item 10.3.1; f. 357, item 10.3; f. 375 – X. Da Terceira Fase – Prova Oral, item 2; f. 395, item 11.4; f. 445/446, item 11.3; f. 477, item 11.3, dentre outros).

Portanto, não houve qualquer ilegalidade praticada pela autoridade impetrada na condução do concurso e no ato de reprovação da impetrante, de sorte que não há ofensa aos princípios da motivação dos atos administrativos, do contraditório, da ampla defesa e da publicidade, porque a sistemática adotada está em consonância com o edital e regulamento do certame.

A ausência de gravação da prova oral, embora nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho seja recomendável “*afinal, as palavras voam (verba volant)*” (in Manual de Direito Administrativo, Editora: Atlas, 26ª ed., p.643) e uma tendência nos concursos públicos, não acarretou em qualquer prejuízo e afronta a direito líquido e certo da impetrante, tendo em vista que a Comissão Examinadora atuou de acordo com as normas estabelecidas para o certame, e não impugnados oportunamente pela impetrante. E mais, a candidata pôde ter acesso às notas e aos critérios utilizados, de forma que não lhe foi tolhido o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como houve possibilidade de exercitar o controle do ato que resultou na sua reprovação, através do recurso administrativo que fundamentadamente apresentou o embasamento para a tomada da decisão.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. REGRAS DO EDITAL. CIÊNCIA DO ATO IMPUGNADO. DATA DE PUBLICAÇÃO DO EDITAL. DECADÊNCIA CONFIGURADA. NOTA OBTIDA NOS TÍTULOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO CONHECIMENTO DA INSURGÊNCIA. PROVA ORAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

3. À míngua de previsão no edital, o candidato não tem direito líquido e certo de ter acesso às notas que lhe foram atribuídas por examinador e matéria na prova oral de concurso público para provimento do cargo de Juiz Federal Substituto.

4. Recurso ordinário improvido.”

(RMS 27673/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 02/08/2010).

Repise-se, por oportuno, que a Comissão Examinadora seguiu todas as regras preestabelecidas pelo edital e regulamento do concurso, do qual tinha pleno conhecimento a impetrante, no que tange as etapas (prova preambular objetiva, provas escritas subjetivas, de disciplinas teórica e prática, provas orais, compreendendo arguição e tribuna – art. 50 do Regulamento), seu conteúdo programático (art. 51 do Regulamento) e critérios para aprovação em cada uma das fases (art. 76, 77, 88, 91 a 94 do Regulamento).

No caso, a candidata obteve 77 (setenta e sete) pontos na prova preambular objetiva, nas provas escritas subjetivas, média de 7,0 (sete) pontos nas disciplinas teóricas e 5,0 (cinco) na prática, na arguição oral 5,63 (cinco virgula sessenta três) pontos em Processo Civil e 6,13 (seis virgula treze) em Processo Penal, mas na tribuna média de 3,75 (três virgula setenta cinco), razão pela qual foi reprovada.

O concurso público nas palavras de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo é o “*meio mais técnico posto à disposição da Administração para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, atender ao princípio da isonomia, uma vez que propicia igual oportunidade de acesso aos cargos e empregos públicos a todos os que atendem aos requisitos estabelecidos de forma geral e abstrata em lei*” (Direito Administrativo Descomplicado, Editora: Método, ed., 17ª, p. 260).

Constitui-se o edital em ato administrativo, cuja função reside em fixar as bases do concurso, e também resguardar a igualdade para todos aqueles que participam do certame.

Quanto ao princípio da vinculação do edital, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA A MAGISTRATURA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. DIREITO AUTORA. MATÉRIA RELACIONADA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA PROPRIEDADE, AMBOS CONSAGRADOS NO DIREITO CIVIL. SEGURANÇA DENEGADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que o exame dos atos da banca examinadora e das normas do edital de concurso público pelo Judiciário restringe-se aos aspectos da legalidade e da vinculação ao edital (Precedentes).”

(RMS 43.139/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 24/09/2013).

“RECURSO ESPECIAL. EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. EDITAL FAZ LEI ENTRE AS PARTES.

O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório se traduz na regra de que o edital faz lei entre as partes, devendo os seus termos ser observados até o final do certame, vez que vinculam as partes”.

(REsp 354977, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgamento: 18/11/2003, DJe 09.12.2003).

No mesmo sentido, este Tribunal vem se manifestando:

“MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATO APROVADO NA PRIMEIRA ETAPA – PROVA DE TÍTULOS – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA FORMA DE PONTUAÇÃO – EDITAL QUE É A LEI DO CONCURSO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório determina que o edital é a lei do concurso.

Não há ilegalidade na forma de pontuação dos títulos apresentados pela candidata em concurso público se respeitadas as regras previstas no edital do certame.

Segurança concedida.”

(Mandado de Segurança - N. 2012.000900-5/0000-00, Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Segunda Seção Cível, Julgamento: 09/07/2012).

Assim, observados o princípio da vinculação ao edital, e o critério de igualdade com os demais candidatos, não se vislumbra qualquer ilegalidade capaz de macular a prova de tribuna do concurso de Defensor Público.

Ora, a impetrante se volta contra os critérios e notas da prova de tribuna, porém nenhuma insurgência fez quanto a prova oral, onde obteve aprovação, cujos critérios são idênticos. Confira-se os documentos de f. 121/122, 723/724.

Ademais, a quebra do sigilo do conteúdo das provas de tribuna alegada pela impetrante não restou demonstrada de plano, haja vista que não há nenhum elemento capaz de levar a conclusão de que os candidatos que realizaram a prova de tribuna no segundo dia do concurso tiveram informações privilegiadas e que isso trouxe benefício à aprovação. Isso porque, houve equilíbrio entre os candidatos aprovados nos respectivos dias de prova, conforme se infere dos documentos acostados aos autos.

Ressalte-se que a autoridade impetrante, ao sortear o mesmo processo crime e com os mesmos fatos para os dois dias de arguição da prova oral de tribuna, não utilizou do expediente mais adequado, pois poderia acarretar desequilíbrio entre os candidatos e até na anulação desta fase do concurso. Todavia, reafirme-se que isto não ocorreu no caso, uma vez que o possível conhecimento prévio dos candidatos arguidos no dia 09/06/2013 não resultou em privilégio apto a facilitar na aprovação.

Por fim, com a negativa da ordem não há que falar em republicação da lista de classificação geral dos candidatos do concurso.

Ante o exposto, contra o parecer, denego a segurança.

Des. Julizar Barbosa Trindade (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO FOI ADIADA PARA SESSÃO DE 20/01/2014 EM FACE DO PEDIDO DE VISTA E FÉRIAS DO 2º VOGAL (DES. MARCOS JOSÉ DE BRITO), APÓS O RELATOR E O 1º VOGAL DENEGAREM A SEGURANÇA. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, O DES. JOÃO MARIA LÓS, E, POR FÉRIAS, O DES. JOSUÉ DE OLIVEIRA.

VOTO (EM 20.1.2014)

Des. Marcos José de Brito Rodrigues (2º Vogal)

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido liminar impetrado por Joanara Hanny Messias Gomes, autuado sob o n. 4008279-43.2013.8.12.0000, contra ato coator da Defensor Público Geral-Presidente do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, Presidente da Comissão do XVI Concurso Público de Provas e Títulos para Ingresso Na Carreira da Defensoria Pública e Presidente do Conselho da DPMS.

Conforme ressaltado no voto do relator, tem-se que é vedado ao Judiciário analisar o acerto ou não da avaliação da banca, pois, este Poder deve limitar-se à verificação da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados pela comissão responsável pela realização do certame, sendo defeso manifestar-se sobre os critérios de formulação, correção e atribuição de pontos, inerentes à atividade da Administração e de competência exclusiva da Banca Examinadora, exceto quando praticados com ilegalidade ou abuso de poder.

Adentrar na seara do subjetivismo, para reavaliar critérios de conveniência, oportunidade, justiça, da resposta administrativa, ou, pior, opinar se determinado exame da banca tem ou não, se coaduna com o resultado apresentado pela impetrante, se incorreto, ou equivocado, passaria-se a proceder um verdadeiro julgamento administrativo, ou seja, mera transferência de juízo de valor. A pretensão de que o Judiciário exerça o papel da banca examinadora em desacordo com o disposto no edital é vedado, já que, repete-se, não se pode interferir na formulação, aplicação ou correção de questões de concurso público.

Esse, aliás, é o entendimento majoritário das Cortes Superiores, vejamos:

“Agravamento regimental em mandado de segurança. 2. Concurso público. 3. Anulação de questões. Prova objetiva. 4. Não compete ao Poder Judiciário, no controle da legalidade, substituir a banca examinadora para censurar o conteúdo das questões formuladas. 5. Precedentes do STF. 6. Agravamento regimental a que se nega provimento.(MS 30144 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/06/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-146 DIVULG 29-07-2011 PUBLIC 01-08-2011). Destacado.

AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES OBJETIVAS. IMPOSSIBILIDADE. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que ao Poder Judiciário não é dado substituir banca examinadora de concurso público, seja para rever os critérios de correção das provas, seja para censurar o conteúdo das questões formuladas. Agravamento regimental a que se nega provimento”. (AIAGR 827001, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe 31.3.2011). Destacado.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REEXAME DE QUESTÕES DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO. INADMISSIBILIDADE.1. Em matéria de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, sendo vedado o exame dos critérios de formulação de questões, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora. Precedentes.2. O exame das questões da prova, a pretexto de rever a sua adequação ao conteúdo programático, é vedado ao Poder Judiciário, pena de incursão no mérito administrativo, podendo, ainda, demandar dilação probatória, tendo em vista a especificidade técnica ou científica do conteúdo programático e da questão em discussão.3. Agravamento regimental improvido.(AgRg no RMS 32.138/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 17/12/2010). Destacado.

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANÁLISE DE PROVA. PODER JUDICIÁRIO. LIMITAÇÃO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. PROVA. CRITÉRIO DE CORREÇÃO. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. LIQUIDEZ E CERTEZA. AUSÊNCIA. PROVA TÉCNICA. DESCABIMENTO. 1. Nas demandas que discutem concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se ao exame da legalidade do certame, vedada a apreciação dos critérios utilizados pela banca examinadora para formulação de questões e atribuição das notas aos candidatos, sob pena de indevida incursão no mérito administrativo. (...). 5. Recurso ordinário improvido.(RMS 27954/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 19/10/2009). Destacado.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO.CONCURSO PÚBLICO. EXAME DE QUESTÕES DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE.INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO.1. Em matéria de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso,

sendo vedado o exame dos critérios de formulação de questões, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora.(...). 3. Recurso ordinário improvido.” (RMS 18.318/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2008, DJe 25/08/2008). Destacado.

Desta feita, não cabe ao Poder Judiciário, ainda que no controle da legalidade, substituir a banca examinadora do certame para rever os critérios de correção ou censurar o conteúdo das questões formuladas. Nesse sentido:

“E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO MATO GROSSO DO SUL – REPROVAÇÃO – MOTIVAÇÃO SUFICIENTE DA BANCA EXAMINADORA – DISCUSSÃO SOBRE QUESTÕES E NOTAS ATRIBUÍDAS – IMPOSSIBILIDADE – SEGURANÇA DENEGADA. É vedado ao Poder Judiciário analisar os critérios subjetivos estabelecidos pela banca examinadora na correção das provas de concurso público, mormente se houve resposta com motivação suficiente aos recursos interpostos. (TJMS, MS de n. 2011.026785-5, Des. Rel. Julizar Barbosa Trindade, 3ª Seção Cível, j. 21/11/2011). Destacado.

MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PROVA PRÁTICA DE DIGITAÇÃO – CORREÇÃO DE PROVA – ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO – CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DA BANCA EXAMINADORA – INADMISSIBILIDADE – ORDEM DENEGADA.” (TJMS, MS de n. 2008.032734-0, Des. Rel. Atapoã da Costa Feliz, 3ª Seção Cível, j. 26/02/2009). Destacado.

Ainda:

“E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – REAVALIAÇÃO DA CORREÇÃO DA PROVA DE TÍTULOS – IMPOSSIBILIDADE – DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO – SEGURANÇA DENEGADA. A atuação do Poder Judiciário está vinculada ao controle de legalidade do ato administrativo, motivo pelo qual não pode reavaliar os critérios de correção das provas adotados no edital do concurso público. Não demonstrado o direito líquido e certo do impetrante a segurança pretendida deve ser denegada. (TJMS, MS de n. 0003281-37.2012.8.12.0000, Rel. Juiz Convocado Vilson Bertelli, 1ª Seção Cível, j. 14/01/2013). Destacado.

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PROVA OBJETIVA – ANULAÇÃO DE QUESTÃO – IMPOSSIBILIDADE – MÉRITO ADMINISTRATIVO – ANÁLISE DO PODER JUDICIÁRIO LIMITADA À LEGALIDADE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – SEGURANÇA DENEGADA. “Em sede de concurso público, o Poder Judiciário deve limitar-se ao exame da legalidade das normas do edital, não podendo adentrar no mérito das questões formuladas, sob pena de invasão de competência.” (TJMS, Mandado de Segurança n. 2011.030656-6). (TJMS, MS de n. 2012.000407-4, Des. Rel. Josué de Oliveira, 3ª Seção Cível, j. 18/06/2012). Destacado.

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – ANULAÇÃO DE QUESTÕES – IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO ADENTRAR AO MÉRITO ADMINISTRATIVO – ORDEM DENEGADA. A análise pretendida não pode ser realizada, pois não compete ao Poder Judiciário analisar as questões aplicadas em concursos, pois lhe é vedado adentrar ao mérito administrativo, sob pena de violação ao princípio da independência dos Poderes, preconizado pelo art. 2º da Carta Magna. Ordem denegada. (TJMS, MS de n. 2011.036342-5, Des.ª Rel.ª Tânia Garcia de Freitas Borges, 2ª Seção Cível, j. 14/05/2012). Destacado.

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PROVA OBJETIVA – CORREÇÃO DE ALTERNATIVA – ANÁLISE JURISDICIONAL LIMITADA À LEGALIDADE DO ATO – INEXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL – DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – SEGURANÇA DENEGADA. I. A intenção de corrigir uma questão da prova objetiva, sob o pretexto da existência de erro material representaria, ineludivelmente, uma indevida ingerência do Judiciário nos critérios estabelecidos pela banca examinadora para a definição da resposta correta, visto que se teria de avaliar o conteúdo da proposição para, como se avaliador fosse, declarar incorretas as alternativas dispostas no exame. II. O exame atinente ao acerto ou desacerto das respostas referentes à questão elaborada pela banca examinadora, consubstancia-se matéria que vai além da atuação do Poder Judiciário, representando verdadeiro juízo de oportunidade e conveniência do ato administrativo discricionário. (...). (TJMS, MS de n. 2011.033189-9, Des. Rel. Marco André Nogueira Hanson, 2ª Seção Cível, j. 09/04/2012). Destacado.

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NO CARGO DE PROFESSOR DA EDUCAÇÃO BÁSICA – QUESTÕES DE PROVA – ANULAÇÃO – ALTERAÇÃO DE RESPOSTA – IMPOSSIBILIDADE – INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO – SEGURANÇA DENEGADA. Ausente, na hipótese dos autos, o direito líquido e certo invocado pela impetrante, pois o direito pleiteado, 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 requerente. Aqui, a reapreciação das questões pretendidas pela impetrante escapa ao limite de atuação do Judiciário.” (TJMS, MS n. 2012.000128-1, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, 1ª Seção Cível, j. 02.04.12). Destacado.

Ademais, ainda que fosse possível a intervenção pretendida, tais situações incorreriam na necessidade de dilação probatória, circunstância não cabível na via eleita.

De outro vértice, ainda que excepcionalmente admissível a intervenção judicial para exame do acerto das questões e de suas respectivas assertivas, eivadas de suposta existência de erro grosseiro, insta salientar, que tais correções aproveitam a todos os candidatos inscritos e que realizaram o certame, por força do princípio constitucional da isonomia, visto que a anulação deve beneficiar a todos de igual forma.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal assim se posicionou quando do julgamento do Mandado de Segurança de n. 30.859, conforme se pode verificar do voto condutor proferido pelo Ministro Luiz Fux, que, embora, excepcionalmente, admita a possibilidade da revisão no caso de erro grosseiro, deixou evidente que eventuais desacertos solucionados judicialmente aproveitariam a todos os candidatos inscritos no concurso. E, mais, ressaltou que o impetrante deveria demonstrar seu direito líquido e certo, ou seja, de que alcançaria êxito em suas pretensões, quando sanada(s) a(s) ilegalidade(s) apontada(s). Vejamos:

“(...) Disso se infere que o concurso público é regido pelo signo da isonomia, que demanda a igualdade de tratamento dos candidatos durante todo o curso do processo seletivo – compete à organização do concurso público e à sua banca examinadora conferir igual tratamento e consideração a todos os candidatos em todas as fases do concurso, de modo a que se distingam entre si unicamente em virtude de seu desempenho no certame. (...)

A situação jurídica do Impetrante não se verifica somente em termos absolutos, isto é, na pontuação alcançada em cada etapa do certame, mas também em função da classificação que atinge em cada uma delas, para o que se faz indispensável verificar a situação dos demais candidatos. Vale dizer, não se cuida apenas de verificar se o Impetrante atende a requisitos mínimos para a aprovação, mas se, observadas as

regras previstas no edital do concurso, ele demonstrou estar mais preparado do que os candidatos que lograram classificação inferior.

Se é assim – como, de fato, o é –, a anulação de uma ou mais questões exclusivamente em favor do Impetrante viola a isonomia, na medida em que, se é nula uma questão, deverá sê-lo para todos os candidatos, sob pena de alterar uma ordem de classificação baseada no mérito. E, no caso em apreço, a existência de um limite numérico máximo de candidatos aprovados na prova objetiva habilitados a participar da segunda etapa demonstra que a ordem de classificação é um elemento relevantíssimo para o processo seletivo em curso.

O Impetrante apresentou certidão emitida pela Secretaria de Concursos da Procuradoria-Geral da República no sentido de que, acaso a questão da prova impugnada fosse anulada, ele se encontraria aprovado dentro do número das vagas exigidas para o prosseguimento no concurso (petição eletrônica nº 19.756/2012), o que impõe o reconhecimento da presença do direito líquido e certo no caso vertente, amparável por mandado de segurança. (...)”.

Aliás, a candidata não acostou certidão emitida pela Comissão Organizadora de Concursos no sentido de que, acaso a questão da prova impugnada fosse anulada, ele se encontraria aprovado dentro do número das vagas exigidas para o prosseguimento no concurso, o que corroboraria na comprovação do direito líquido e certo neste mandado de segurança.

Sendo assim, acompanho o voto do i. Relator, a fim de denegar a ordem.

Des. Paschoal Carmelo Leandro (3º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, MS, 20 de janeiro de 2014.

3ª Câmara Cível**Apelação n. 0000202-50.2009.8.12.0034 - Glória de Dourados****Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS COM PEDIDO DE LIMINAR – PRELIMINAR – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – AFASTADA – MÉRITO – CANCELAMENTO DE LIMITE DA CONTA CORRENTE E CARTÕES DE CRÉDITOS – FORMA UNILATERAL – DANO MORAL CONFIGURADO – VALOR FIXADO – JUSTO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO IMPROVIDO.

1. O interesse de agir deve ser analisado sob a ótica da adequação e da utilidade.
2. Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, é abusivo o cancelamento do limite de crédito em cartão de crédito vigente sem que o correntista seja previamente comunicado.
3. O valor da indenização do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, com seu subjetivismo e ponderação, de forma a compensar o dano e a desencorajar reincidências do ofensor.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, MS, 17 de dezembro de 2013.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator.

RELATÓRIO

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão proferida pelo juízo da Vara Única de Glória de Dourados, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, com pedido de liminar, movida por Catarina Márcia Bella Stefani.

Em síntese, o apelante alega que: I) deve ser acolhida a preliminar de falta de interesse de agir, já que a recorrente cumpriu rigorosamente as determinações de suas políticas internas e legais, o que torna as pretensões formuladas pela apelada descabidas; II) não basta a prática do ato; é necessário que tal prática esteja revestida de ilicitude; III) os fatos narrados pela apelada não geram nenhum dano moral; IV) a indenização não pode ser elevada apenas para punir o lesante; V) não deve prosperar o percentual fixados a título de honorários advocatícios.

A apelada apresentou contrarrazões (f. 367/372).

VOTO

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Relator).

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão proferida pelo juízo da Vara Única de Glória de Dourados, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, com pedido de liminar, movida por Catarina Márcia Bella Stefani.

Em síntese, o apelante alega preliminar de falta de interesse de agir, já que cumpriu rigorosamente as determinações de suas políticas internas e legais, o que torna as pretensões formuladas pela apelada descabidas.

Não assiste razão ao banco, pois a autora pretende obter a indenização por danos morais referente ao cancelamento do cartão de crédito e ao cancelamento de sua conta corrente e limite de forma unilateral do banco.

Leciona Humberto Theodoro Júnior, *in* Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, 50ª Edição, Editora: Forense, p. 62-64:

“II – A segunda condição da ação é o interesse de agir, que também não se confunde com o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta mesma ação. O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual “se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais”.

Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação “que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares”.

(...).

O interesse processual, em suma, exige a conjugação do binômio necessidade e adequação, cuja presença cumulativa é sempre indispensável para franquear à parte a obtenção da sentença de mérito. Assim, não se pode, por exemplo, postular declaração de validade de um contrato se o demandado nunca a questionou (desnecessidade da tutela jurisdicional), nem pode o credor, mesmo legítimo, propor ação de execução, se o título de que dispõe não é uma título executivo na definição da lei (inadequação do remédio processual eleito pela parte).”

Deve ser afastada a preliminar de falta de interesse de agir arguida pelo réu, eis que consta dos autos o binômio necessidade-adequação. A autora requer indenização em razão do cancelamento unilateral de sua conta corrente, e o cancelamento do cartão de crédito, que, conforme alega, o banco realizou arbitrariamente.

Essa questão não é nova nesta Câmara Cível:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – FALTA DE INTERESSE DE AGIR - PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO: CANCELAMENTO DO LIMITE DE CARTÃO DE CRÉDITO – INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS E DE INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – AUSÊNCIA

DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA – DANOS MORAIS – QUANTUM ARBITRADO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSOS IMPROVIDOS.

O interesse de agir deve ser analisado sob a ótica da adequação e da utilidade.

Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça é abusivo o cancelamento do limite de crédito em cartão de crédito vigente, sem que o correntista seja previamente comunicado.

O valor da indenização do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, com seu subjetivismo e ponderação, de forma a compensar o dano e desencorajar reincidências do ofensor.” (Apelação Cível N. 2012.006372-4 -, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay. J. 27.3.2012, Terceira Câmara Cível do TJ-MS).

Assim, resta evidente a necessidade da autora de vir a juízo para alcançar a tutela jurisdicional pretendida.

Portanto, rejeito a preliminar.

O recorrente alega que não basta a prática do ato, sendo necessário que tal prática esteja revestida de ilicitude, bem como que os fatos narrados pela apelada não geram nenhum dano moral.

In casu, a autora propôs a presente ação de indenização por danos morais, materiais e patrimoniais contra Banco do Brasil S/A, aduzindo que é correntista do requerido desde 1998, e que há mais de dez anos seu marido figurou como avalista de terceira pessoa junto ao requerido, que, por sua vez, cedeu tal crédito a outrem e que, a seu turno, incluiu a requerente e seu marido nos cadastros de serviço de proteção ao crédito (SPC/SERASA).

Afirma que, em decorrência de tal fato, o requerido cancelou seu limite do cheque especial e também de seu cartão de crédito de forma abusiva.

Destaca que, em decorrência desse ato unilateral do requerido, os cheques emitidos pela requerente passaram a ser devolvidos.

Alega, ainda, que a dívida que o requerido está cobrando é de responsabilidade de empresa jurídica, da qual nem a requerente nem seu marido são sócios.

Finaliza acrescentando que a dívida de terceiro garantida pelos avalistas está prescrita. Pediu a concessão da liminar para exclusão dos cadastros de negativação e para o restabelecimento do cheque especial e do cartão de crédito.

A decisão singular (f. 26-29) deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, de forma a determinar a suspensão das restrições cadastrais e o imediato restabelecimento do cheque especial e do cartão de crédito da requerente.

O requerido citado apresentou defesa (f. 70/91).

O juiz de primeiro grau julgou procedentes em parte os pedidos da autora, condenando a ré arcar com os danos morais no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), e determinou o restabelecimento de limites de cheque especial e de cartão de crédito da autora, bem como condenou a casa bancária às custas processuais e aos honorários advocatícios no valor de R\$ 700,00 (setecentos reais), conforme art. 20, § 3º, do CPC.

Ficou provado nos autos que o requerido realizou de forma unilateral o cancelamento dos limites da conta corrente, do cheque especial e do cartão de crédito da requerente, ocasionando-lhe transtornos,

porquanto resultaram em restrições ao crédito e ao exercício dos direitos que lhe são inerentes, por dívida que já estava prescrita.

Uma vez concedido limite de crédito ao cliente, sendo este cancelado unilateralmente, sem a prévia comunicação, tal fato faz com que o consumidor fique sujeito à ocorrência de um dano moral.

Eis que o consumidor, no caso a autora, acreditando possuir um limite de crédito com a instituição financeira, acabou descobrindo, ao tentar utilizá-lo, que o banco não mais lhe autorizava o uso.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o correntista deve ser previamente informado do cancelamento do limite de crédito em sua conta-corrente, *verbis*:

“Dano moral e dano material. Cancelamento de cheque ou em virtude de débito em cartão de crédito. Ausência de mora da autora que regularizou a pendência no prazo concedido pela instituição financeira. Devolução indevida de cheque. Precedentes da Corte.

1. Já decidiu a Corte ser “abusivo o cancelamento do limite de crédito em conta-corrente (cheque especial), em contrato ainda vigente, devido à inadimplência do correntista em contrato diverso” (REsp n. 412.651/MG, Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 9/9/02).

2. A devolução indevida de cheque causa dano moral, ainda mais quando as instâncias ordinárias comprovam que não havia mora da autora na ocasião, regularizada a pendência no prazo concedido pela instituição financeira. 3. Recurso especial não conhecido.” (REsp 645644, Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 3ª Turma, 17/08/2006) (Destacado).

“Direito civil e processo civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Alegação de ofensa a Resolução do Banco Central. Ato ilícito. Configuração. Cancelamento do limite de crédito em contrato de conta-corrente. Abusividade. Reexame de provas. Valor arbitrado a título de danos morais. (...) - É abusivo o cancelamento do limite de crédito em contrato de conta-corrente vigente, sem que o correntista seja previamente comunicado.(...) Recurso não-conhecido.” (REsp 621577, Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, 03/08/2004) (destacado)

“Civil. Recurso Especial. Contrato de Abertura de Crédito. Dano moral. Devolução indevida de cheque e inscrição em cadastro de inadimplentes. Cancelamento do limite de crédito sem prévia comunicação ao correntista devido à inadimplência em contrato diverso.

- É abusivo o cancelamento do limite de crédito em conta-corrente (cheque especial), em contrato ainda vigente, devido à inadimplência do correntista em contrato diverso.

- O correntista deve ser previamente informado da extinção do limite de crédito em conta corrente.” (REsp 412651, Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, 25/06/2002) (destacado).

Diverso não é o entendimento desta Corte:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REVISÃO E RESCISÃO CONTRATUAL, REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PRELIMINARES – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO

PEDIDO – INÉPCIA DA INICIAL – AFASTADAS – MÉRITO – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – SUBMISSÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS EM 12% AO ANO – LIMITE PREVISTO NO DECRETO N. 22.626/33 – CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS – IMPOSSIBILIDADE AINDA QUE PREVIAMENTE PACTUADO – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – CABIMENTO – TR – CARÁTER REMUNERATÓRIO – SUBSTITUIÇÃO PELO IGPM/FGV – INCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – IMPOSSIBILIDADE – DÍVIDA DISCUTIDA EM JUÍZO – CANCELAMENTO DO LIMITE DE CRÉDITO SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO CORRENTISTA – DANO MORAL – PREQUESTIONAMENTO – INSUBSISTENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. (...)

É abusivo o cancelamento do limite de crédito em conta corrente (cheque especial), em contrato ainda vigente, devido à inadimplência do correntista em contrato diverso e o correntista deve ser previamente informado da extinção do limite de crédito em conta corrente, sob pena de ensejar dano moral. (...)” (AC n. 2007.035453-3/0000, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, 1ª Turma Cível, 26.2.2008) (destacado)

“APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – CONTA CORRENTE BANCÁRIA – CANCELAMENTO DE LIMITE SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO – CHEQUES DEVOLVIDOS – DEVER DE INDENIZAR – PROVA DO PREJUÍZO – DESNECESSIDADE – QUANTUM INDENIZATÓRIO – RECURSO PROVIDO.

O cancelamento de limite concedido por estabelecimento bancário, sem prévia comunicação, implica no dever de indenizar os prejuízos causados ao correntista, em razão da devolução de cheques por ele emitidos em consonância com o saldo da conta corrente.

A inscrição indevida do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito dá ensejo à indenização por dano moral, sendo desnecessária qualquer prova do prejuízo, bastando, para tanto, a comprovação do fato caracterizador.” (AC n. 2002.005575-1/0000-00, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, 4ª Turma Cível, 21.6.2005) (destacado).

Assim sendo, mostra-se arbitrário o ato da instituição de efetuar o cancelamento do crédito, inclusive sem informar o cliente.

Nestes casos, não há necessidade de se comprovar o dano, porquanto, em se tratando de dano moral puro, não há falar em prova de prejuízo, bastando apenas a prova do fato caracterizador, o que ocorreu nos autos, porquanto comprovado que o banco não notificou pessoalmente a autora do cancelamento do seu limite de crédito do cartão, o que indubitavelmente lhe trouxe sérios danos, passíveis de ser indenizados.

Por sua vez, vê-se que o banco não comprovou fato desconstitutivo ou modificativo do direito da autora.

Portanto, denota-se a existência da prática de uma conduta lesiva e do nexo causal praticado pelo banco.

Quanto ao valor fixado a título de indenização por danos morais, também não há falar em provimento dos recursos.

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, 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.

Ademais disso, saliente-se que o dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, com seu subjetivismo e ponderação, de forma a compensar o dano e desencorajar reincidências do ofensor, levando em consideração as condições financeiras das partes, de maneira que o dever de reparar faça sentido para ambas.

No caso, a quantia fixada (R\$ 6.000,00) revela-se condizente com o dano, estando apta a servir de consolo à autora pelos danos suportados e de punição à instituição financeira, para que analise a sua forma de agir, evitando a reiteração de atos desse porte.

No mesmo, deve ser mantida a condenação imposta à requerida quanto ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do advogado da requerente, que foi arbitrado em 15% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, atento ao grau de zelo do profissional e à baixa complexidade da causa.

Como consabido, a determinação dos honorários advocatícios deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional liberal, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, assim como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 20, §3º, 'a', 'b' e 'c', do Código de Processo Civil).

Dentro desse panorama, conforme redação do art. 20, §3º, do Código de Processo Civil, cabe ao julgador fixar, de forma discricionária, a verba honorária, desde que respeitando o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação.

No caso vertente, tenho que os honorários advocatícios devem ser mantidos conforme estipulado pelo juiz da causa, qual seja, no percentual de 15% sobre o valor da condenação, proporcional e razoável, levando-se em conta o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, bem como o trabalho e o tempo exigidos.

Posto isso e o mais que dos autos consta, rejeito a preliminar de ausência de interesse de agir e, no mérito, 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. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, MS, 17 de dezembro de 2013.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0801242-68.2012.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TELEFONIA MÓVEL EMPRESARIAL – MIGRAÇÃO DE PLANO – OPERADORA QUE PERMANECEU COBRANDO OS VALORES DO PACOTE ANTERIOR – DEVER DE RESTITUIR – RESTITUIÇÃO EM DOBRO – ARTIGO 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. A prova dos autos demonstra, de forma inequívoca, que a empresa autora migrou de plano no mês de março de 2011, tendo a requerido permanecido por mais de ano cobrando valores indevidos, situação reconhecida por sua consultora, ao proceder à restituição das quantias excessivamente aplicadas nas 03 últimas faturas. Aplicação do brocardo do *vernire contra factum proprium*.

2. A medida prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC vem ao encontro do restante da sistemática adotada pela norma consumerista, quando elege a responsabilidade objetiva e, portanto, não há que se buscar pela presença da culpa, sequer dolo e, conseqüentemente, da má-fé. Assim admiti-lo seria malferir os objetivos da lei, pela inserção de um elemento subjetivo estranho ao parágrafo único do art. 42.

3. Comprovado o efetivo pagamento, inexistindo erro justificável para as cobranças, deve a empresa restituir em dobro os valores.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, MS, 17 de dezembro de 2013.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator.

RELATÓRIO

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Vivo S/A contra decisão proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, nos autos da Ação de Repetição de Indébito movida por Múltipla Gestão de Pessoas Ltda..

Em síntese, alega que jamais agiu com dolo ou má-fé, inexistindo qualquer conduta que implique na condenação ao pagamento dos danos pleiteados na exordial, destacando:

I – ao contrário do que constou da sentença, em sua contestação não concordou com os fatos narrados na exordial, tanto que se insurgiu contra todos os pontos apresentados;

II – se a autora fizesse uso tão somente da franquia contratada, teria pago o valor de R\$ 1.500,00 pelo pacote de serviços, o que não ocorreu nos autos já que comprovadamente utilizou de serviços acima daqueles contemplados no plano;

III – prestou seus serviços de forma regular e satisfatória, inexistindo falhas em seu sistema de cobrança, enfatizando que a inversão do ônus da prova somente ocorreu quando da sentença, fato que a impediu de exercer seu direito ao contraditório e a ampla defesa, já que nos termos do inciso I do art. 333 do CPC, inexistem nos autos provas do direito alegado pela autora;

IV - “*age a recorrente com boa-fé, principio que deve nortear as relações contratuais, como é o caso em questão, respeitando em todo caso o que regula o artigo 422 do Código Civil*” e que “*a contratação ocorreu de forma regular, onde as cobranças refletem de forma fiel os valores que eram devidos pela recorrida a recorrente, não havendo se falar em cobranças indevidas e tampouco em devolução em dobro de valores*”;

V – subsidiariamente, não há se falar em devolução em dobro diante da inexistência de dolo ou má-fé na cobrança dos valores, uma vez que os serviços foram de fato utilizados pela autora, sob pena de enriquecimento ilícito desta.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Relator).

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Vivo S/A contra decisão proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas nos autos da Ação de Repetição de Indébito movida por Múltipla Gestão de Pessoas Ltda.

Ab initio, convém ressaltar que a relação jurídica existente entre as partes é regida pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e a celeuma instaurada deverá ser dirimida pelos seus ditames independentemente da vontade das partes, haja vista que se trata de norma cogente e de ordem pública (art. 1º, CDC).

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

Entrementes, em que pese seja perfeitamente cabível a inversão do ônus da prova em qualquer momento processual - diante do entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência pátrias de que a norma prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento e não de procedimento, se prestando para orientar o julgador e não as partes, que não se eximem de realizar todas as provas pertinentes ao deslinde da controvérsia -, não se pode perder de vista que estando o feito pronto para sentença, as normas de inversão somente serão aplicadas quando ausente prova, o que não ocorre na espécie.

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

Acerca o ônus da prova, ensina Ovídio A. Baptista da Silva:

“O autor só poderá dar consistência objetiva à sua pretensão em juízo fazendo afirmações sobre a existência de fatos e a pertinência deles a uma relação jurídica. Enquanto ele afirma, deve naturalmente provar as afirmações que faz. Assim também o réu se, ao defender-se, tiver necessidade de fazer afirmações em sentido contrário. O réu poderá, certamente, limitar-se a negar os fatos afirmados pelo autor e esperar que este tente demonstrar a sua veracidade. Se o réu limitar-se a simples negativa, sem afirmar a existência de outros fatos incompatíveis com aqueles afirmados pelo autor, nenhum ônus de prova lhe gravará; se, todavia, também ele afirma fatos tendentes a invalidar os fatos afirmados pelo autor, caber-lhe-á o ônus de provar os fatos afirmados.” (Teoria Geral do Processo, RT, 2002, 3ª ed. p. 300).

O ditame plasmado no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, indica que compete ao autor fazer a prova dos fatos constitutivos de seu direito. A propósito do tema, colhe-se da doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

“Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente” (Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1999, 26ª ed., v. 1, p. 423).

Não menos importante o ensinamento de Moacyr Amaral Santos:

“Como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (allegatio et non probatio quasi non allegatio), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E dada a controvérsia entre autor e réu com referência ao fato e às suas circunstâncias (quaestiones facti), impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova. A quem incumbe o ônus da prova? Esse é o tema que se resume na expressão -- ônus da prova.

[...]

O critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação -- ensina CARNELUTTI -- é o do interesse da própria afirmação. Cabe provar -- escreve ele -- a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas.” (Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual civil, Saraiva, 1997, 18ª ed., v. II, pp. 343-4 e 346).

Consoante a doutrina processual, fato constitutivo é aquele que é apto a dar nascimento à relação jurídica que o autor afirma existir ou ao direito que dá sustentação à pretensão deduzida pelo autor em juízo. A consequência do desatendimento do ônus da prova pelo autor é o julgamento de improcedência do pedido (*actore non probante absolvitur reus*¹).

¹ Se o autor não prova, o réu é o absolvido.

Ainda, em se tratando de relação consumerista, a incerteza gerada pela falta de provas não pode ser entendida em benefício da empresa requerida, mas, sim, da parte consumidora, que evidentemente se encontra em situação de hipossuficiência, merecendo o amparo da inversão do ônus probatório.

Dito isso, nos termos do inciso I do art. 333 do CPC, cabia ao autor a prova do seu direito constitutivo, qual seja, a cobrança de valores não contratados pela apelada.

Por sua vez, com fulcro no inciso II do mesmo dispositivo, à requerida/apelante, competia a prova do fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, que, *in casu*, seria justamente de que os valores cobrados foram expressamente contratados pela parte autora.

A requerida, embora detentora dos meios probatórios para o devido esclarecimento dos fatos, não desincumbiu do ônus que lhe foi imposto, pois, o que se tem nos autos é a absoluta impossibilidade de afirmar a correção das cobranças realizadas. Não constam dos documentos trazidos pela apelante nenhuma comprovação acerca da contratação de pacote de serviços diverso daquele afirmado – e comprovado – pela autora.

Veja-se, a exordial dá conta de que em fevereiro de 2011 a autora, através de contrato de adesão firmado através de representante de vendas da requerida, Fernando Henrique de Souza, firmou plano empresarial, tendo, em março daquele ano, migrado para novo pacote de serviços.

Os *e-mails* anexados à peça primeva, trocados com os representantes da empresa requerida, esclarecem que a autora, em março de 2011, migrou do plano Vivo Empresa para o chamado LD Nacional, sendo que a requerida permaneceu cobrando valores indevidos. Isso é o que se extrai da correspondência eletrônica enviada por Fernando Souza, da empresa requerida Corpore:

*“Em anexo estão algumas faturas da empresa múltipla Gestão de Pessoas Ltda, cujo valor de **R\$1500,00 com uma variante para R\$1649,99**, vem sendo cobrado desde a data da migração para o plano LD NACIONAL, esses valores a que me refiro, são de um pacote de 5K (5000 minutos) do plano VIVO EMPRESA ESCOLHA, o qual está cobrado erroneamente, devido ao plano ter sido migrado em Março / 2011, são ai 14 meses de cobrança desses valores, e nos atentamos somente agora para esse problema. Os valores citados e as datas de sua cobrança totalizam um valor pouco acima de **R\$23,000,00**, valor este que a cliente deseja ressarcimento desses valores de forma única e em moeda corrente, já que se sente lesada pela Operadora.*

Em anexo está o contrato de migração de suas linhas para verificação dos fatos.

Somente algumas faturas estão neste email, mas podem verificar em todas, pois a cobrança está lá.

Solicito uma posição sobre o assunto, o mais rápido possível, visto que a Múltipla já é nossa parceira há quase 5 anos, e também um de nossos melhores clientes.” (sic – f. 30).

O mesmo representante da requerida Corpore enviou o seguinte email para a consultora responsável da Vivo S.A, Isabel Marcelina Veloso Torres, após esta ter respondido à requerente que inexistia pedido de solicitação de emigração de plano, razão pela qual os valores cobrados eram devidos:

“Boa tarde Isabel.

Em anexo estão os contratos de migração para o Plano LD NACIONAL, do ano de 2011, onde todas as 26 linhas da cliente em questão estão sendo migradas para o Plano LD NACIONAL.

O Plano VIVO ESCOLHA, assim não deveria estar sendo cobrado e sim os valores do PLANO LD NACIONAL.

Verifique as faturas em anexo e o contrato, onde constam, TERMO SMP, TERMO COMPLEMENTAR, E CONDIÇÃO COMERCIAL e verifique essas informações para nós.

Ficamos no aguardo.” (sic -f. 33).

Em resposta, a consultora reconheceu a cobrança equivocada de valores, não tendo, porém, realizado a revisão e devolução total, conforme se vê:

“Simone, Boa Tarde!

Realizado a contestação das faturas de Abril, Maio e Junho, não contestamos faturas com mais de 90 dias de vencida. Você vai receber um crédito na próxima fatura de R\$ 3.299,98. Segue em anexo a fatura de junho corrigida.” (sic -f. 32).

Questionada pela autora a respeito das demais faturas, esclareceu:

“São normas da Anatel. O cliente tem até 90 dias para contestar a fatura.” (sic -f. 32).

A documentação anexada pela apelante não logra êxito em desconstituir a prova produzida pela autora, que demonstra de forma inequívoca que a Vivo S.A cobrou valores que não correspondiam ao pacote de serviços contratado. E mais: a própria consultora da empresa, ao realizar a “revisão” das últimas 03 (três) faturas, reconheceu tal equívoco.

Assim, aplicável ao caso o princípio do *venire contra factum proprium* que nada mais é que a proibição de comportamento contraditório.

Eis acórdão do STJ sobre o tema:

“A agravante foi alcançada por sua própria conduta anterior: Venire contra factum proprium, como bem definiram os antigos romanos, ao resumir a vedação jurídica às posições contraditórias. Esse princípio do Direito Privado é aplicável ao Direito Público, mormente ao Direito Processual, que exige a lealdade e o comportamento coerente dos litigantes. Essa privatização principiológica do Direito Público, como tem sido defendida na Segunda Turma pelo Min. João Otávio de Noronha, atende aos pressupostos da eticidade e da moralidade.” (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 946499/SP. Ministro Relator Humberto Martins. 2ª Turma. DJU 05.11.2007).

Constata-se, pois, que a empresa requerida não agiu com a diligência esperada ao deixar de realizar em seu sistema a migração do plano na época da sua ocorrência, cobrando da autora valores muito além daqueles esperados, violou o disposto no artigo 422 do CPC, tendo a requerente que buscar judicialmente reaver os valores indevidamente cobrados.

Evidenciada a cobrança indevida, resta analisar o dever de restituir em dobro, cujo pedido tem amparo na norma do parágrafo único do art. 42 do CDC, que prevê:

“Art. 42. na cobrança de débitos, consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”

A medida prevista no parágrafo único do citado dispositivo legal vem ao encontro da sistemática adotada pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, quando elege a responsabilidade objetiva e, portanto, não há que se buscar pela presença da culpa, sequer dolo e, conseqüentemente, da má-fé. Assim admiti-lo seria malferir os objetivos da lei consumerista, pela inserção de um elemento subjetivo estranho ao parágrafo único do art. 42.

Sobre o tema, trago à colação o entendimento de Cláudia Lima Marques:

“No sistema do CDC, todo o engano na cobrança de consumo é, em princípio, injustificável, mesmo o baseado em cláusulas abusivas inseridas no contrato de adesão, ex vi o disposto no parágrafo único do art. 42. Cabe ao fornecedor provar que seu engano na cobrança, no caso concreto, foi justificado. (...) Se o fornecedor cobrou a mais e o consumidor não pagou, tendo seu nome enviado ao banco de dados, haverá dano moral puro e ainda cabe ao consumidor a devolução em dobro do que pagou a maior, não se presumindo que o fez por liberalidade, ao contrário, o fez por pressão do abuso do fornecedor.”. (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 3ª ed., 2010, p. 938.)

E ainda o magistério de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, ao comentar o artigo 939 do Código Civil:

“No sistema do Código Civil, sempre se entendeu, majoritariamente, que a cobrança prematura, para justificar as sanções aplicáveis, deveria provir de conduta maliciosa, sob pena de inibir o ajuizamento de demandas. Melhor, porém, é a orientação da legislação do consumidor, que exime da penalidade o credor apenas quando ele demonstre que a cobrança derivou de engano justificável, quer dizer, aquele que, a despeito de todas as cautelas razoáveis exercidas, acabou por se manifestar (cf. Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do projeto, 7. Ed. Rio de Janeiro, forense Universitária, 2001, p. 349 (...))” (Código Civil Comentado, coordenador Cezar Peluso, Manole: 4ª ed. 2010, p. 805-806.)

Assim, somente o engano justificável, cuja prova cabe à parte demandada, tem o condão de afastar a aplicação da norma sancionadora em comento, ônus do qual também não se desincumbiu a parte ré.

Assevero, entretanto, que somente o efetivo desembolso pelo consumidor, e não apenas a simples cobrança pelo fornecedor, autoriza a repetição em dobro.

No caso telado, a cobrança e o efetivo pagamento restam comprovados nos autos, inexistindo erro justificável para a ocorrência de tal, restando demonstrado, inclusive, a culpa da requerida.

Destarte, correta se mostra a sentença que condenou as requeridas à restituição em dobro dos valores indevidamente cobrados.

Por fim, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada, seja especificamente ou pelo exame dos respectivos conteúdos, não se fazendo necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ÁGUA E SERVIÇO DE ESGOTO.

1. Não viola o art. 458, II, do CPC, tampouco nega a 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, conforme ocorreu no acórdão em exame, não se podendo cogitar de sua nulidade.

(...)” (STJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 1.255.660 - SP (2009/0231438-2) - RELATORA : MINISTRA DENISE ARRUDA – p. 02/02/2010).

Ex positis, nego provimento ao apelo, mantendo incólume a bem lançada sentença de primeira instância.

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. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, MS, 17 de dezembro de 2013.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0026644-89.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – PREFACIAL DE PRESCRIÇÃO – REJEITADA – RENOVAÇÕES AUTOMÁTICAS AO LONGO DE DÉCADAS – RESCISÃO UNILATERAL E DESMOTIVADA – DANO MORAL DEMONSTRADO – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO PROVIDO.

1. Em se tratando de seguro de vida em grupo, o prazo prescricional somente tem início da ciência inequívoca da beneficiária acerca do cancelamento da apólice, cabendo à seguradora o ônus d tal prova.

2. A parte segurada que tem seu contrato rescindido unilateralmente e sem prévia comunicação tem direito ao ressarcimento dos danos morais, haja vista que tal atitude, além de abusiva, viola os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual. Precedentes do STJ.

3. Valorando-se as peculiaridades da hipótese concreta e os parâmetros adotados normalmente pela jurisprudência em hipóteses símile, a indenização por danos morais deve ser fixada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, afastar a prescrição. No mérito, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 3 de dezembro de 2013.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator.

RELATÓRIO

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Rosa Mineko Tamashiro Aguenta contra decisão proferida pelo juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais movida contra Banco Santander (Brasil) S/A e Companhia de Seguros do Estado de São Paulo - Cosesp.

Em síntese, alega que:

I – a indenização tem por fundamento reparar o dano causado em virtude da rescisão unilateral e injustificada do contrato de seguro, sem prévia comunicação;

II – contribuiu por aproximadamente 25 anos com o plano de seguro de vida em grupo, tendo havido rompimento inesperado e sem justificativa do contrato emitido por COSEP – Cia de Seguros do Estado de São Paulo, razão pela qual deve permanecer no pólo passivo da presente demanda e responder solidariamente pelos danos morais e materiais sofridos;

III – a omissão do estipulante é incontroverso, evidenciada diante da inércia em informar situações ocorridas nas apólices, pelas qual é contratualmente responsável;

IV – os contratos devem ser analisados à luz da vulnerabilidade do consumidor, nos termos da legislação consumerista, invocando ainda os artigos 122, 421 a 423 do CC.

In fine, postula a reforma da sentença, mantendo-se as apeladas no pólo passivo da demanda e condenando-as solidariamente à reparação do dano causado pelo ilícito cometido.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos.

Em contrarrazões, a Companhia de Seguros do Estado de São Paulo invocou prejudicial de prescrição anual, com fulcro nos artigos 178, § 6º, II do CC/1916, atual art. 206, § 1º, II, 'b', do CC/2002 ou ainda trienal, prevista no § 3º, V do mesmo dispositivo legal, informando que a não renovação da apólice se deu em maio de 2005. No mérito, pugnou pela manutenção da sentença.

Banco Santander (Brasil) S/A, por sua vez, sustenta sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da presente demanda por não ter sido estipulante da Apólice em discussão e, no mérito, requer a negativa de provimento ao apelo com a condenação do recorrente ao pagamento de honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa.

Intimado, Banco Santander (Brasil) S/A não cumpriu a determinação de regularização de sua representação processual, eis que deixou de trazer aos autos procuração outorgando poderes ao causídico que subscreve as contrarrazões.

Defiro o pedido de f. 360. Ao cartório para as providências.

VOTO (EM 22.10.2013)

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Relator).

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Rosa Mineko Tamashiro Aguenta contra decisão proferida pelo juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais movida contra Banco Santander (Brasil) S/A e Companhia de Seguros do Estado de São Paulo - Cosesp.

Como visto do relatório, Banco Santander (Brasil) S/A não trouxe aos autos procuração outorgando poderes ao causídico que subscreveu as contrarrazões, razão pela qual a peça será considerada inexistente.

Dito isso, passo à análise da prejudicial de prescrição, arguida pela Companhia de Seguros do Estado de São Paulo em suas contrarrazões.

Observa-se que embora invocada ainda em contestação, a questão não foi analisada quando da sentença pelo juiz prolator, entretanto-se, sendo matéria de ordem pública, possível de apreciação neste grau de jurisdição, sem caracterizar supressão de instância, eis que poderia ser ventilada até mesmo de ofício.

Dispõe o artigo 206, §1º, II, “b”, do Código Civil:

“Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

(...)

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

(...)

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;”

Em que pese a existência de posicionamento divergente em nossas Cortes Estadual, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, mesmo em se tratando de demanda que tem por objeto indenização decorre da prática de ato ilícito por parte da seguradora - rescisão unilateral do longo contrato de seguro de vida com mais de 30 anos de vigência - , aplicável à espécie a prescrição ânua, conforme se vê:

“AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. RESCISÃO UNILATERAL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE PRÊMIOS. PRESCRIÇÃO ÂNUA. ART.206, PARÁGRAFO 1º, II. AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA EXPRESSA DO SEGURADO À FORMAÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. SÚMULA 7/STJ.

1.- Prescreve em um ano a ação que postula a restituição de prêmios pagos pelo segurado participante de apólice de seguro de vida em grupo cujo contrato não foi renovado, por vontade da seguradora, ao término do prazo.

2.- Diante das peculiaridades do caso concreto, em que a segurada sustenta, em contra-razões (e-STJ fls. 682/695), nunca ter manifestado vontade de contratar seguro de vida, mas, apenas, pecúlio, o que afastaria a aplicação do restrito prazo anual previsto no art. 206, §1º, II, do Novo Código Civil, verifica-se que, no caso, seria necessário o revolvimento do contexto fático-probatório, o que encontra óbice no enunciado sumular n. 7/STJ.

3.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1316277/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 20/06/2013)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM PROPÓSITO INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. SEGURO DE VIDA. RESCISÃO UNILATERAL. DANO MORAL. PRESCRIÇÃO ÂNUA. DECISÃO MANTIDA. IMPROVIMENTO.

1.- Os embargos interpostos pela Embargante tem nítido propósito infringente, assim, admite-se esse recurso como Agravo Regimental, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade, e com amparo na jurisprudência assente desta Corte.

2.- Prescreve em um ano a ação que postula indenização por danos morais e restituição de prêmios pagos pelo segurado participante de apólice de seguro de vida em grupo cujo contrato não foi renovado, por vontade da seguradora, ao término do prazo. (REsp 759.221/PB, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, DJe 18/05/2011).

3.- Agravo Regimental improvido.

(EDcl nos EDcl no AREsp 144.261/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 06/12/2012)."

Outra não é a redação da Súmula n. 101 do egrégio STJ: "*A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano.*"

No caso concreto, conforme documento colacionado aos autos pela própria seguradora apelada às f. 109-112, o seguro foi cancelado em 31/05/2005, enquanto que a demanda foi ajuizada em 02/06/2008, estando, pois, prescrita.

Ex positis, acolho a prejudicial trazida pelo recorrido nas contrarrazões, reconhecendo a prescrição com fundamento no artigo 206, §1º, II, do Código Civil.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. MARCO ANDRÉ), APÓS O RELATOR ACOLHER PRELIMINAR DA PRESCRIÇÃO, EXTINGUINDO O FEITO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 29.10.2013)

Des. Marco André Nogueira Hanson (Revisor).

Após pormenorizada análise dos autos, peço vênua ao e. Des. Relator para apresentar voto divergente, vez que, como bem ponderou o juízo "a quo" ao proferir a sentença recorrida, "*não há como fixar o termo inicial do prazo prescricional na data apontada pela ré*" (f. 200v.).

Não obstante o e. Des. Relator mencionar que a análise da prejudicial de prescrição deixou de ser analisada pelo juízo *a quo*, verifica-se à f. 200 v. que referida questão foi sim enfrentada pela sentença recorrida.

Apesar do entendimento oscilante do Superior Tribunal de Justiça, verifico que, como no caso dos autos a pretensão da apelante não é de recebimento da indenização securitária contratada, mas de reparação pelos danos sofridos em decorrência da não renovação do contrato de seguro de vida, após mais de 30 (trinta) anos de renovações automáticas, o prazo prescricional aplicável deve ser o trienal, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CC/02.

A propósito, em caso análogo ao presente, confira-se o seguinte julgado do STJ:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. NÃO RENOVAÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO REPARAÇÃO DE DANOS. ABUSIVIDADE DA CONDUTA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL E DE SÚMULA. DESCABIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. AUSENTE. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 205 e 206, §1º, II; E §3º, V, do CÓDIGO CIVIL. 1. Recurso especial, concluso ao Gabinete em 11/10/2011, no qual discute o prazo prescricional aplicável à pretensão relativa à reparação de danos decorrentes da não renovação de seguro de vida após décadas de renovação automática. Ação de indenização ajuizada em 30/05/2008. 2. A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de súmula, de dispositivo constitucional ou de qualquer

*ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, “a” da CF/88. 3. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência implica o não conhecimento do recurso quanto ao tema. 4. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. 5. Quando a lei (art. 206, §1º, II, do CC/02) fixa os termos iniciais dos prazos de prescrição, deixa evidenciado que a pretensão do segurado - ou do segurador - deve estar relacionada ao próprio objeto do contrato de seguro. 6. A causa de pedir da indenização, na hipótese, é a responsabilidade extracontratual da seguradora, decorrente da alegada abusividade e ilicitude da sua conduta de não renovar o contrato sem justificativa plausível, em prejuízo dos seus consumidores. 7. Esta Corte já reconheceu ser abusiva a negativa de renovação do contrato de seguro de vida, mantido sem modificações ao longo dos anos, por ofensa aos princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade, orientadores da interpretação dos contratos que regulam as relações de consumo. 8. **Tendo em vista a interpretação de caráter restritivo que deve ser feita acerca das normas que tratam de prescrição, dentre as quais está a do art. 206, § 1º, II, do Código Civil, não é possível ampliar sua abrangência, de modo a abarcar outras pretensões, ainda que relacionadas, indiretamente, ao contrato de seguro. Aplicação, na hipótese, do art. 206, §3º, V, do CC/02.** 9. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. 10. Recurso especial provido”. (REsp 1273311/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 10/10/2013).*

Com efeito, para o julgamento do presente recurso, independentemente do prazo a ser aplicado, no caso dos autos, como bem colocado pelo juiz de primeira instância, *“a parte autora sustenta que somente em janeiro de 2008 tomou conhecimento do cancelamento da apólice e, na contestação, a ré não traz quaisquer indícios capazes de refutar tal assertiva. Considerar como início da contagem do prazo prescricional o dia 31 de maio de 2006 dependeria da prova sobre a ciência inequívoca, pela segurada, do cancelamento da apólice nesta data, não se prestando, para tanto, meras alegações unilaterais da seguradora, desprovidas de qualquer conteúdo probatório.”* (f. 200 v.).

Logo, presente a afirmação da parte autora, ora apelante, de que tomou ciência que sua apólice foi cancelada no mês de janeiro de 2008 e inexistindo prova que afaste a veracidade desta alegação, mas apenas um ofício da empresa de seguros demandada encaminhado ao Banco Santander Banespa, também demandado, datado de 28/10/2004, manifestando desinteresse na renovação da apólice sub judice, não se pode falar em prescrição da pretensão autoral, pela ausência de ciência inequívoca da beneficiária quanto à rescisão unilateral ocorrida.

Neste sentido, segue precedente proferido neste Tribunal, em caso idêntico ao presente:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MORAIS E MATERIAIS – RESCISÃO UNILATERAL DE APÓLICE DE CONTRATO DE SEGURO DE VIDA COLETIVO – PRELIMINAR – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – ILEGITIMIDADE DE PARTES – AFASTADAS – PRETENDIDO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO – COMUNICAÇÃO PRÉVIA AO BANCO/ESTIPULANTE – AUSÊNCIA DE PROVAS DO DANO – RECURSO IMPROVIDO.

Não sendo possível atestar o termo inicial para a contagem do prazo prescricional de um ano, contado a partir da ciência inequívoca do beneficiário de apólice de seguro de vida coletivo, não há que se falar em prescrição da ação que postula indenização por danos morais e restituição de prêmios”. (...) (TJMS. 4ª Câmara Cível. Apelação – N. 0038903-19.2008.8.12.0001 - Campo Grande. Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. J. 16/10/2012).

Pelo exposto, inauguro divergência, pedindo vênua ao e. Des. Relator, para afastar a prejudicial de prescrição, suscitada de ofício, pela ausência de comprovação do termo inicial da prescrição da pretensão autoral, face a inexistência de prova da ciência inequívoca da autora beneficiária quanto à rescisão unilateral ocorrida.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL (DES. EDUARDO), APÓS O RELATOR ACOLHER E, O REVISOR, REJEITAR A PRESCRIÇÃO.

VOTO (EM 5.11.2013)

Des. Eduardo Machado Rocha (Vogal).

Trata-se de apelação cível interposta por Rosa Mineko Tamashiro Aguená em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS que, nos autos da Ação de Indenização e Danos Morais, julgou improcedente os pedidos formulados na inicial.

Na sessão ordinária realizada em 22 de outubro de 2013, o e. Desembargador Relator Fernando Mauro Moreira Marinho acolheu a prescrição com fundamento no art. 206, § 1º, II do CC, pois *“em se tratando de demanda que tem por objeto indenização que decorre da prática de ato ilícito por parte da seguradora – rescisão unilateral do longo contrato de seguro de vida com mais de 30 anos de vigência –, aplicável à espécie a prescrição anual”*.

Por sua vez, na sessão ordinária realizada em 29 de outubro de 2013, o e. Revisor Desembargador Marco André Nogueira Hanson apresentou voto divergente, rejeitando a prescrição, por entender que o prazo prescricional aplicável é de 3 (três) anos, nos termos do art. 206, § 3º, V do CC, e também *“pela ausência de comprovação do termo inicial da prescrição da pretensão autoral, face a inexistência de prova da ciência inequívoca da autora beneficiária quanto à rescisão unilateral ocorrida”*.

Pedi vista para melhor análise do caso.

Primeiramente, por oportuno, consigno que, diferente da conclusão do e. Relator, a prejudicial de prescrição foi enfrentada pelo juízo *a quo*, conforme se vê da sentença – f.200/verso.

Em que pese a discussão que se estabeleceu a respeito de qual o prazo prescricional aplicável na espécie, ou seja, anual ou trienal, torna-se necessário verificar a partir de qual momento tem início a contagem do prazo prescricional. Trata-se de questão de suma relevância, uma vez que somente após a fixação do termo inicial é que terá relevância qual é o prazo especial de prescrição incidente.

Segundo dispõe a Súmula n. 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”*.

Aplicando ao caso, tem-se que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional é contado da ciência inequívoca do cancelamento da apólice de contrato de seguro de vida coletivo.

Pois bem, a autora afirma que tomou ciência do cancelamento da apólice no mês de janeiro de 2008, enquanto a ré COSESP assevera que no dia 27 de outubro de 2004 enviou carta ao então Banco do Estado de São Paulo S/A, comunicando que não teria interesse em renovar o contrato de seguro de vida coletivo, cuja vigência findou no dia 31 de maio de 2005 (f. 71).

Todavia, como bem ponderado pelo magistrado *a quo*, “no caso em tela, não há como fixar o termo inicial do prazo prescricional na data apontada pela ré. Isso porque a parte autora sustenta que somente em janeiro de 2008 tomou conhecimento do cancelamento da apólice e na contestação a ré não traz quaisquer indícios capazes de refutar tal assertiva. Considerar como início da contagem do prazo prescricional o dia 31 maio de 2006 dependeria da prova sobre a ciência inequívoca, pela segurada, do cancelamento da apólice nesta data, não se prestando, para tanto, meras alegações unilaterais da seguradora, desprovidas de qualquer conteúdo probatório. Portanto, se a autora afirma que tomou ciência do cancelamento da apólice no mês de janeiro de 2008 e não existindo elementos capazes de afastar a veracidade dessa alegação, não há que se falar em prescrição do pedido de cobrança, eis que a presente demanda foi ajuizada em data de 03 de junho de 2008.” (f. 200/verso).

Outrossim, o e. Desembargador Revisor assentou que “presente a afirmação da parte autora, ora apelante, de que tomou ciência que sua apólice foi cancelada no mês de janeiro de 2008 e inexistindo prova que afaste a veracidade desta alegação, mas apenas um ofício da empresa de seguros demandada encaminhado ao Banco Santander Banespa, também demandado, datado de 28/10/2004, manifestando desinteresse na renovação da apólice *sub judice*, não se pode falar em prescrição autoral, pela ausência de ciência inequívoca da beneficiária quanto à rescisão”.

Comungo do mesmo entendimento acima expressado, porquanto a comunicação de não renovação da apólice feita pela ré COSESP Seguros ao Banco do Estado de São Paulo S/A, formalizada em 31 de maio de 2005 (f. 71), não tem o condão de demonstrar que a autora teve ciência inequívoca do cancelamento do contrato de seguro de vida coletivo. Para tanto, haveria necessidade de que a comunicação fosse dirigida diretamente a segurada, ou ao menos cópia daquela enviada ao banco.

Ante o exposto, peço vênica ao e. Relator para, acompanhando o e. Revisor afastar a prescrição.

Por maioria, afastaram a prescrição. No mérito, a conclusão de julgamento foi adiada para a sessão do dia 03/12, a pedido do relator (Des. Fernando).

VOTO (EM 03.12.2013)

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Relator).

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto por Rosa Mineko Tamashiro Aguenta contra decisão proferida pelo juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais movida contra Banco Santander (Brasil) S/A e Companhia de Seguros do Estado de São Paulo - Cosesp.

Superada a prefacial de prescrição, destaco que as contrarrazões ofertadas pelo Banco Santander (Brasil) S/A não serão conhecidas diante da ausência de regularização processual, uma vez que, intimado, trouxe aos autos instrumentos outorgando poderes à causídicos diversos daqueles que subscreveram à peça em comento. Assim, a tese de ilegitimidade não será conhecida, tendo se operado sobre ela a preclusão consumativa.

Passo à análise do mérito, que limita-se à verificação da ocorrência de dano moral indenizável decorrente da rescisão unilateral do contrato de seguro de vida em grupo depois de mais de 30 anos de renovações automáticas.

Como bem sinalizado pelo julgador de primeiro piso, o caso se subsume às regras consumeristas, conforme se vê:

“PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATOS DE SEGURO DE VIDA. APLICAÇÃO DO CDC. SÚMULA 83 DO STJ. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. Aplicabilidade do CDC a contrato de seguro de saúde em grupo. Incidência da Súmula 83 do STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. ‘2. A sentença proferida em ação civil pública versando direitos individuais homogêneos em relação consumerista faz coisa julgada erga omnes, beneficiando todas as vítimas e seus sucessores, uma vez que “os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).’ (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado sob a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, em 19/10/2011, DJe 12/12/2011) 3. Agravos regimentais não providos.”

(AgRg. no Resp. n. 1094116/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 27/05/2013).

O seguro de vida em grupo em análise foi efetivado no ano de 1993 e reiterou-se consecutivamente, haja vista que o contrato de seguro de vida é de trato sucessivo e a renovação automática da apólice é da natureza do contrato. Dessa forma, a rescisão unilateral da apólice é inadmissível, sendo abusiva a cláusula que a prevê, nos termos do art. 51, incisos IV e XI do CDC.

A jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, da qual comungo, que em reiteradas oportunidades, vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais em decorrência da rescisão unilateral do contrato, haja vista que, além de abusiva, tal atitude viola os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual.

Nesse sentido, do egrégio STJ, *expressis verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. IDOSOS. RESCISÃO UNILATERAL IMOTIVADA APÓS ANOS DE RENOVAÇÃO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta Corte já se posicionou no sentido de que “a rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais”. (REsp 1255315/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi).

2. A egrégia Segunda Seção firmou o entendimento de que, “no caso de dano moral puro, a quantificação do valor da indenização, objeto da condenação judicial, só se dar após o pronunciamento judicial, em nada altera a existência da mora do devedor, configurada desde o evento danoso. A adoção de orientação diversa, ademais, ou seja, de que o início da fluência dos juros moratórios se iniciasse a partir do trânsito em julgado, incentivaria o recorrimento por parte do devedor e tornaria o lesado, cujo dano sofrido já tinha o devedor obrigação de reparar desde a data do ato ilícito, obrigado a suportar delongas decorrentes

do andamento do processo e, mesmo de eventuais manobras processuais protelatórias, no sentido de adiar a incidência de juros moratórios” (REsp 1.132.866/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 193.379/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE VIDA. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. RECUSA IMOTIVADA DE RENOVAÇÃO. DANOS MATERIAIS.

1. Face o entendimento pacificado pela Segunda Seção desta Corte, é abusiva a negativa de renovação do contrato de seguro de vida, mantido sem modificações ao longo dos anos, por ofensa aos princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade, orientadores da interpretação dos contratos que regulam as relações de consumo. Precedente específico da Segunda Seção desta Corte, Resp nº 1073595/MG, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI.

2. Considerando que a relação contratual mantida entre a agravante e os agravados se estendeu por mais de vinte anos, bem como o fato de já serem idosos, perfeita sintonia entre o presente caso e o ‘leading case’ desta Terceira Turma segundo o qual “a rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais”. (REsp 1255315/SP, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI).

3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no REsp 1230665/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 03/04/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - SEGURO DE VIDA EM GRUPO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO, MEDIANTE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA - ATO ILÍCITO - INDENIZAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL ANUAL - RECURSO IMPROVIDO.”

(AgRg. nos Edcl. no REsp. n. 1331938/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 13/11/2012).

Provado o fato básico, comprovado está o dano, suporte fático do dever de reparar o dano. Isso se infere da convivência societária natural, a qual prima pelo respeito à dignidade de cada ser humano, carecendo de afirmação judicial, ao contrário das presunções legais.

Assim, *in casu*, a prova do dano veio através do cancelamento unilateral do contrato de seguro, mormente porque desmotivado e sem prévia comunicação à consumidora.

Oportuno destacar o seguinte julgado da Corte Superior:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA, RENOVADO ININTERRUPTAMENTE POR DIVERSOS ANOS. CONSTATAÇÃO DE PREJUÍZOS PELA SEGURADORA, MEDIANTE A ELABORAÇÃO DE NOVO CÁLCULO ATUARIAL.

NOTIFICAÇÃO, DIRIGIDA AO CONSUMIDOR, DA INTENÇÃO DA SEGURADORA DE NÃO RENOVAR O CONTRATO, OFERECENDO-SE A ELE DIVERSAS OPÇÕES DE NOVOS SEGUROS, TODAS MAIS ONEROSAS. CONTRATOS RELACIONAIS. DIREITOS E DEVERES ANEXOS. LEALDADE, COOPERAÇÃO, PROTEÇÃO DA SEGURANÇA E BOA FÉ OBJETIVA. MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO NOS TERMOS ORIGINALMENTE PREVISTOS. RESSALVA DA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO CONTRATO, PELA SEGURADORA, MEDIANTE A APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE EXTENSO CRONOGRAMA, NO QUAL OS AUMENTOS SÃO APRESENTADOS DE MANEIRA SUAVE E ESCALONADA.

1. No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes.

2. Se o consumidor contratou, ainda jovem, o seguro de vida oferecido pela recorrida e se esse vínculo vem se renovando desde então, ano a ano, por mais de trinta anos, a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo.

3. Constatado prejuízos pela seguradora e identificada a necessidade de modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos. Assim, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados.

4. A intenção de modificar abruptamente a relação jurídica continuada, com simples notificação entregue com alguns meses de antecedência, ofende o sistema de proteção ao consumidor e não pode prevalecer.

5. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp. n. 1073595/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/03/2011, DJe 29/04/2011).

Quanto à fixação do *quantum debeatur* da indenização, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano moral não pode ser fonte de lucro ou enriquecimento sem causa, mas sim de reparação do dano.

Por outro lado, também não deve ser irrisória, de modo a fomentar a recidiva, razão pela qual o *quantum* reparatório deve ser apto a ser sentido como uma sanção pelo ato ilícito.

Diante dessa dúplici finalidade da indenização por danos morais, conclui-se que o valor a ser arbitrado deve ser compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

Portanto, valorando-se as peculiaridades da hipótese concreta, principalmente do fato de que o seguro foi contratado no ano de 1973 e renovado periodicamente até o cancelamento unilateral e desmotivado

ocorrido em 2005, além das condições econômicas das partes - de um lado uma grande seguradora pátria e de outro uma aposentada do Banespa -, além dos parâmetros adotados normalmente pela jurisprudência em hipóteses similares, fixo a indenização por danos morais em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Nesse sentido, o precedente jurisprudencial do Colendo STJ em caso análogo, *ipsis litteris*:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA. PRECEDENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE.

1.- O Tribunal estadual concluiu que a ré agiu de má-fé, pois tinha conhecimento que o primeiro autor encontrava-se sob tratamento para o câncer que acomete sua saúde. Indevido e ilícito, portanto, o cancelamento unilateral do plano de saúde promovido pela ré.

(...)

4.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que foi fixado, em 23.03.2010, o valor da indenização em R\$ 20.400,00 (vinte mil e quatrocentos reais) a título de dano moral, consideradas as forças econômicas da autora da lesão.

5.- Agravo regimental improvido.”

(AgRg no AREsp 175.663/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012).

O valor arbitrado a título de indenização por danos morais deve ser corrigido monetariamente pelo IGP-M, desde a data do arbitramento, consoante súmula nº 362 do STJ, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, haja vista tratar-se de relação contratual, nos termos dos precedentes do STJ abaixo transcritos:

“PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXORBITÂNCIA NÃO CONFIGURADA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL.

(...)

4. O termo inicial da incidência de juros de mora sobre a condenação por danos morais é a partir do evento danoso ou da citação, conforme se trate de relação extracontratual ou contratual, respectivamente.

5. Tendo em vista que a recorrente, no caso, busca modificar o termo inicial dos juros de mora fixado na origem a partir da citação para a data do arbitramento, o aresto não comporta reforma, no ponto.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 305.943/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 16/05/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. IDOSOS. RESCISÃO UNILATERAL IMOTIVADA APÓS ANOS DE RENOVAÇÃO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta Corte já se posicionou no sentido de que “a rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva - violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual - confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais”. (REsp 1255315/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi).

2. A egrégia Segunda Seção firmou o entendimento de que, “no caso de dano moral puro, a quantificação do valor da indenização, objeto da condenação judicial, só se dar após o pronunciamento judicial, em nada altera a existência da mora do devedor, configurada desde o evento danoso. A adoção de orientação diversa, ademais, ou seja, de que o início da fluência dos juros moratórios se iniciasse a partir do trânsito em julgado, incentivaria o recorrimo por parte do devedor e tornaria o lesado, cujo dano sofrido já tinha o devedor obrigação de reparar desde a data do ato ilícito, obrigado a suportar delongas decorrentes do andamento do processo e, mesmo de eventuais manobras processuais protelatórias, no sentido de adiar a incidência de juros moratórios” (REsp 1.132.866/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti).

3. Agravo regimental não provido.”

(AgRg. no AREsp. n. 193.379/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013).

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada, seja especificamente ou pelo exame dos respectivos conteúdos, não sendo necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ÁGUA E SERVIÇO DE ESGOTO.

1. Não viola o art. 458, II, do CPC, tampouco nega a 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, conforme ocorreu no acórdão em exame, não se podendo cogitar de sua nulidade.

(...)” (STJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 1.255.660 - SP (2009/0231438-2) - RELATORA : MINISTRA DENISE ARRUDA – p. 02/02/2010).

Ex positis, dou provimento ao apelo interposto pela autora, Rosa Mineko Tamashiro Aguená para condenar solidariamente as apeladas ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigido monetariamente pelo IGP-M, desde a data do arbitramento, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.

Inverto os ônus da sucumbência, condenando as demandadas, também de forma solidária e em idêntica porcentagem, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação, com fulcro no §3º do art. 20 do CPC.

Des. Marco André Nogueira Hanson (Revisor).

De acordo com o relator.

Des. Eduardo Machado Rocha (Vogal).

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, AFASTARAM A PRECRIÇÃO. NO MÉRITO, POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, MS, 03 de dezembro de 2013.

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 4009834-95.2013.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SUPOSTA PRETERIÇÃO DE CANDIDATA QUE PARTICIPOU DE CONCURSO PÚBLICO – PRELIMINAR – LITISCONSÓRCIO PASSIVO – DESNECESSIDADE – MÉRITO – OBSERVÂNCIA DAS REGRAS EDITALÍCIAS – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – DENEGADO.

Não é necessária a citação dos candidatos classificados à frente da impetrante no certame, mormente por não haver entre eles comunhão de interesses.

Não viola direito líquido e certo da impetrante a nomeação segundo a disciplina e o município optantes pelos candidatos, na forma prevista no edital que regulamentou o certame.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, rejeitar a preliminar arguida, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Josué de Oliveira e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, MS, 12 de março de 2014.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator.

RELATÓRIO

Des. Hildebrando Coelho Neto.

Roseli Aparecida Lourenço Brasil, qualificada nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato da Secretária de Estado de Administração e do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na preterição de seu direito à nomeação para o cargo de Professor na área de Biologia/Ciências, no Concurso Público de Provas e Títulos SAD/SED/2013.

Argumenta que concorreu ao certame no programa de reserva de vagas, na cota destinada aos negros, alcançando a 7ª colocação na classificação geral. Além disso, alega que foram nomeados 5 candidatos, razão pela qual teria sido preterida, uma vez que foi a única aprovada na cota para negros.

Dessarte, asseverando estarem presentes os pressupostos autorizadores, pugnou pela concessão da segurança para o fim de determinar que as autoridades coatoras providenciem a nomeação da impetrante no cargo de Professor em Biologia/Ciências do quadro permanente de pessoal da Secretaria de Estado de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul.

A liminar foi indeferida à f. 70/73.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações (f. 82/101), aduzindo, em preliminar, que seria indispensável a intimação de todos os 6 candidatos classificados à frente da impetrante para ocupar a vaga de professor de Biologia, no município de Mundo Novo, inclusive os não cotistas. No mérito, alegou que a impetrante não foi preterida, pois o certame em apreço é regionalizado e as nomeações dos candidatos aprovados foram realizadas de acordo com o município e a área de atuação/disciplina de sua opção, observando-se o que está previsto no item 2.2 do Edital n. 1/2013-SAD/SED, desprezadas as frações, nos termos do Decreto n. 13.141, de 31 de março de 2011.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 779-788), opinou pela denegação da segurança.

VOTO

Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator).

Trata-se de remédio heróico impetrado por Roseli Aparecida Lourenço Brasil contra ato da Secretária de Estado de Administração e do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na preterição de seu direito à nomeação para o cargo de Professor de Educação Básica nos níveis de Ensino Fundamental e/ou de Ensino Médio.

Assevera que concorreu ao certame no programa de reserva de vagas, na cota destinada aos negros, alcançando a 7ª colocação. Aduz que foi preterida, uma vez que foram nomeados 5 candidatos sem observância da reserva de vaga.

O Estado de Mato Grosso do Sul, ao prestar informações, asseverou, em preliminar, que os candidatos classificados à frente da impetrante deveriam ser chamados para compor a lide, a fim de apresentarem defesa de seus direitos. No mérito, alegou que o concurso em apreço é regionalizado e a impetrante fez opção pelo cargo de Professor em Biologia, na cidade de Mundo Novo, onde foram disponibilizadas apenas 5 vagas, razão pela qual não faria jus à reserva de vagas, pois o § 3º do art. 1º do Decreto Estadual n. 13.141/2001, que regulamenta a Lei Estadual n. 3.594/08, estabelece que as frações devem ser desprezadas.

Da Preliminar

O Estado de Mato Grosso do Sul assevera que os 6 candidatos classificados à frente da impetrante deveriam ser citados para ingressar na lide, a fim de apresentar defesa de seus direitos.

Contudo, no caso em tela, não é necessária a citação de todos os demais candidatos a concurso público para compor a lide, uma vez que não se vislumbra entre eles comunhão de interesses.

Demais disso, não se pode olvidar que a sentença proferida em processo individual irradia efeitos somente com relação às partes que dele participaram.

Nesse sentido, o art. 472 do Código de Processo Civil, ao disciplinar os limites subjetivos da coisa julgada, assevera que *“a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”*.

Ademais, importa salientar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que nomeação judicial não dá causa à preterição em concurso público. *In verbis*:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATO DECORRENTE DE DECISÃO JUDICIAL. PRETERIÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. I - A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que não há

preterição quando a Administração realiza nomeações em observação à decisão judicial. II - Agravo regimental improvido.” (RE 594917 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010, DJe-226 DIVULG 24-11-2010 PUBLIC 25-11-2010 EMENT VOL-02438-02 PP-00356 RTJ VOL-00219- PP-00609).

Como se vê, sob qualquer ângulo que se analise a questão mostra-se desnecessária a convocação dos demais candidatos, razão pela qual rejeito a preliminar suscitada.

Do Mérito

A impetrante alega que possui direito líquido e certo à nomeação no quadro de Professor de Biologia no município de Mundo Novo, uma vez que teria alcançado a 7ª colocação na classificação geral do certame.

Contudo, não se vislumbra a ilegalidade do ato tido por coator, uma vez que a autoridade administrativa nomeou os cinco primeiros candidatos de acordo com o que foi estabelecido no item 2.2., do Edital n. 1/2013 – SAD/SED (f. 14) que diz:

“Aos candidatos que, no momento da inscrição se declararem negro ou índio, será reservada a cota de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento), respectivamente, das vagas oferecidas neste Concurso Público de Provas e Títulos – SAD/SED/2013, observado o quantitativo indicado no Anexo I e previsão expressa no item 1.10 deste Edital, em conformidade com a Lei n. 3.594, de 10 de dezembro de 2008, e com a Lei n. 3.939, de 21 de julho de 2010.”

Já o item 2.3. do referido edital (f. 15) estabelece que *“na aplicação do percentual estabelecido nos itens 2.1. e 2.2. dever-se-á observar o estabelecido no decreto n. 13.141, de 31 de março de 2011”*.

Pois bem, a Lei n. 3.594/08, que instituiu o sistema de cotas, em seu art. 1º, assim dispõe:

“Art. 1º O Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para negros e índios, reservando-lhes cota mínima de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento), respectivamente, das vagas oferecidas em todos os seus concursos para provimento de cargos públicos nos quadros de carreira.

§ 1º A reserva mínima de que trata a presente Lei será disponibilizada, observada a proporcionalidade, aos negros e aos índios aprovados no processo seletivo realizado em iguais condições para todos os candidatos.

§ 2º Dos editais dos concursos públicos deverá constar a previsão de reserva de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento) das vagas oferecidas para negros e índios, respectivamente, existentes entre os candidatos aprovados”.

Por sua vez, o Decreto n. 13.141, de 31 de março de 2011, que regulamenta a referida lei, determinou que, caso resulte em fração a aplicação do percentual de 10%, esta será desprezada. Veja-se:

“Art. 1º Ficam reservadas 10% (dez por cento) e 3% (três por cento), respectivamente, para negros e índios, das vagas oferecidas em todos os concursos públicos realizados pelo Poder Executivo Estadual para provimento de cargos e empregos públicos da administração direta e indireta.

§ 1º A reserva de vagas, de que trata este Decreto, será disponibilizada aos candidatos negros e índios aprovados em concurso público em iguais condições para todos os candidatos.

§ 2º Nos editais de concursos públicos deverá constar a previsão de reserva de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento) das vagas oferecidas, respectivamente, para negros e índios entre os candidatos aprovados, por cargo, função e por localidade, quando for o caso.

§ 3º Na aplicação do percentual estabelecido no caput será desprezada a fração, se houver”.

Como é cediço, a Administração deve obediência ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF). Assim, observa-se que as autoridades apontadas como coatoras agiram conforme disciplina a norma de regência e de acordo com o estabelecido no edital do certame.

A propósito, eis o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do princípio em comento. *In verbis*:

“O princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática.” (Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 2006, 21ª edição, p. 98).

Ademais, considerado que “Administrar é aplicar a lei de ofício”¹, chega-se a conclusão que não há falar em violação a direito da impetrante, pois o certame seguiu exatamente o que está previsto na legislação local.

Aliás, cumpre trazer à tona excerto do parecer Ministerial (f. 786/787):

“No caso dos autos, é nítido e claro que a Administração Pública nomeou os candidatos melhor classificados para as cinco vagas prevista para a localidade e disciplina disputada pela impetrante e, neste momento, não dispõe de mecanismo para atingir o percentual específico estabelecido no Decreto n. 13.141, de 31 de março de 2011, ou mesmo qualquer regra de alternância, sob o risco de preterir candidatos melhores classificados que a impetrante.

Assim, consoante entendimento consolidado no e. STF, o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público surge nas seguintes hipóteses: a) se for preterido na ordem de classificação entre os aprovados no certame (Súmula nº 15); ou b) se for aprovado dentro do número de vagas expressamente previstas no edital (Re 598099, Repercussão Geral - Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 10/8/2011)

O pedido de nomeação para vaga inexistente é impossível e suposta discussão sobre a regra de alternância somente poderia surgir caso sejam criadas novas vagas ou ocorresse a desistência de candidatos melhores colocados para a vaga concorrida, concessa venia.

Por fim, as regras do certame dispunham que as vagas seriam distribuídas para concorrência às respectivas localidades/disciplinas indicadas pelo candidato no ato da inscrição do certame, e qualquer discordância sobre tal sistemática se reveste de uma impugnação ao Edital, o qual deveria ser combatida a seu tempo.

Assim, com a devida vênia, não vislumbramos qualquer irregularidade no ato combatido por meio do presente mandamus, restando ausente o alegado direito líquido e certo da impetrante”.

1 (Apud Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu curso de Direito Administrativo, 17.ª edição, Malheiros Editores, p. 843)

O Órgão Especial deste Sodalício já apreciou questão similar à presente. Veja-se:

“MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO OMISSIVO DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO – PRELIMINAR – LITISCONSÓRCIO PASSIVO – DESNECESSIDADE – MÉRITO – OBSERVÂNCIA DAS REGRAS EDITALÍCIAS – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – DENEGADO.

É desnecessária a citação de todos os demais candidatos a concurso público como litisconsortes passivos necessários, por não haver entre eles comunhão de interesses

Sendo o certame dividido por municípios/polos, nos termos do edital que o regulamentou, e havendo respeito à ordem de classificação dos candidatos nas regiões optantes, inexistente direito líquido e certo a ser protegido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, rejeitar a preliminar arguida, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator.” (Mandado de Segurança – N. 4007957-23.2013.8.12.0000 - Campo Grande. Relator – Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. Órgão Especial. Data j. 30/10/2013).

De outra face, não se pode olvidar que o presente certame visa o preenchimento de vagas no cargo de professor em várias disciplinas e distribuídas em municípios do Estado. Com efeito, sendo o certame dividido em polos e havendo respeito à ordem de classificação dos candidatos segundo as regiões optantes, inexistente direito líquido e certo a ser protegido. A respeito da legalidade de concurso regionalizado, o Superior Tribunal de Justiça já emitiu entendimento. Veja-se:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. PROCESSO SELETIVO. AUDITOR-FISCAL DO TESOIRO NACIONAL. EDITAL. CRITÉRIO DE REGIONALIZAÇÃO E ESPECIALIZAÇÃO. LEGALIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES.

1. A egrégia 3ª Seção desta Corte já firmou entendimento de que inexistente ilegalidade no critério de regionalização para realização de concurso público para provimento de cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional.

2. Agravo Regimental desprovido”. (AgRg no Ag 1006999/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 28/08/2008, DJe 22/09/2008).

Por derradeiro, mister salientar que a impetrante teve pleno conhecimento das regras do edital no ocasião da inscrição, inclusive quanto ao critério de classificação e nomeação dos candidatos, o que afasta a alegada preterição.

Ante o exposto, por não vislumbrar nenhuma violação ao direito líquido e certo da impetrante, de acordo com parecer ministerial, denego a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram a preliminar arguida, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Josué de Oliveira e Carlos Eduardo Contar.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Hildebrando Coelho Neto, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, MS, 12 de março de 2014.

2ª Seção Cível**Mandado de Segurança n. 4012838-43.2013.8.12.0000 - Campo Grande****Relator Des. Hildebrando Coelho Neto**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – QUESTÕES ELABORADAS EM DESACORDO COM O CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DO EDITAL – ANULAÇÃO – PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – ORDEM CONCEDIDA.

Em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, devem ser anuladas as questões de concurso elaboradas em desacordo com o conteúdo programático estabelecido pelo respectivo edital.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, MS, 10 de março de 2014.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator.

RELATÓRIO

Des. Hildebrando Coelho Neto.

Pedro Henrique dos Santos Pereira da Silva impetrou mandado de segurança contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Administração e pelo Secretário de Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na manutenção do gabarito oficial definitivo do concurso público de provas para ingresso no curso de formação de soldado da polícia militar realizado no ano de 2013.

Sustenta, em síntese, que a matéria exigida nas questões 12 e 13 do referido certame não estaria prevista no conteúdo programático do respectivo edital, motivo pelo qual impõe-se a sua anulação.

Assim, invocando os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da boa-fé e da vinculação ao edital, e asseverando estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pediu a concessão de liminar para que fosse suspenso o concurso e a eventual nomeação dos candidatos nele aprovados, bem assim anuladas as malsinadas questões. Ao final, pugna pela concessão definitiva da ordem.

Em juízo de cognição sumária, foi deferido o pedido de liminar “*para o fim de determinar que as autoridades apontadas como coatoras desconsiderem as questões 12 e 13 da prova objetiva e, de consequência, elaborem nova relação dos candidatos aprovados no certame, até o julgamento final do writ*” (f. 94-96).

A autoridade impetrada apresentou suas informações às f. 109-112, argumentando, em suma, que as questões em apreço estariam inseridas no conteúdo programático do certame, de modo que não há direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem (f. 113-116).

VOTO

Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator).

Trata-se de remédio heroico impetrado com o intuito de anular questões da prova objetiva (1ª fase) do concurso público de provas para o ingresso no curso de formação de soldados da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, sob o argumento de que estariam em desacordo com o conteúdo programático inserido no edital.

A ordem é de ser concedida.

Com efeito, o edital do concurso, no que tange à área de conhecimento “língua portuguesa”, estabeleceu o seguinte conteúdo a ser exigido do candidato:

“LÍNGUA PORTUGUESA: Leitura e entendimento de textos. Encontros vocálicos e Leitura e entendimento de textos. Encontros vocálicos: hiato, ditongo, tritongo. Encontros consonantais. Dígrafos. Divisão silábica. Tonicidade. Ortografia. Acentuação gráfica. Reforma ortográfica 2009. Uso do acento indicador de crase. Sinais de pontuação: uso dos sinais de pontuação. Significação das palavras: sinônimos e antônimos, homônimos, parônimos e homógrafos, denotação e conotação. Formação de palavras. Classificação, flexão e emprego das palavras. Termos da oração: essenciais, integrantes e acessórios. Regência nominal e verbal. Concordância nominal e verbal. Colocação dos pronomes pessoais oblíquos átonos. Forma e grafia de algumas palavras e expressões: por que/ por quê/ porque/ porquê; onde/aonde; mas/mais; a/há; demais/de mais; mal/mau. Coesão e coerência textual” (f. 53).

Como se vê, o edital do certame somente contempla, em seu conteúdo programático, a análise sintática dos termos da oração e suas classificações (essenciais, integrantes e acessórios), o que não inclui as classificações das orações que constituem um período¹ composto. Todavia, referido tema foi cobrado nas questões 12 e 13 da prova objetiva do concurso, *in verbis*:

“Questão 12.

“Espere, Maria, que o João não deve demorar.”, a oração destacada é corretamente classificada como:

- a) coordenada concessiva.*
- b) subordinada adverbial temporal.*
- c) coordenada explicativa.*
- d) subordinada substantiva objetiva direta.*
- e) coordenada consecutiva.*

¹ Período: consiste em uma ou mais orações que formam sentido completo. (ALMEIDA, Napoleão Mendes de. Gramática Metódica da Língua Portuguesa. 44ª edição. São Paulo: Saraiva, p. 345-346).

Questão 13

A oração sublinhada em “Todos comentavam que Ana era orgulhosa e injusta.” classifica-se como:

- a) subordinada substantiva objetiva direta.
- b) subordinada adverbial comparativa.
- c) subordinada substantiva subjetiva.
- d) coordenada sindética adversativa.
- e) principal.”

(f. 60).

Assim, a anulação de tais questões é medida que se impõe, pois, conquanto a intervenção do Poder Judiciário, em matéria de concurso público, deva ser excepcional e limitar-se à aferição de legalidade do certame, descabendo avançar sobre ponderações acerca do método de resolução da prova, observa-se que, no presente caso, a autoridade apontada como coatora, ao exigir matéria não prevista no conteúdo programático do certame, incorreu em malferência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“In casu, o conteúdo programático detalhou, particularizadamente, os artigos de lei que seriam objeto de controvérsia na prova, entre os quais não estavam contemplados os artigos 333 do CP e 447 do CPP, cujo conhecimento e domínio era exigido para a solução das questões 46 e 54, respectivamente. Esse descompasso viola os princípios da vinculação da Administração Pública ao edital do concurso, dos motivos determinantes e da proteção da confiança, de ordem a acarretar a nulidade daquelas questões, reconhecidamente ilegais.” (STJ - RMS 36.596/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 12/09/2013).

Diverso não é o posicionamento deste Sodalício:

“As questões formuladas em provas de concursos públicos devem obedecer estritamente ao previsto no conteúdo programático do Edital, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade, publicidade e moralidade que norteiam a Administração.” (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.004645-0/0000-00 - Campo Grande - Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay - Terceira Turma Cível – J. 13.7.2009 – Unânime).

“É evitada de ilegalidade a atuação administrativa quando exige do candidato conhecimento não especificado no edital, pois há afronta a diversos princípios constitucionais como publicidade, transparência e vinculação ao edital.” (TJMS - Apelação Cível - Lei Especial - N. 2008.034402-3/0000-00 - Campo Grande - Relator Des. Sérgio Fernandes Martins - Primeira Turma Cível – 3.3.2009 – Unânime).

“O princípio da vinculação ao edital impede que a Administração Pública exija dos candidatos o conhecimento de disciplinas ou matérias não previstas no conteúdo programático constante do edital do certame. Sendo incontroversa a violação a essa regra, impõe-se a anulação das questões” (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2006.020681-3/0000-00 - Campo Grande - Relator Des. Sideni Soncini Pimentel – Quinta Turma Cível - J. 15.1.2009 – Unânime).

Assim, é de se conceder a segurança para o fim de anular as questões 12 e 13 da prova objetiva do certame e atribuir os respectivos pontos ao impetrante e a todos os demais candidatos, conforme já decidiu o STJ:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. QUESTÕES ANULADAS. ATRIBUIÇÃO DE PONTOS AOS PARTICIPANTES DO CERTAME.

Em respeito aos princípios norteadores dos concursos públicos, os pontos referentes a questões anuladas devem ser atribuídos a todos os participantes do certame.

Recurso parcialmente provido” (STJ - RMS 6.386/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/1998, DJ 19/10/1998, p. 112).

Diante do exposto, de acordo o parecer ministerial, concedo a segurança para o fim de tornar definitiva a liminar de f. 94-96 e anular as questões de nº 12 e 13 do concurso, cuja pontuação deverá ser atribuída a todos os candidatos, com a consequente elaboração de uma nova relação de aprovados.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Hildebrando Coelho Neto, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, MS, 10 de março de 2014.

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 0006018-47.2011.8.12.0000 - Dourados
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CUSTÓDIA DE PRESOS PELA POLÍCIA CIVIL – DEVER DO ÓRGÃO EM RAZÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA – SEGURANÇA DENEGADA.

A Constituição Federal e a Lei Orgânica da Polícia Civil atribuem à Polícia Civil o dever de segurança e ordem pública, o que implica, de igual modo, o exercício de promover a custódia de presos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, rejeitar as preliminares arguidas, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Josué de Oliveira e Carlos Eduardo Contar e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, MS, 12 de março de 2014.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator.

RELATÓRIO

Des. Hildebrando Coelho Neto.

Sindicato dos Policiais Cíveis do Estado de Mato Grosso do Sul, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados e Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega que é ilegal o ato das autoridades impetradas em determinar que policiais civis lotados na Comarca de Dourados façam a custódia de presos, inclusive com a manutenção das visitas de familiares.

Afirma que tanto a custódia de presos como o cumprimento do direito de visitas pelos policiais civis são manifestamente ilegais, uma vez que contrariam as atribuições contidas no Estatuto da Polícia Civil, cujo encargo é de responsabilidade da AGEPEN.

Com efeito, sustenta que a Constituição Federal, em seu art. 144, § 4º, estabelece que a função da Polícia Civil é a de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, de modo que a custódia de presos resultaria em desvio de função, ofendendo, assim, o princípio da legalidade.

Assim, pede a concessão de liminar para suspender o ato praticado pelas autoridades impetradas que determina a manutenção de visitas aos presos recolhidos na Cadeia Pública da Delegacia de Polícia Civil de Dourados e, no mérito, bate-se pela concessão definitiva da ordem para que as autoridades coatoras se

abstenham de determinar que policiais civis da Comarca de Dourados façam a custódia de presos, inclusive gerindo as visitas dos encarcerados e que, de consequência, seja atribuído tal função à AGEPEN.

Em juízo de cognição sumária, foi indeferido o pedido liminar (f. 78-80).

As autoridades reputadas coatoras, por sua vez, sustentam, em síntese, que os direitos da coletividade devem prevalecer sobre os direitos de uma determinada categoria e que não há vedação legal quanto à custódia de presos por policiais civis, batendo-se, afinal, pela denegação da segurança (f. 95-115).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (f. 135-142).

É o relatório, com cópia aos ilustres pares.

VOTO

Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator).

Trata-se de remédio heroico manejado contra ato praticado pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, em que o impetrante, entidade sindical sem fins lucrativos, pretende que a autoridade coatora se abstenha de determinar que policiais civis lotados na Comarca de Dourados façam a custódia de presos, inclusive com a manutenção das visitas de familiares, com a consequente determinação para que a AGEPEN assuma tal responsabilidade.

Afirma o impetrante que tanto a custódia de presos como o cumprimento do direito de visitas são manifestamente ilegais, uma vez que contrariam as atribuições contidas no Estatuto da Polícia Civil.

Sustenta, ainda, que a Constituição Federal, em seu art. 144, § 4º, estabelece que a função da Polícia Civil é a de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, de modo que a custódia de presos resultaria em desvio de função, ofendendo, assim, o princípio da legalidade.

Assim, pugna pela concessão da segurança para que a autoridade coatora se abstenha de determinar que policiais civis da Comarca de Dourados façam a custódia de presos, inclusive gerindo as visitas dos encarcerados e que, de consequência, seja atribuída tal função à AGEPEN.

A autoridade reputada coatora, por sua vez, chancelada em suas informações pelo Estado de Mato Grosso do Sul, argumenta que os direitos da coletividade devem prevalecer sobre os direitos de uma determinada categoria e que, além disso, não há vedação legal quanto à custódia de presos por policiais civis.

Aduz, ainda, que as autoridades tidas por coatoras não praticaram nenhuma ilegalidade, razão pela qual o feito deve ser extinto, por falta de interesse jurídico.

Por fim, afirma que não se mostra razoável reverter a decisão do magistrado da comarca de Dourados, uma vez que alterar a situação atual de custódia dos presos colocaria a segurança da coletividade em risco.

Assim, requer a extinção do feito em relação ao Governador do Estado e ao Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública e, no mérito, em razão de o ato ser legítimo e perfeito, pugna pela denegação da ordem.

O Ministério Público, em seu parecer (f. 135-142), opina pela manutenção do Governador do Estado e do Secretário Estadual de Justiça e Segurança Pública no polo passivo do *mandamus*. Sustenta, todavia, que, em razão do ato coator ser de um juiz singular, e o Governador do Estado integrar a lide tão

somente como litisconsorte passivo, o feito deve ser remetido para uma das Seções Cíveis, tendo em vista a incompetência deste Órgão Especial. No mérito, opina pela denegação da segurança.

Da ilegitimidade passiva do Governador e do Secretário Estadual de Justiça e Segurança Pública.

Em que pese o Estado de Mato Grosso do Sul, por seus impetrados, requerer a extinção do feito em relação ao Governador e ao Secretário Estadual de Justiça e Segurança Pública, observa-se que, ao prestar suas informações (f. 95-115), não se restringiu a alegar sua ilegitimidade passiva, defendendo, veementemente, a legalidade do ato impetrado, de sorte que a aplicação da teoria da encampação, no caso em apreço, se torna de rigor, é o que se extrai de um pequeno trecho de suas informações:

“Ora, Excelências, como já dito a segurança pública tem de ser prestada pelo Estado e também é de responsabilidade de todos; e nesse plexo de direitos e deveres exercidos há vários órgãos incumbidos de atribuições que visa a assegurar essa garantia a toda sociedade, incluindo-se aí a Polícia Civil (CF, art. 144, inciso IV), à qual incumbe o exercício das funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais.” (f. 101).

(...)

“O Estado de Mato Grosso do Sul e representando as autoridades apontadas como coatoras vem encampar essas razões para os fins de direito, restando claro que a segurança pleiteada traz lesão ao interesse público, impondo-se que seja mantido o indeferimento da liminar e julgado improcedente o pedido inicial, bem como aqueles contidos na emenda à inicial (f. 71-73) fazendo-se com que interesse público (primário) do Estado de Mato Grosso do Sul sobreponha-se ao interesse particular do Impetrante e evitando-se danos irreparáveis a toda sociedade.” (f. 112).

Sobre o tema já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PODER JUDICIÁRIO. GRATIFICAÇÃO JUDICIÁRIA E GRATIFICAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. PAGAMENTO. SUSPENSÃO. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

I - De acordo com a jurisprudência remansosa deste e. STJ, aplica-se a Teoria da Encampação quando a autoridade apontada como coatora não se limita a argüir a ilegitimidade passiva, e promove a defesa do ato impugnado em suas informações.

II - In casu, o e. Tribunal a quo, ao extinguir o processo sem julgamento de mérito, em face das ora recorrentes, não considerou que o Presidente daquela c. Corte - contra quem o mandamus havia sido impetrado - sequer cuidou de suscitar sua ilegitimidade, defendendo outrossim o ato atacado.

Recurso ordinário provido para, superada a preliminar de ilegitimidade passiva, determinar o retorno dos autos à origem, para novo julgamento, conforme se entender de direito.” (RMS 29.378/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03/09/2009, DJe 28/09/2009).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que se aplica a Teoria da Encampação, se a autoridade apontada como coatora, em suas informações, não se limita a argüir a sua ilegitimidade passiva e avança na defesa do ato impugnado.

3. *Recurso Especial não provido. (REsp. n. 874.896/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12/05/2009, DJe 25/05/2009).*

No mesmo diapasão tem decidido o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

“EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM” – DEFESA DO ATO ACOIMADO DE ILEGALIDADE – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – REJEIÇÃO.

Os sujeitos processuais ou órgãos que apresentarem informações defensivas quanto ao ato acoimado de ilegalidade passam a ser qualificados como autoridades coatoras à luz da Teoria da Encampação e, por isso, passam a deter legitimidade passiva “ad causam”. Precedente desta Corte de Justiça” (TJMS - Mandado de Segurança - N. 2010.004879-5/0000-00 – Capital - Relator Des. Marco André Nogueira Hanson – Segunda Seção Cível - J. 10.05.2010 - Unânime).

Portanto, rejeita-se o afastamento do Governador e do Secretário Estadual no caso em apreço.

Da incompetência do Órgão Especial.

O Ministério Público, em seu parecer, opina pela remessa dos autos para uma das Seções Cíveis, em razão da incompetência do Órgão Especial.

Quanto à alegada incompetência do Órgão Especial deste Sodalício, verifica-se que, diante da aplicação da teoria da encampação descrita acima, o Estado de Mato Grosso do Sul, por seu Governador, juntamente com o Secretário Estadual de Justiça e Segurança Pública, passou a deter legitimidade passiva ad causam. Portanto, por força do art. 136, I, “b”, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul¹, deve o feito realmente ser julgado pelo Órgão Especial.

Assim, rejeito a preliminar de incompetência deste Órgão Especial.

Mérito

Sustenta o impetrante que tanto a custódia de presos quanto a manutenção de visitas não são incumbências legais da polícia civil, portanto, seria ilegal o ato praticado pelos impetrantes.

Entretanto, a ordem é de ser denegada.

A Constituição Federal, no art. 144, IV², dispõe que a segurança pública é dever do estado, direito e responsabilidade de todos, dentre eles da polícia civil.

A Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul (Lei Complementar Estadual n. 114/05) estabelece, de igual modo, que cabe ainda à polícia civil a preservação da ordem e segurança

1 Art. 136. Compete ao Órgão Especial, por delegação do Tribunal Pleno:

I - processar e julgar originariamente:

b) os mandados de segurança contra os atos do Governador do Estado, dos Presidentes das Mesas da Assembléia Legislativa e do Tribunal de Contas, do Presidente do Tribunal de Justiça, seus membros no Órgão Especial e nas Seções, do Presidente do Conselho Superior da Magistratura e do Corregedor-Geral de Justiça;

2 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, bem como concorrer na execução de outras políticas de defesa social³.

Muito embora não conste expressamente que a custódia e manutenção de presos sejam incumbências da polícia civil, observa-se que cabe à ela a preservação da ordem e segurança pública.

Com efeito, tendo em vista que o interesse coletivo deve prevalecer sobre o interesse de determinada classe, a polícia civil tem o dever de continuar a fazer a custódia e manutenção de presos, pois não há falar em função estranha às suas incumbências.

De outro norte, o risco para a segurança pública e incolumidade das pessoas é evidente, caso venha a exonerar-se a polícia civil de tal incumbência, considerando que reinaria sobre a própria coletividade o caos de insegurança.

Não é outro o entendimento desta Corte. Veja-se:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – POLÍCIA CIVIL – CUSTÓDIA DE PRESOS – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DEVER FUNCIONAL – RISCO À SEGURANÇA PÚBLICA – PRESERVAÇÃO DO INTERESSE COLETIVO – PROVIDO.

Apesar de a custódia de presos não estar alinhada especificamente às funções dos policiais civis, ainda assim não lhe é totalmente estranha e restando constatada que seu não desempenho acarretaria risco à sociedade, deve prevalecer a supremacia do interesse coletivo sobre o interesse de um grupo restrito.” (TJMS -Segunda Turma Cível - Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.020115-9/0000-00 - Corumbá. Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini. J. 22.9.2009).

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA AJUIZADA EM FACE DO ESTADO – POLICIAIS CIVIS – IMPOSIÇÃO DE DEVER FUNCIONAL DE CUSTÓDIA DE PRESOS PELA POLÍCIA CIVIL – POSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Se a Administração deliberou pela custódia de presos por parte dos policiais civis, estes não podem, mesmo sob o fundamento de que tal função não está prevista para o cargo que ocupam, deixar de prestar o serviço sem que haja designação de outros servidores para desempenhá-lo.

O atendimento da pretensão, da forma como requerida, implicaria prestigiar o interesse de determinado grupo (alguns policiais civis) em detrimento da própria coletividade, cuja segurança estaria ameaçada, no momento em que a falta de servidores para procederem à guarda dos presos poderia gerar rebeliões, fugas, enfim, prejuízo social, que sempre deve ser evitado. Além disso, implicaria ingerência do Poder Judiciário em questões que envolvem atos de gestão que ficam a cargo exclusivo do Poder Executivo.” (TJMS - Primeira Turma Cível - Apelação Cível - Ordinário - N. 2007.032590-3/0000-00 - Itaquiraí. Relator Designado - Exmo. Sr. Des. João Maria Lós. J. 10.3.2009).

“EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINARES DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE (AVENTADA EM CONTRARRAZÕES), FALTA DE LEGITIMIDADE PROCESSUAL E AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL (AVENTADAS EM

3 Art. 1º A Polícia Civil, instituição permanente do Poder Público Estadual, essencial à defesa do Estado e do povo, incumbe, com exclusividade, ressalvada a competência da União, o exercício das funções de polícia judiciária, a investigação e apuração, no território do Estado de Mato Grosso do Sul, das infrações penais, exceto as militares, cabendo-lhe ainda a preservação da ordem e segurança pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, bem como concorrer na execução de outras políticas de defesa social.

RAZÕES DO APELO) – REJEITADAS – MÉRITO – CUSTÓDIA DE PRESOS POR POLICIAIS CIVIS EM DELEGACIAS ESTADUAIS – DEVER – ATIVIDADE QUE NÃO É ESTRANHA À FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO POLICIAL CIVIL – PREVALÊNCIA DO INTERESSE COLETIVO SOBRE O INDIVIDUAL – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSIDADE – SENTENÇA REFORMADA – RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS.” (TJMS - Quinta Turma Cível - Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.004204-3/0000-00 - Bonito. Relator - Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. J. 26.11.2009).

De consequência, impõe-se a denegação da ordem.

Diante do exposto, por não haver violação a direito líquido e certo do impetrante, de acordo o parecer ministerial, denego a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram as preliminares arguidas, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Josué de Oliveira e Carlos Eduardo Contar e Claudionor Miguel Abss Duarte.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Hildebrando Coelho Neto, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, MS, 12 de março de 2014.

1ª Câmara Cível**Agravo Regimental n. 0056444-26.2012.8.12.0001/50000 - Campo Grande****Relator Des. João Maria Lós**

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA – MORTE – CONDIÇÃO DE BENEFICIÁRIO DO SEGURO CARACTERIZADA – LEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MANTIDOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A lei não exige, para a configuração da legitimidade ativa, a comprovação da qualidade de único beneficiário. Em virtude da existência de solidariedade, qualquer dos herdeiros legal da vítima, tem o direito de exigir a indenização do seguro por inteiro, sendo que o pagamento feito a qualquer deles que responderá perante os demais, se eventualmente existentes, pela parte que cabe a cada um.

Quanto aos honorários advocatícios, mantenho os fixados na sentença, qual seja, 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, visto que dentro dos parâmetros do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 28 de janeiro de 2014.

Des. João Maria Lós – Relator.

RELATÓRIO

Des. João Maria Lós.

Bradesco Visa E Previdência S/A interpõe recurso de Agravo Regimental em face da decisão de fls. 244/248 que, nos autos da Ação de Cobrança Securitária que lhe move Raimundo Henrique Lima, negou seguimento ao recurso de apelação interposto, mantendo a sentença do juiz *a quo* que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo autor, de modo a condenar o requerido ao pagamento de R\$ 74.814,81 (setenta e quatro mil, oitocentos e quatorze reais e oitenta e um centavos), devidamente corrigidos pelo índice IGP-N/FGV e acrescidos de juros de 1% ao mês, ambos contados de sua citação. Por fim, ante a sucumbência mínima do autor, condenou o requerido ao pagamento integral das custas e demais despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios do patrono do requerente, que fixou em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Sustenta, em suas razões de apelação de fls. 190/194, que o autor na ação não é o único herdeiro do *de cujus*, considerando-se a existência de uma companheira, Zilda Ribeiro da Rocha, cuja existência não foi em momento algum mencionada na presente demanda pelo recorrido.

Defende que Zilda é beneficiária da pensão por morte do Sr. Francisco Venâncio (segurado) junto ao INSS, tendo se habilitado nos Autos de Inventário n. 0012219-18.2012.8.12.0001, e postulado em 03/09/2013 pela sua nomeação como inventariante, questão esta de extrema relevância para o fim de verificar que o segurado deixou outra herdeira, além do recorrido.

Assim, requer seja reconhecido que o autor/apelado não é o único herdeiro do segurado, não podendo, portanto, receber a totalidade das indenizações securitárias devidas em razão da sua morte.

Pugna, ainda, para que os honorários sucumbenciais sejam reduzidos, de forma que não ultrapassem a 15% do valor da condenação.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou, não sendo este o entendimento, seja o recurso colocado em mesa para julgamento.

VOTO

Des. João Maria Lós (Relator).

Trata-se de Agravo Regimental interposto(a) por Bradesco Visa E Previdência S/A em face da decisão de fls. 244/248 que, nos autos da Ação de Cobrança Securitária que lhe move Raimundo Henrique Lima, negou seguimento ao recurso de apelação interposto, mantendo a sentença do juiz *a quo* que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo autor, de modo a condenar o requerido ao pagamento de R\$ 74.814,81 (setenta e quatro mil, oitocentos e quatorze reais e oitenta e um centavos), devidamente corrigidos pelo índice IGP-N/FGV e acrescidos de juros de 1% ao mês, ambos contados de sua citação. Por fim, ante a sucumbência mínima do autor, condenou o requerido ao pagamento integral das custas e demais despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios do patrono do requerente, que fixou em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Sustenta, em suas razões de apelação de fls. 190/194, que o autor na ação não é o único herdeiro do *de cujus*, considerando-se a existência de uma companheira, Zilda Ribeiro da Rocha, cuja existência não foi em momento algum mencionada na presente demanda pelo recorrido.

Defende que Zilda é beneficiária da pensão por morte do Sr. Francisco Venâncio (segurado) junto ao INSS, tendo se habilitado nos autos de inventário nº 0012219-18.2012.8.12.0001, e postulado em 03/09/2013 pela sua nomeação como inventariante, questão esta de extrema relevância para o fim de verificar que o segurado deixou outra herdeira, além do recorrido.

Assim, requer seja reconhecido que o autor/apelado não é o único herdeiro do segurado, não podendo, portanto, receber a totalidade das indenizações securitárias devidas em razão da sua morte.

Pugna, ainda, para que os honorários sucumbenciais sejam reduzidos, de forma que não ultrapassem a 15% do valor da condenação.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou, não sendo este o entendimento, seja o recurso colocado em mesa para julgamento.

É a síntese do necessário. Passo à análise.

Através do presente recurso a parte agravante não apresentou razões diversas, senão àquelas expostas nas razões do recurso de apelação. Portanto, as razões aduzidas pelo agravante são insuficientes a ensejar a reconsideração da decisão agravada.

Assim, reporto-me aos mesmos fundamentos que culminaram no indeferimento do recurso de apelação, adotando-os como razões de decidir:

“ O presente recurso revela-se manifestamente improcedente, razão pela qual passo a analisá-lo por decisão monocrática, na forma caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, visando à instrumentalidade, celeridade e economia processuais, e em especial em atendimento à garantia fundamental da duração razoável do processo, inserido pela EC nº 45/04 no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Verifico que a apelante insurge-se contra a sentença que reconheceu ser o autor o beneficiário do seguro de vida em razão da morte de seu filho em um acidente de trabalho.

A recorrente afirma que o recorrido não comprovou sua qualidade de único herdeiro da vítima do acidente.

Conforme consignado pelo douto magistrado na sentença de primeiro grau: “ (...) não deve prosperar a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo REQUERIDO em memoriais, posto que, em consulta realizada por este magistrado junto ao SAJ, verificou-se a existência de sentença prolatada nos autos n.º 0812691 -49.2013.8.12.0001, em trâmite perante a 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos desta capital, na qual o pedido foi julgado procedente para retificar a certidão de óbito do falecido, passando a constar que ele não deixou filhos. “ (f. 184).

Assim, resta assente que a vítima do acidente não possuía cônjuge e descendentes, de maneira que seu ascendente faz jus ao recebimento da indenização.

Isto porque, nos termos da apólice contratada, no caso de morte, a indenização será paga de acordo com que determina o art. 792 do NCC.

Por sua vez, o art. 792 do NCC diz que:

“Art. 792. Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária.”

Ademais, a lei não exige prova de único herdeiro, devendo a seguradora, caso assim entendesse, provar a existência de outros sucessores ou herdeiros. Contudo, isso não aconteceu no caso em apreço, alegando, apenas, a existência de uma ex-companheira que, conforme termo de declaração de fls.241, sequer convivia com o de cujus na data do sinistro.

Da mesma forma não prospera a alegação de que mesmo que o apelado fosse parte legítima para receber a indenização, só faz jus ao recebimento de metade do valor, eis que não há prova nos autos de que o genitor da vítima seja seu único herdeiro.

Com efeito, quando a lei determina o pagamento da indenização aos herdeiros legais, não exige que, em caso de existência de mais de um herdeiro, todos ajuizem a ação para concessão do benefício em litisconsórcio necessário.

Nesse sentido, eis a disposição do Código Civil sobre a solidariedade dos credores: Art. 267. Cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro.

Observa-se que qualquer herdeiro legal da vítima tem o direito de exigir a indenização do seguro por inteiro, sendo que o pagamento feito a qualquer deles extingue a dívida até o montante da quitação.

Nesse sentido o entendimento do Egrégio tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR E ILEGITIMIDADE ATIVA – AFASTADAS – DPVAT – INDENIZAÇÃO POR MORTE – SALÁRIOS-MÍNIMOS VIGENTES NA DATA DO SINISTRO – CORREÇÃO MONETÁRIA – RECURSO NÃO PROVIDO

Tratando-se de credores solidários perante a seguradora, cada beneficiário pode exigir o cumprimento da prestação por inteiro, respondendo em face dos outros pela parte que lhes caiba.

No caso de ocorrência de óbito em razão de acidente de trânsito, o valor da indenização deve ser fixado com base no salário-mínimo vigente na data do evento danoso, a partir de quando incidirá a correção monetária. (Julgamento: 17/07/2012 Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível Classe: Apelação Cível - Ordinário Relator: Des. Julizar Barbosa Trindade Publicação: 25/07/2012 Nº Diário: 2696).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – DPVAT – ÓBITO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA – AUSÊNCIA DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA – NEXO DE CAUSALIDADE – ATESTADO DE ÓBITO – CORREÇÃO MONETÁRIA – EVENTO DANOSO – RECURSO IMPROVIDO

Afasta-se à alegação de ilegitimidade da recorrida em figurar no pólo ativo da presente ação, quando os documentos juntados nos autos não deixam dúvidas de que ela é filha e beneficiária do segurado.

Qualquer um dos filhos, na condição de herdeiro legal da vítima, tem o direito de exigir a indenização do seguro obrigatório por inteiro.

Os autores conseguiu cumprir com o ônus da prova que lhe cabia, já que os documentos trazidos aos autos demonstraram que o falecimento do pai dos autores foi através de acidente automobilístico, conforme f. 15 e 20.

Deve a correção monetária incidir a partir do evento danoso. (Julgamento: 15/05/2012 Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível Classe: Apelação Cível - Ordinário Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli Publicação: 23/05/2012 Nº Diário: 2654).

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) POR MORTE – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL QUANTO AO VALOR DOS HONORÁRIOS E TERMO INICIAL DOS JUROS E CORREÇÃO – MÉRITO – ACIDENTE E NEXO CAUSAL COM O ÓBITO – COMPROVADOS – COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE ÚNICO HERDEIRO – DESNECESSÁRIA FRENTE À SOLIDARIEDADE ATIVA DOS CREDITORES – VALOR DA INDENIZAÇÃO CORRETAMENTE FIXADO EM 40 SALÁRIOS-MÍNIMOS – ARGUMENTAÇÕES QUE NÃO INFIRMAM O DECISUM – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I. A lei de regência do seguro obrigatório não prevê como indispensável para o pagamento da indenização a apresentação do boletim de ocorrência, mostrando-se suficiente a simples prova do acidente e do dano decorrente.

II. Diante da solidariedade ativa existente entre os credores do seguro DPVAT, qualquer um dos herdeiros legais, na falta do cônjuge sobrevivente, tem o direito de exigir a indenização do seguro obrigatório por inteiro.

III. É válida a utilização do salário-mínimo como base de cálculo para a fixação da indenização referente ao Seguro Obrigatório (DPVAT). Precedente do STJ.

IV. Restando comprovado nos autos que do acidente de trânsito sobreveio a morte da vítima, é de ser condenada a seguradora no pagamento do montante integral do seguro obrigatório, no valor de 40 salários-mínimos em favor da beneficiária.

V. Não havendo nenhum fato novo que importasse na mudança de convencimento do relator, é de ser mantida a decisão agravada, pelos seus próprios fundamentos.

(Julgamento: 19/04/2011 Órgão Julgador: 3ª Turma Cível Classe: Agravo Regimental em Apelação Cível - Sumário Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson Publicação: 26/04/2011 Nº Diário: 2408).

Assim, ainda que não constasse nos autos a comprovação de que o apelado é o único herdeiro deixado pelo de cujus, remanesceria o seu direito de pleitear o valor integral da indenização devida pela morte daquele, levando-se em consideração que os beneficiários do seguro são credores solidários, podendo a referida indenização ser paga, em sua integralidade, para qualquer um deles, que responderá perante os demais pela parte que cabe a cada um.

Tendo ocorrido o evento morte, a indenização há de ser integral, tal como deliberado na sentença, razão pela qual não há reparos a serem feitos na decisão.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, mantenho os fixados na sentença, qual seja, 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, visto que dentro dos parâmetros do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Por tais razões, com fundamento no caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.” (fls 244/248).

Tomando conhecimento da súplica do agravante, tive oportunidade de novamente analisar as questões postas anteriormente no recurso de apelação, porém, não me convenci das razões deste regimental.

Vale dizer, que a vítima do acidente não possuía cônjuge e descendentes, de maneira que seu ascendente faz jus ao recebimento da indenização. Ademais, a lei não exige prova de único herdeiro, devendo a seguradora, caso assim entendesse, provar a existência de outros sucessores ou herdeiros. Contudo, isso não aconteceu no caso em apreço, alegando, apenas, a existência de uma ex-companheira que, conforme termo de declaração de fls.241, sequer convivia com o *de cujus* na data do sinistro.

Por consequência, tendo ocorrido o evento morte, a indenização há de ser integral, tal como deliberado na sentença, razão pela qual não há reparos a serem feitos na decisão.

Isso porque, como visto, tenho manifestando entendimento no sentido de que ainda que não constasse nos autos a comprovação de que o apelado é o único herdeiro deixado pelo *de cujus*, remanesceria o seu direito de pleitear o valor integral da indenização devida pela morte daquele, levando-se em consideração que os beneficiários do seguro são credores solidários, podendo a referida indenização ser paga, em sua integralidade, para qualquer um deles, que responderá perante os demais pela parte que cabe a cada um.

Assim, como o agravante não acresceu nada a este recurso, de modo que pudesse haver a retratação da decisão monocrática, não se visualiza razão para alterá-la, mormente porque não trouxe o recorrente nenhuma prova ou fato novo que pudesse ilidir a argumentação expendida na decisão guerreada, razão porque mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, conheço do presente recurso de agravo regimental, contudo, 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. Hildebrando Coelho Neto.

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, MS, 28 de janeiro de 2014.

1ª Câmara Cível**Agravo Regimental n. 4010393-52.2013.8.12.0000/50000 - Aparecida do Taboado**
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – LIMITES DA COMPETÊNCIA DA SENTENÇA – EFICÁCIA ERGA OMNES E ABRANGÊNCIA NACIONAL - REGIMENTAL QUE NÃO APRESENTA RAZÕES DIVERSAS DAS JÁ MENCIONADAS NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MANTIDA.

1.1. “A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC). REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011)” (grifei).

Decisão em consonância ao entendimento pacífico da Corte Superior de nosso país.

Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 18 de março de 2014.

Des. João Maria Lós – Relator.

RELATÓRIO

Des. João Maria Lós.

Banco Do Brasil S/A interpõe recurso de Agravo Regimental em face da decisão que, nos autos da ação civil pública de cobrança de expurgos inflacionários que lhe promovem Eni Barbosa, Maria Venina Barboza Loli, Maria Adriana Barboza, Waldemar Barbosa Filho, em que este Relator negou provimento ao agravo de instrumento e manteve a decisão singular em que o magistrado rejeitou a exceção oposta pela instituição financeira, ora agravante, declarando estar operado o trânsito em julgado da decisão que conferiu efeito *erga omnes* à condenação imposta ao Banco do Brasil S/A, não podendo portanto, se admitir que ocorra a limitação destes efeitos para a hipótese do pedido de cumprimento de sentença, sendo certo que o efeito desta sentença é *erga omnes*, operando seus efeitos em todo o território nacional, por conseguinte

possível é a sua execução na comarca do domicílio do autor (Aparecida do Taboado, MS) como é o caso retratado nestes autos.

Sustenta que a decisão deve ser reformada haja vista que ao entendimento adotado por este Relator na decisão objurgada não é unânime, suscitando que a sentença proferida em ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência do órgão prolator da decisão, devendo o juízo de Aparecida do Taboado, MS, onde tramita a ação de cumprimento de sentença ser declarado incompetente, sob pena de ofensa ao Princípio do Juiz Natural, já que a ação civil pública que se discutiu a cobrança de expurgos inflacionários é originária do Distrito Federal.

Alega que *“é fato indiscutível que a sentença executada pelo Agravo foi prolatada na vigência da nova redação do artigo 16, da Lei sob n. 7.347/85 (Lei que disciplina a ação Civil Pública), que submete o comando a produzir seus efeitos exclusivamente nos limites territoriais do Distrito Federal (DF)”*.

Afirma que os efeitos da ação proposta pelo IDEC devem ficar limitados ao Distrito Federal, não podendo o excepto se valer de tal sentença para ajuizar execução na comarca de Aparecida do Taboado, MS.

Requer seja reformada a decisão agravada com o total provimento do agravo de instrumento guerreado, conforme razões expostas.

VOTO

Des. João Maria Lós (Relator).

Trata-se de Agravo Regimental interposto por Banco Do Brasil S/A em face da decisão monocrática que, nos autos da ação civil que promove em face de Eni Barbosa, Maria Venina Barboza Loli, Maria Adriana Barboza, Waldemar Barbosa Filho, negou provimento ao agravo de instrumento e manteve a decisão singular em que o magistrado rejeitou a exceção oposta pela instituição financeira, ora agravante, declarando estar operado o trânsito em julgado da decisão que conferiu efeito *erga omnes* à condenação imposta ao Banco do Brasil S/A, não podendo, portanto, se admitir que ocorra a limitação destes efeitos para a hipótese do pedido de cumprimento de sentença, sendo certo que o efeito desta sentença é *erga omnes*, operando seus efeitos em todo o território nacional, por conseguinte possível é a sua execução na comarca do domicílio do autor (Aparecida do Taboado, MS) como é o caso retratado nestes autos.

Sustenta que a decisão deve ser reformada haja vista que ao entendimento adotado por este Relator na decisão objurgada não é unânime, suscitando que a sentença proferida em ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência do órgão prolator da decisão, devendo o juízo de Aparecida do Taboado, MS, onde tramita a ação de cumprimento de sentença ser declarado incompetente, sob pena de ofensa ao Princípio do Juiz Natural, já que a ação civil pública que se discutiu a cobrança de expurgos inflacionários é originária do Distrito Federal.

Alega que *“é fato indiscutível que a sentença executada pelo Agravo foi prolatada na vigência da nova redação do artigo 16, da Lei sob n° 7.347/85 (Lei que disciplina a ação Civil Pública), que submete o comando a produzir seus efeitos exclusivamente nos limites territoriais do Distrito Federal (DF)”*.

Afirma que os efeitos da ação proposta pelo IDEC devem ficar limitados ao Distrito Federal, não podendo o excepto se valer de tal sentença para ajuizar execução na comarca de Aparecida do Taboado, MS.

Requer seja reformada a decisão agravada com o total provimento do agravo de instrumento guerreado, conforme razões expostas.

É o relatório. Decido.

Trata-se de agravo regimental em agravo de instrumento interposto por BANCO DO BRASIL S/A contra decisão que negou seguimento ao Agravo de Instrumento, nos autos da ação civil pública de cobrança de expurgos inflacionários.

Analisando novamente as questões trazidas pela parte agravante, as quais são as mesmas expostas em sede de agravo de instrumento, tenho que estas razões são insuficientes para ensejar a reconsideração da decisão, razão pela qual reporto-me aos mesmos fundamentos que culminaram no indeferimento do agravo de instrumento, adotando-os como razões de decidir, *in verbis*:

“O presente recurso revela-se manifestamente admissível, razão pela qual passo a analisá-lo por decisão monocrática, na forma caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, visando à instrumentalidade, celeridade e economia processuais, e em especial em atendimento à garantia fundamental da duração razoável do processo, inserido pela EC n. 45/04 no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Do pedido de Suspensão/Sobrestamento do processo – reconhecimento de repercussão geral pelo STF

Impende consignar que determinei o sobrestamento de outros recursos sobre a mesma matéria, em respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas liminarmente nos Recursos Extraordinários nsº 561.797 e 626.307 e no Agravo de Instrumento nº 754.745.

Note-se que nos dois primeiros recursos, o Relator, Ministro Dias Toffoli, determinou a suspensão de todos os feitos em grau de recurso até julgamento final da controvérsia atinente aos expurgos inflacionários advindos dos planos econômicos Bresser, Verão e Collor I.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, relator do Agravo de Instrumento nº 754.745, determinou a suspensão de qualquer julgamento de mérito nos processos alusivos à correção monetária de poupança em decorrência do Plano Collor II, fixando, no entanto, prazo de 180 dias de eficácia da ordem judicial.

Consoante relatado, este processo se refere aos expurgos inflacionários verificados nos planos econômicos Collor I e II. No entanto, entendo que o sobrestamento não pode durar indefinidamente.

É certo que a suspensão determinada pelo STF encontra respaldo no artigo 543-B do Código de Processo Civil, que preconiza que “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo” (grifo nosso).

Ao passo que o Regimento Interno do Pretório Excelso reza que:

***“Art. 238.* Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o (a) Relator (a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e **sobrestar todas as demais causas com questão idêntica**”. (grifo nosso).**

Ocorre que as normas processuais devem ser interpretadas de forma sistemática e os regimentos internos dos tribunais não podem afrontar expressa disposição legal.

Destarte, tenho que a suspensão prevista no citado artigo 328 não pode afrontar o disposto no artigo 265, § 5º, do Código de Processo Civil, que preceitua que o processo pode ser suspenso, quando a sentença de mérito “depende do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objetivo principal de outro processo pendente”, pelo prazo máximo de um ano.

Por outro lado, é sabido que as medidas contidas no artigo 543-B do aludido Codex visam desafogar os Tribunais Superiores de recursos repetitivos e que mesmo julgado este recurso não haverá necessariamente remessa dos autos às Cortes Superiores, posto que ficarão, por conta da repercussão, retidos no órgão de admissibilidade de recursos especial e extraordinário deste Tribunal e inclusive com possibilidade de retorno a este órgão, se for o caso, para reexame, em caso de entendimentos divergentes.

Logo, considerando que as decisões proferidas nos Recursos Extraordinários 591.797 e 626.3087 (Planos Bresser, Verão e Collor I) deram-se há mais de um ano e tendo em vista ainda o disposto no § 5º do artigo 267 da Lei Instrumental Civil, as metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça, e, finalmente, que não consta qualquer outro pronunciamento da Suprema Corte a respeito, o prosseguimento do presente recurso é medida de rigor e de Justiça.

- Da competência do juízo para processar o cumprimento de sentença decorrente de ação civil pública (expurgos inflacionários)

A controvérsia central diz respeito ao foro competente para a execução individual de sentença proferida em sede de ação civil pública, entendendo o agravante que a coisa julgada tem validade e eficácia limitada à jurisdição do Tribunal prolator da sentença e abrange somente as contas poupanças abertas no Distrito Federal, não havendo como permanecer o cumprimento de sentença no juízo da comarca de Aparecida do Taboado, MS.

Sobre este impasse, o Superior Tribunal de Justiça já solucionou o debate acerca do tema sob análise.

Durante o julgamento do Recurso Especial n. 1.243.887, selecionado para o procedimento de recurso repetitivo, a Corte Especial do STJ decidiu, por maioria de seus membros, que “a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)”.

Para melhor ilustrar, reproduzo a ementa do julgado:

“DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO OMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos

limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC). 1.2. *A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97. 2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.*” (REsp. n. 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011) (grifei).

Segundo o Ministro Luis Felipe Salomão, Relator do julgado, vincular o foro da liquidação ou execução individual ao juízo no qual foi proferida a sentença coletiva, não parece ser a solução mais consentânea com o sistema do Código de Defesa do Consumidor, o qual, como é de conhecimento cursivo, aplica-se também a ações civis públicas de natureza não consumerista. Veja-se que este entendimento é posterior ao fundamento adotado nas jurisprudências anexadas ao presente recurso pela instituição financeira.

Em caso análogo, este Tribunal decidiu o seguinte:

“APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IDEC – COMPETÊNCIA TERRITORIAL – EFICÁCIA ERGA OMNES E ABRANGÊNCIA NACIONAL – SENTENÇA INSUBSISTENTE – RECURSO PROVIDO. 1. O pedido de cumprimento de sentença pode ser interposto no domicílio do consumidor, ainda que distinto do foro da ação coletiva, considerando a eficácia erga omnes e abrangência no âmbito nacional atribuída pela sentença. 2. Assim, a fase de cumprimento de sentença pode ser processada no foro do domicílio do credor, pois, caso contrário, haveria violação ao princípio de proteção ao consumidor, o qual é hipossuficiente na relação consumerista, bem como à abrangência nacional da sentença coletiva.” (Apelação Cível n. 2011.032986-3 - Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j. 31.1.2012).

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFERIDA EM OUTRO ESTADO-FEDERADO NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COBRANÇA DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS RELATIVOS AO PLANO VERÃO – FACULDADE DO CONSUMIDOR – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE CAMPO GRANDE – PACIFICAÇÃO DA MATÉRIA PELO STJ EM JULGAMENTO REALIZADO PELA CORTE ESPECIAL EM RECURSO REPETITIVO – ARGUMENTAÇÕES QUE NÃO INFIRMAM O DECISUM – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I - Pode o consumidor ajuizar a liquidação/execução individual de sentença proferida em ação civil pública no foro do seu próprio domicílio, e não se há falar em limites territoriais da coisa julgada, como argumenta o recorrente, uma vez que os efeitos e a eficácia do julgado não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo.

II - Não havendo nenhum fato novo que importasse na mudança de convencimento do relator, é de ser mantida a decisão agravada, pelos seus próprios fundamentos.” (Agravo Regimental em Agravo - N. 2012.019043-0/0001-00; Des. Marco André Nogueira Hanson; Terceira Câmara Cível; Julgamento: 24/07/2012). (grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO. NÃO CONHECIMENTO DE ALEGAÇÕES TRAZIDAS TÃO SOMENTE NO REGIMENTAL. EXCEÇÃO DE PRÉ

EXECUTIVIDADE. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. LIMITE TERRITORIAL DOS EFEITOS DA SENTENÇA. AFASTADO. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, NÃO PROVIDO.

Não devem ser conhecidas alegações trazidas tão somente no agravo regimental por configurarem evidente inovação recursal.

Ao apreciar o Recurso Especial n.1.243.887-PR, julgado sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil (recurso repetitivo), a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, pondo fim a controvérsia anteriormente existente, definiu que os efeitos da sentença proferida em ação civil pública não estão limitados à competência territorial do órgão prolator e, ainda, que o cumprimento da referida sentença pode ser ajuizado no foro do domicílio do beneficiário.

Assim, é possível o ajuizamento, nas comarcas deste Estado, de cumprimento de sentença proferida por juízo de outra unidade da federação quando esta tiver decidido a questão com abrangência nacional.” (Agravo Regimental em Agravo - N. 2012.014100-4/0001-00; Des. Sérgio Fernandes Martins; Primeira Câmara Cível; Julgamento: 18/07/2012).

*Sem maiores delongas ao caso, visto tratar de entendimento pacífico nesta Corte de Justiça bem como na Corte Superior de nosso país, com fundamento no caput do artigo 557, do Código de Processo Civil, **nego provimento ao recurso, mantendo-se a decisão guerreada”.***

Frisa-se que as decisões trazidas pela instituição financeira sobre o foro competente para cumprir decisões oriundas de ação civil pública são anteriores à qual fora baseada a presente decisão, sendo que a decisão guerreada encontra-se fundada em orientação jurisprudencial da Corte Superior de nosso país.

Com efeito, não vislumbrando razões para modificar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a com supedâneo no não preenchimento dos requisitos cumulativos exigidos para a concessão do direito invocado.

Em razão do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

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, MS, 18 de março de 2014.

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 0605286-80.2012.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO POR INVALIDEZ - PAGAMENTO DOS PROVENTOS CONDICIONADOS À APRESENTAÇÃO DE TERMO DE CURATELA - EXIGÊNCIA DESARRAZOADA - ORDEM CONCEDIDA.

Nada obstante a existência da previsão legal contida no artigo 37 do Regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul, a exigência de termo de curatela não se mostra razoável enquanto não for decretada a interdição do impetrante, pela via judicial e procedimento adequado, que deverá ser proposta a quem de direito compete, ou seja, familiares do impetrante ou Ministério Público.

Não pode a Administração Pública condicionar o pagamento dos proventos devidos a este à sua interdição, tendo em vista que até prova em contrário, a sua incapacidade é apenas para a realização da atividade laborativa que desempenhava anteriormente e não para a prática dos atos da vida civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, contra o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 26 de fevereiro de 2014.

Des. João Maria Lós – Relator.

RELATÓRIO

Des. João Maria Lós.

Marcos Alves De Freitas interpõe Mandado de Segurança em face do ato praticado nos autos do Processo Administrativo n. 161.152.0025/2012 pelo Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, em que a primeira autoridade determinou que os depósitos dos proventos de aposentadoria do servidor aposentado por invalidez sejam efetuados na conta única, até que lhe seja nomeado curador.

Sustenta que está sendo privado de receber seus proventos de aposentadoria, afrontando o art. 7º X, da CF, já que a autoridade coatora condicionou o pagamento de seus proventos à nomeação de curador especial, determinando o depósito na Conta única desta Eg. Corte.

Aduz que está sendo privado de receber a sua única fonte de receita com base em uma recomendação da Junta Médica, que consta na parte conclusiva do Boletim de Inspeção Médica - BIM, a qual sugere a necessidade de curatela.

Pugna pela confirmação da liminar e concessão definitiva da segurança a fim de suspender a necessidade de apresentar curador para fins de recebimento de seus proventos diretamente.

O pedido de liminar foi deferido às fls 15-18.

A autoridade apontada como coatora apresentou informações às f. 23-39, sustentando a legalidade do ato guerreado, com fulcro no art. 37 da Lei nº 3.150, de 22 de dezembro de 2005, pugnando pela denegação da segurança ante a inexistência de ilegalidade a ferir direito líquido e certo do impetrante.

A d. PGJ, em parecer de fls. 55/63, opinou pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Trata-se de Mandado de Segurança interposto(a) por Marcos Alves De Freitas Marcos Alves De Freitas interpõe mandado de segurança em face do ato praticado nos autos do Processo Administrativo n. 161.152.0025/2012 pelo Exmo. Sr. Presidente Do Tribunal De Justiça Do Estado De Mato Grosso Do Sul E Estado De Mato Grosso Do Sul, em que a primeira autoridade determinou que os depósitos dos proventos de aposentadoria do servidor aposentado por invalidez sejam efetuados na conta única, até que lhe seja nomeado curador.

Sustenta que está sendo privado de receber seus proventos de aposentadoria, afrontando o art. 7º X, da CF, já que a autoridade coatora condicionou o pagamento de seus proventos à nomeação de curador especial, determinando o depósito na Conta Única desta Eg. Corte.

Aduz que está sendo privado de receber a sua única fonte de receita com base em uma recomendação da Junta Médica, que consta na parte conclusiva do Boletim de Inspeção Médica - BIM, a qual sugere a necessidade de curatela.

Pugna pela confirmação da liminar e concessão definitiva da segurança a fim de suspender a necessidade de apresentar curador para fins de recebimento de seus proventos diretamente.

O pedido de liminar foi deferido às fls. 15-18.

A autoridade apontada como coatora apresentou informações às f. 23-39, sustentando a legalidade do ato guerreado, com fulcro no art. 37 da Lei nº 3.150, de 22 de dezembro de 2005, pugnando pela denegação da segurança ante a inexistência de ilegalidade a ferir direito líquido e certo do impetrante.

A d. PGJ, em parecer de fls. 55/63, opinou pela concessão da segurança.

Pois bem.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Marcos Alves de Freitas contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, o qual, embasando-se no artigo 37 do Regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul, condicionou o pagamento dos proventos de aposentadoria do impetrante à apresentação de termo de curatela, tendo em vista que o mesmo foi aposentado por invalidez.

Entendo que, em que pese a previsão legal do artigo 37 do Regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul, no caso não se mostra razoável a exigência de termo de curatela, pois

a incapacidade reconhecida no âmbito administrativo restringe-se apenas às atividades laborais que o impetrante desempenhava e não para a prática de atos da vida civil.

Portanto, enquanto não for decretada a interdição do impetrante, pela via judicial e procedimento adequado, que deverá ser proposta a quem de direito compete, ou seja, familiares da apelada ou Ministério Público, não poderá a Administração Pública condicionar o pagamento dos proventos devidos a este à sua interdição, tendo em vista que até prova em contrário, a sua incapacidade é apenas para a realização da atividade laborativa que desempenhava anteriormente e não para a prática dos atos da vida civil.

Nesse sentido, veja-se, respectivamente, os seguintes precedentes desta Corte e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA – REJEITADA – APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – SUSPENSÃO DOS VENCIMENTOS CONDICIONADO À SUBMISSÃO DE PROCEDIMENTO DE CURATELA – VEDAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

*Não se justifica, no caso, o condicionamento do pagamento do benefício à apresentação do termo de curatela, porque os distúrbios psicológicos que acarretaram sua invalidez laboral permanente não implicaram a perda da sua capacidade de praticar os atos da vida civil.*¹

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. APOSENTADORIA. CURATELA. Não se justifica, no caso, o condicionamento do pagamento do benefício à apresentação do termo de curatela, porque os distúrbios psicológicos que acarretaram sua invalidez laboral permanente não implicaram a perda da sua capacidade de praticar os atos da vida civil. NEGADO SEGUIMENTO.*²

Importante destacar que já analisei em tema idêntico ao caso em apreço onde meu voto foi vencido pela maioria presente do Órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça, conforme ementa dos autos de Mandado de Segurança n. 2010.027750-9, *in verbis*:

“MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO POR INVALIDEZ. PAGAMENTO DOS PROVENTOS CONDICIONADOS À APRESENTAÇÃO DE TERMO DE CURATELA. DESRAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

Nada obstante a existência da previsão legal contida no artigo 37 do Regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul, a exigência de termo de curatela não se mostra razoável quando os familiares e o Ministério Público, únicos legitimados para requerer a medida, recusam-se expressamente a ajuizar a ação própria, por entenderem que o servidor público, embora aposentado por invalidez, possui capacidade para a prática de atos da vida civil.” (TJ/MS, Órgão Especial, Mandado de Segurança - N. 2010.027750-9/0000-00 - Capital. Relator Designado - Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins) (grifei).

1 Terceira Turma Cível, Apelação Cível - Lei Especial - N. 2011.031561-3/0000-00 - Ponta Porã. Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. Em 6.12.2011.

2 Agravo de Instrumento Nº 70025708157, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 13/08/2008

Ante o exposto, confirmo a liminar concedida às fls 15-18 e concedo a segurança para que seja afastada a apresentação de termo de curatela como condição para o recebimento dos proventos do impetrante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E, CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Atapoã da Costa Feliz, Des. Hildebrando Coelho Neto, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, MS, 26 de fevereiro de 2014.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0801170-86.2013.8.12.0008 – Corumbá
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – PRETENSÃO DE ANOTAR A EXISTÊNCIA DE BENS A INVENTARIAR NA CERTIDÃO DE ÓBITO – AFORAMENTO OU ENFITEUSE DE BEM DE PROPRIEDADE DO MUNICÍPIO – POSSIBILIDADE DE ANOTAÇÃO, A TÍTULO DE DOMÍNIO ÚTIL DO ENFITEUTA – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

Os bens enfitêuticos têm natureza jurídica de direito real e se transmitem por herança, sendo passíveis de constar nos assentos da certidão de óbito na categoria de “bens a inventariar”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 14 de janeiro de 2014.

Des. Josué de Oliveira – Relator.

RELATÓRIO

Des. Josué de Oliveira.

Márcia do Nascimento Bezerra, qualificada nos autos da Ação de Retificação de Registro Civil, em trâmite pela Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Corumbá-MS, apela da sentença proferida pelo juízo de primeira instância que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, para que fosse retificada a certidão de óbito da genitora da requerente, Marilsa Pereira De Nascimento, em cujo assento constou que falecida “*não deixou bens*”.

Alega, em síntese, que a sentença merece reforma, porque: 1) não obedeceu à legislação vigente (artigos 1.227 e 1.245 do Código Civil), principalmente no tocante à transferência de um imóvel; 2) a mãe da apelante adquiriu a propriedade do imóvel e não o seu domínio útil, à época (1996), devendo ser descaracterizada a hipótese de enfiteuse ou aforamento; 3) a maioria dos terrenos da Comarca de Corumbá pertenciam à Prefeitura Municipal, a qual doava aos seus habitantes lotes de terras mediante aforamento, transformando-os, por conseguinte, em título definitivo de propriedade; 4) embora no título de transmissão tenha constado a palavra “*aforamento*”, com este não se confunde, tendo a falecida adquirido a propriedade do bem; 5) a partir do momento em que o imóvel foi definitivamente transferido para a mãe da apelante, por meio de título de aforamento, ele perde a condição de bem público; 6) em virtude da existência de débitos fiscais pendentes, a Prefeitura Municipal de Corumbá arrestou o imóvel em garantia do pagamento da dívida, circunstância que evidencia que o Município não é o senhorio direto do bem.

Menciona, em abono de sua tese, precedente jurisprudencial expresso na Apelação Cível n. 2003.004869-3, salientando que deve ser acolhido o pedido de retificação do registro, a fim de constar na certidão de óbito a observação de que a falecida deixou bens imóveis.

Prequestiona ofensa ao art. 5º, incisos XXXV e LIV, da Constituição Federal, culminando com o pedido de provimento do recurso, com a reforma da sentença, a fim de ser retificado o registro de óbito de MARILSA PEREIRA DO NASCIMENTO, de forma que passe a constar no campo “Observações”, que “deixou bens a inventariar”.

A Defensoria Pública Cível de 2ª Instância pronunciou-se nos autos, ratificando as razões de fls. 21/24 e requerendo a manifestação desta Corte sobre o disposto no art. 109 da Lei n. 6.015/73, para fins de prequestionamento e abertura das vias recursais às instâncias superiores.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

Des. Josué de Oliveira (Relator).

A recorrente pretende a retificação do registro de óbito de sua genitora, falecida em 21 de fevereiro de 2013, para que, no campo onde se registrou “*não deixou bens*”, passe a constar que “*deixou bens a inventariar*”, porquanto há, no Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da Comarca de Corumbá, o registro da existência de um lote de terreno urbano, medindo 585,64m², em nome da falecida, identificado pela Matrícula n. 19.891, ficha 1.

O juiz da causa julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que a genitora da requerente “*deixou somente **direitos reais** sobre um imóvel recebido a título de aforamento*” (grifei), instituto previsto no art. 678 do Código Civil de 1916, e que “*o real proprietário continua sendo o senhorio direto, sendo este, de acordo com o documento de fl. 9/11 (matrícula imobiliária n. 19.891) o Município de Corumbá*” (f. 17 TJ/MS).

O recurso merece parcial provimento.

Analisando-se a matrícula de f. 9 TJ/MS, expedida pelo Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da Comarca de Corumbá, verifica-se que realmente consta no referido documento, no registro n. 1, as seguintes inscrições: “*R. 01 – 19.891. TRANSMITENTE: Prefeitura Municipal de Corumbá. ADQUIRENTE: Marilza Pereira de Nascimento (...). TÍTULO: Aforamento.*” (Destaquei).

Portanto, o imóvel é de propriedade do senhorio direto, no caso, o Município de Corumbá-MS, e não do espólio, que, no entanto, conserva o direito de usar, fruir e dispor do bem aforado, dentro dos limites da lei.

O aforamento, na dicção do art. 678 do Código Civil de 1916, é um instituto do Direito Civil, por meio do qual o proprietário atribui a outrem, de forma perpétua, o “*domínio útil*” ou “*domínio foreiro*” do imóvel, em que o foreiro ou enfiteuta paga ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável.

Extraí-se do magistério de R. Limongi França o seguinte escólio:

“Na enfiteuse, há o desmembramento da propriedade (domínio) em dois domínios: o direto e o útil.”

Domínio direto é o que permanece no patrimônio do proprietário de origem, de cujo bem se desmembrou a enfiteuse.

Domínio útil é o que concerne ao titular da enfiteuse. Diz-se também domínio, devido à larga extensão dos direitos que abrange, inclusive o da perpetuidade.

O proprietário de origem passa a chamar-se senhorio direto, simplesmente senhorio, ou (...) nu-proprietário.”¹

Ao tratar dos direitos reais, o doutrinador ORLANDO GOMES ressalta:

“Declarando que se dá enfiteuse quando o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, o Código Civil deixa claro que o proprietário é o senhorio direto. Ora, se proprietário é, proprietário não pode ser o enfiteuta, porque a propriedade é um direito exclusivo.”²

Como se sabe, o referido instituto, que já estava praticamente em desuso no Brasil, foi definitivamente extinto do ordenamento jurídico pátrio pelo Código Civil de 2002, salvo os aforamentos ainda existentes, nos termos do seu art. 2.038, a saber:

“Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores.

§ 1º Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso:

I – cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações;

II – constituir subenfiteuse.

§ 2º A enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial.” (Grifei).

Portanto, as enfiteuses existentes continuam vigorando, até sua extinção definitiva, sob o pálio do Código Civil de 1916, cujo art. 681 dispõe:

“Art. 681. Os bens enfitêuticos transmitem-se por herança na mesma ordem estabelecida a respeito dos alodiais [bens não sujeitos a enfiteuse] neste Código, arts. 1.603 a 1.619; mas, não podem ser divididos em glebas sem o consentimento do senhorio”. (Realcei).

Se há arresto sobre o bem, ele recai sobre o domínio útil e não sobre o domínio direto, que já pertence ao senhorio ou proprietário. Assim, a circunstância de o imóvel ter sido arrestado, por força da execução dos impostos, aos quais o enfiteuta está sujeito, nos termos do art. 682 do CC/1916, não tem o condão de extinguir, automaticamente, a enfiteuse.

Por outro lado, não há provas nos autos de que o Município tenha doado o imóvel para a genitora da recorrente, ou que tenha havido resgate do referido bem, o que é uma faculdade que a enfiteuta teria de adquirir para si a propriedade do bem objeto da enfiteuse.

¹ FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 515.

² GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 305.

Com efeito, a enfiteuse reveste a natureza jurídica de “direito real em coisa alheia”, que é “o direito subjetivo de ter como seus objetos materiais ou coisas corpóreas ou incorpóreas (Goffredo Telles Jr.)”³.

Tal direito real, portanto, é um “bem” em si, ou seja, é “uma coisa material ou imaterial que tem valor econômico e pode servir de objeto a uma relação jurídica”, tanto que está dito, no art. 681 do CC/1916, que “os bens enfiteúticos transmitem-se por herança”..⁴ Sublinhei.

Portanto, sob esse ponto de vista, o bem imóvel aforado igualmente constitui um “bem” sujeito à sucessão, razão pela qual a certidão de óbito contém equívoco quando registra que a falecida não deixou bens a inventariar.

Por tudo isso, restam supridos os dispositivos legais prequestionados pela recorrente, afastando-se, por impertinente à espécie fática, o precedente jurisprudencial mencionado nas razões recursais.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para que, no campo da certidão de óbito, conste que a falecida “*deixou bem enfiteútico a inventariar*”, sobre o qual possui domínio útil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram parcial 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, 14 de janeiro de 2014.

3 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 2, p. 176.

4 Idem, ibidem, vol. 1, p. 390.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0801744-12.2013.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REGISTRO TARDIO – NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE A AUTORA NASCEU EM SOLO NACIONAL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Mantém-se o indeferimento de pedido de registro de nascimento tardio se não há nos autos provas suficientes a demonstrar que de fato o nascimento tenha ocorrido em território brasileiro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 4 de fevereiro de 2014.

Des. Josué de Oliveira – Relator.

RELATÓRIO

Des. Josué de Oliveira.

Maria Sônia Oliveira Melgar interpõe apelação cível (p. 57-69) contra a sentença (p. 52-54), proferida nesta Ação de Registro Tardio, proposta na Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá, em que o magistrado de 1º grau julgou improcedente o pedido inicial, sob o fundamento de que não restou demonstrado que a autora realmente tenha nascido em território nacional.

Alega que a sentença deve ser reformada, pois o “*simples fato de apresentar sotaque espanhol não é suficiente para concluir pela nacionalidade boliviana.*” (p. 59).

Acrescenta que as testemunhas confirmaram que seu nascimento ocorreu no Brasil e que apresentou certidão negativa de registro civil de Santa Cruz -Bolívia, razão pela qual estaria comprovada sua nacionalidade brasileira.

Sustenta, ainda, que por força do “*princípio da dignidade da pessoa humana, o registro de nascimento é direito de todos e elemento indispensável para o exercício dos direitos e deveres de cada um, de modo que não podem ser penalizadas as pessoas que, por falta de condições e de acesso não foram registradas em momento oportuno.*” (p. 67).

Por fim, requer o conhecimento e o provimento do recurso, com vistas à reforma da sentença, para que seja deferido o seu registro tardio.

A Defensoria Pública de Segunda Instância tomou ciência do feito, ratificando as razões de apelação (p. 76-80).

A Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e pelo não provimento do recurso (p. 81-86).

VOTO

Des. Josué de Oliveira (Relator).

Colhe-se dos autos que a apelante ingressou em juízo com o intuito de obter seu registro tardio de nascimento, aduzindo, em suma, que nasceu em 20.01.1958, em Corumbá-MS, porém seus genitores deixaram de efetuar o registro junto ao cartório competente.

Após o regular trâmite do processo, o magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido formulado na exordial, sob o fundamento de que não restou demonstrado que a autora realmente tenha nascido em território nacional. Sentença ora combatida.

Sabe-se que o registro de nascimento é exigido por lei e sua finalidade jurídica consiste em reconhecer o indivíduo quanto à sua idade e à sua naturalidade, estabelecendo, também, provas familiares de legitimidade e parentesco.

A Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) prevê, em seu artigo 46, as regras referentes aos registros de nascimento ocorridos após o prazo legal, *in verbis*:

“Art. 46. As declarações de nascimento feitas após o decurso do prazo legal serão registradas no lugar de residência do interessado.

§ 1º O requerimento de registro será assinado por 2 (duas) testemunhas, sob as penas da lei.

§ 3º O oficial do Registro Civil, se suspeitar da falsidade da declaração, poderá exigir prova suficiente.

§ 4º Persistindo a suspeita, o oficial encaminhará os autos ao juízo competente.

§ 5º Se o Juiz não fixar prazo menor, o oficial deverá lavrar o assento dentro em cinco (5) dias, sob pena de pagar multa correspondente a um salário mínimo da região.”

Regulamentando o registro tardio de nascimento, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento n. 28 de 2013, em que restou determinado o seguinte:

“Art. 4º - Se a declaração de nascimento se referir a pessoa que já tenha completado doze anos de idade, as duas testemunhas deverão assinar o requerimento na presença do Oficial, ou de preposto expressamente autorizado, que examinará seus documentos pessoais e certificará a autenticidade de suas firmas, entrevistando-as, assim como entrevistará o registrando e, sendo o caso, seu representante legal, para verificar, ao menos:

a) Se o registrando consegue se expressar no idioma nacional, como brasileiro; (...).” (grifo nosso).

Acerca do tema, Luiz Guilherme Loureiro¹ leciona que:

“O objetivo das entrevistas é conferir maior certeza sobre o evento afirmado (nascimento sem registro) e dificultar possíveis fraudes, por exemplo, a obtenção indevida da nacionalidade brasileira ou a obtenção de dupla nacionalidade.”

¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos : teoria e prática. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2013. Pág. 81.

No caso *sub judice*, apesar de a apelante alegar o contrário, acompanho o juiz *a quo* e os membros dos Ministérios Públicos de 1ª e 2ª instância e considero que não restou demonstrado nos autos que a apelante, de fato, tenha nascido em território nacional.

Isso porque, embora as testemunhas arroladas pela apelante tenham confirmado que esta nasceu em território brasileiro, não souberam precisar a data de seu nascimento, ou mesmo o ano do nascimento. Na verdade, os depoimentos das testemunhas não são muito esclarecedores e até certo momento contraditórios com as alegações feitas pela apelante.

A testemunha João Raimundo Silva afirma ter conhecido a apelante no ano de 1957, embora a apelante tenha declarado seu nascimento como sendo em 20.01.1958. Em seguida, afirma que conheceu a apelante quando esta já devia ter uns 3, 4 anos.

A testemunha Nestor Gomes de Oliveira alega que o nascimento ocorreu na casa da apelante, enquanto que esta afirma que o nascimento se deu na maternidade.

Aliado a essas contradições das testemunhas, estão os fatos de que o pedido foi formulado em região de fronteira e de que a apelante apresenta forte sotaque do idioma espanhol, casou-se na Bolívia e é filha de mãe boliviana, o que nos leva a crer que não tenha nascido em território brasileiro.

Diante disso, havendo fundada dúvida sobre o local e a data de nascimento da apelante, deve ser mantida a improcedência do pedido de registro tardio.

Nesse sentido é o entendimento do STJ e desta Corte:

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL. REGISTRO DE NASCIMENTO TARDIO. INDEFERIMENTO MANTIDO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA NACIONALIDADE DA REQUERENTE. I.- Deve ser mantida a decisão que indeferiu o pedido de registro de nascimento tardio na hipótese em que o juiz, diante do conteúdo fático-probatório dos autos, concluiu pela inexistência de provas de que a requerente nasceu em território brasileiro, principalmente em se tratando de pedido formulado em região de fronteira em que potencialmente mais insegura a situação do local do nascimento, e com consequências registrárias na nacionalidade. II. - Recurso Especial improvido.” (STJ; REsp 898.174; Proc. 2006/0234225-0; MS; Terceira Turma; Rel. Min. Sidnei Beneti; Julg. 12/08/2010; DJE 23/08/2010). Destaquei.

“Indefere-se o pedido de registro de nascimento tardio se não há nos autos elementos suficientes a evidenciar a qualificação do autor como data, local de nascimento e nome dos pais, em especial de que o nascimento tenha efetivamente ocorrido em território nacional.” (TJMS; EDcl 0801550-58.2012.8.12.0004/50000; Amambai; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues; DJMS 05/11/2013; Pág. 27). Destaquei.

“Indefere-se o pedido de registro de nascimento tardio se não há nos autos elementos suficientes a evidenciar que o nascimento do requerente tenha efetivamente ocorrido em território nacional.” (TJMS; APL 0800410-86.2012.8.12.0004; Amambai; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; DJMS 26/03/2013; Pág. 31). Destaquei.

“Mantém-se o indeferimento de pedido de registro de nascimento tardio se não há nos autos provas suficientes a demonstrar que de fato o nascimento tenha ocorrido em território brasileiro, sobretudo quando o próprio autor/recorrente afirma ter sido registrado em país vizinho.” (TJMS; AC 2011.030640-1/0000-00; Bonito; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Josué de Oliveira; DJEMS 15/03/2012; Pág. 40). Destaquei.

Por fim, quanto ao prequestionamento suscitado pela Defensoria Pública de 2ª instância, destaco que *“não se encontra o órgão julgador obrigado a responder, um a um, a todos os argumentos suscitados pela parte, uma vez demonstrados, de forma suficiente, os fundamentos que embasaram a decisão. Ao magistrado é facultado aplicar o direito ao caso concreto sob fundamentação diversa da invocada pela parte, razão por que não se tem por omissa, na espécie, a ausência de pronunciamento sobre os dispositivos suscitados.”* (Edcl. no REsp. n. 439753/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 11/12/2012). Destaquei.

Dispositivo.

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento para manter em todos os seus termos a bem lançada sentença.

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. 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, MS, 04 de fevereiro de 2014.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0130471-24.2005.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – TAXA DE FRUIÇÃO – DEVIDA A PARTIR DO INADIMPLEMENTO – CUMULAÇÃO DA PENA CONVENCIONAL COM A INDENIZAÇÃO PELA FRUIÇÃO DO BEM – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Em caso de rescisão contratual, é devida indenização pelo uso (fruição) do imóvel após o inadimplemento das prestações pelo adquirente.

Admite-se a cumulação da pena convencional com a indenização pela fruição do bem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 11 de março de 2014.

Des. Josué de Oliveira – Relator.

RELATÓRIO

Des. Josué de Oliveira.

Haspa Habitação São Paulo Imobiliária S/A interpõe apelação cível (p. 122-128) contra a parte da sentença (p. 116-119), proferida nesta Ação de Rescisão de Contrato c/c Reintegração de Posse e Indenização que move em face de Ana Neize Baltha (espólio), em que o magistrado de 1ª instância, ao julgar procedente os pedidos iniciais, deixou de condenar a recorrida ao pagamento de indenização pela fruição do imóvel.

Alega, em síntese, que também deve ser acolhida sua pretensão de receber o pagamento de indenização em razão da fruição do imóvel, uma vez que a utilização do imóvel sem nenhuma contraprestação ensejaria o enriquecimento ilícito da recorrida.

Requer seja reformada a sentença para acrescer a condenação da recorrida ao pagamento de indenização pela fruição do imóvel à base de 1% ao mês sobre o valor do bem atualizado, a contar da sua posse.

Em contrarrazões, a recorrida pede o não provimento do recurso (p. 133-137).

VOTO (EM 04.02.2014)

Des. Josué de Oliveira (Relator).

Depreende-se dos autos que a recorrente ajuizou esta ação de rescisão de contrato c/c reintegração de posse e indenização em face da recorrida, alegando, em síntese, que: I) as partes celebraram, em 20.8.2001, contrato particular de promessa de venda e compra do imóvel descrito na inicial; II) a recorrida encontra-se inadimplente com o pagamento das parcelas, mesmo após ser notificada extrajudicialmente; III) em razão da inadimplência, as partes devem retornar ao *status quo ante*, motivo pelo qual o bem deve ser restituído à recorrente e a recorrida condenada a pagar a taxa de fruição pelo uso do imóvel no período em que o possuiu injustamente. Por conta disso, requereu, entre outras coisas, a rescisão do contrato, a reintegração na posse do imóvel e a condenação da recorrida ao pagamento da taxa de fruição.

Após o regular trâmite do processo, sobreveio a sentença, em que o magistrado *a quo* julgou procedente o pedido inicial para:

“declarar rescindido o contrato firmado entre as partes litigantes, determinando a reintegração da autora na posse do imóvel, expedindo-se o respectivo mandado. A título de perdas e danos autorizo a retenção de 25% do total atualizado das parcelas pagas pela parte requerida. Outrossim, com fundamento no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, condeno a autora a devolver os valores pagos pela requerida, consistentes nas prestações pagas, devidamente atualizadas, mediante cálculo, autorizada, a retenção de 25% das prestações pagas pela requerida, devidamente atualizadas a partir do efetivo desembolso pelo IGPM mais juros de mora de 0,1% a.m. da citação, a título de perdas e danos pelo inadimplemento contratual, despesas com o contrato e ocupação indevida do imóvel.” F. 119.

Contra a parte da sentença que não fixou a indenização pela fruição do imóvel é que se insurge a apelante e, a meu ver, com razão.

Sabe-se que a taxa de fruição é devida em razão de descumprimento contratual, e se caracteriza como uma retribuição cobrada do promitente-comprador pelo período em que permanece ocupando o imóvel sem a devida contraprestação.

No caso *sub judice*, diante da constatação de que a recorrida usufruiu o bem imóvel sem efetuar o pagamento das parcelas pactuadas, é coerente a decisão que permite à recorrente descontar daquela a vantagem econômica auferida com a fruição.

A respeito, o STJ consolidou o entendimento de que, quando a rescisão do contrato de compra e venda de imóvel decorre do inadimplemento do comprador que deixa de pagar a prestação e continua a usufruir do imóvel, surge para o vendedor o direito de indenização pelo uso (fruição) do bem durante o período de inadimplência:

“A rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, na hipótese em que o promitente-comprador deixa de pagar a prestação e continua usufruindo do imóvel, enseja ao promitente-vendedor o direito de indenização pelo uso do imóvel durante o período de inadimplência.” (STJ, AgRg no AREsp 199.817/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 11/11/2013). Destaquei.

“A jurisprudência desta Corte orienta que, em caso de rescisão contratual, é devida indenização pelo uso do imóvel após o inadimplemento das prestações pelo adquirente.” (STJ, AgRg no Recurso Especial N. 934.433, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 18/08/2009). Destaquei.

“AGRAVO REGIMENTAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INADIMPLÊNCIA PELO PROMITENTE COMPRADOR. RESCISÃO DO CONTRATO. INDENIZAÇÃO PELO USO DO IMÓVEL A PARTIR DO MOMENTO EM QUE O COMPRADOR PERMANECEU NO IMÓVEL SEM PAGAR AS PARCELAS. - É devido o pagamento de indenização pela fruição do bem a partir do momento em que o promitente comprador permanece no imóvel sem pagar as parcelas.” (STJ, AgRg no AgRg no REsp 982.176/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 12/02/2008, DJe 03/03/2008). Destaquei.

No mesmo sentido, encontra-se no acervo jurisprudencial desta Egrégia Corte Estadual o entendimento de que o comprador deve pagar indenização pela fruição do bem a partir do momento em que ficou sem pagar as parcelas, e não da sua posse no imóvel como quer a apelante, até a efetiva devolução do imóvel, fixando a taxa de fruição em 1% ao mês do valor de mercado do imóvel, a saber:

“A porcentagem de 1% ao mês, referente à taxa de fruição, deve ser calculada sobre o valor atual de mercado do imóvel, já que tal montante se mostra razoável e resguarda o equilíbrio entre os contratantes, de maneira a evitar o beneficiamento pela utilização gratuita do bem.” (TJMS, Apelação Cível N. 2006.000139-2 – Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – J. 30/4/2009).

“A taxa de fruição, que tem como suporte fático a ocupação indevida do imóvel pelo promitente comprador, que usufruiu do imóvel sem efetuar o pagamento das prestações, deve ser calculada na base de 1%, sobre o valor do imóvel atualizado, mas limitado ao percentual de 10% sobre o valor da prestação mensal, em atenção ao princípio da razoabilidade.” (TJMS, Apelação Cível N. 2007.020378-6 – Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay – J. 3/12/2007).

Além disso, e ao contrário do que foi disposto na sentença, não se deve confundir a cláusula penal compensatória ou pena convencional com a indenização pela fruição.

A pena convencional é um meio de compensar as perdas e danos que uma das partes venha a sofrer em decorrência do inadimplemento. Sua inserção no contrato deve ser respeitada porque cada um dos contratantes tem o direito de exigir do outro o adimplemento obrigacional. Esse direito é assegurado pela lei civil, nos termos do artigo 408 e seguintes do Código Civil de 2002.

Em contrapartida, a taxa de fruição está estritamente vinculada ao gozo, ao aproveitamento das utilidades e dos frutos da coisa. Portanto, sua finalidade não é compensar perdas e danos relativos ao inadimplemento da promessa de compra e venda, mas ressarcir, remunerar o vendedor pelo uso e gozo do bem.

Isto é, se o comprador não houver recebido o imóvel até a época em que se tornar inadimplente, a vendedora não poderá exigir dele o ressarcimento pela fruição do bem, embora possa demandar pela cláusula penal.

Ademais, enquanto a cláusula penal deve ser estipulada de modo a ser mutuamente exigível, nos contratos comutativos (onerosos e bilaterais), a cláusula de fruição é exigível somente do contratante que tiver o uso e o gozo da coisa.

Este é o entendimento do STJ e desta Corte (sem destaques no original):

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO CONTRATUAL. PROMITENTE COMPRADOR QUE NÃO REÚNE CONDIÇÕES ECONÔMICAS PARA O PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR. RESÍDUO INFLACIONÁRIO. CLÁUSULA PENAL. INDENIZAÇÃO PELA FRUIÇÃO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. (...) A multa prevista pela cláusula

penal não deve ser confundida com a indenização por perdas e danos pela fruição do imóvel, que é legítima e não tem caráter abusivo quando há uso e gozo do imóvel. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, REsp 953.907/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 09/04/2010).

“Admite-se a cumulação da cláusula penal com a cláusula de fruição do bem por não representarem oneração excessiva ao consumidor.” (TJ-MS, Apelação Cível N. 2012.020928-9, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, j. 31.7.2012).

“É permitida a cumulação de perdas e danos, a título de fruição ou aluguel com a cláusula penal, pelo período da inadimplência até a data da reintegração da posse do imóvel no valor equivalente a 1% ao mês do preço atualizado do imóvel.” (TJ-MS, Apelação Cível N. 2011.027303-0, 5ª Turma Cível, Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j. 22.9.2011).

Por conseguinte, impõe-se acolher em parte o recurso para condenar a recorrida ao pagamento de indenização pela fruição do imóvel durante o período de inadimplência.

Dispositivo.

Ante o exposto, conheço do apelo e dou-lhe parcial provimento para, em reformando em parte a sentença, condenar a recorrida ao pagamento da taxa de fruição correspondente a 1% ao mês do valor de mercado do imóvel, a partir da sua inadimplência até a efetiva devolução do imóvel. Mantenho, no mais, a sentença.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A SESSÃO DE 11/3/2014, EM RAZÃO DA LICENÇA COMPENSATÓRIA DO RELATOR E EM VIRTUDE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. PASCHOAL), APÓS O RELATOR DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 11.03.2014)

Des. Paschoal Carmello Leandro (Revisor).

Pedi vista dos autos para melhor analisar o percentual estipulado para a taxa de fruição.

Como sabido, no tocante à taxa de fruição, cumpre frisar que se trata de um aluguel cobrado do promitente-comprador pelo período em que o mesmo permanece ocupando o imóvel sem a devida contra prestação, qual seja, o pagamento total dos valores ajustados no contrato firmado.

In casu, denota-se que o relator, ao reformar em parte a sentença de primeiro grau, condenou a espólio ao pagamento de 1% (um por cento) ao mês do valor de mercado do imóvel, a partir de sua inadimplência até a efetiva devolução do bem.

Quando se fala em taxa de fruição, importante consignar alguns critérios que levo em consideração para fixar o percentual a ser pago pelo inadimplente, quais sejam: tipo/situação do imóvel, sua localização e a culpa da parte no negócio jurídico.

Em minuciosa análise dos autos, verifico que o valor do imóvel gira em torno de R\$ 18.000 a R\$ 20.000,00, o que corresponde a um aluguel, caso fixado no percentual de 1%, entre R\$ 180,00 a R\$ 200,00 por mês, que, a meu ver, é condizente com a realidade da época do contrato (ano de 2001), mesmo porque se trata de um imóvel simples, localizado em bairro pouco valorizado da capital (Novo Maranhão).

Ademais, vale acrescentar que o negócio jurídico discutido nestes autos não se concretizou por culpa da parte recorrida, a qual se tornou inadimplente com as parcelas do imóvel.

Diante dessas considerações, tenho que neste caso, a condenação da parte requerida na taxa de fruição no percentual de 1% , é medida que se impõe.

Ante o exposto, acompanho o relator.

Des. Dorival Renato Pavan (Vogal).

De acordo com o voto do Relator.

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. Josué de Oliveira.

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, MS, 11 de março de 2014.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0046094-13.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES DE PARCELAS PAGAS – PLANO PECÚLIO E PENSÃO – INADIMPLÊNCIA DO CONTRATANTE – RESTITUIÇÃO DE VALORES – IMPOSSIBILIDADE – CONTRATO DE RISCO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

No contrato de pecúlio não é possível a restituição dos valores pagos, no caso de cancelamento, com fundamento no princípio geral que veda o enriquecimento ilícito. O contrato de pecúlio é um misto de contrato de seguro e contrato de previdência, de modo que o contratado se obriga ao pagamento de uma indenização ou pensão, desde que ocorrido o evento morte, ao passo que o contratante se obriga ao pagamento das prestações mensais. Tendo a GEAP assumido riscos durante a vigência, não se justifica a restituição das parcelas pagas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 5 de dezembro de 2013.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator.

RELATÓRIO

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Eliene Ferreira Andrade em face da sentença proferida pelo Juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, MS que extinguiu a ação de restituição de valores com resolução do mérito proposta contra GEAP – Fundação de Seguridade Social.

Assevera que: *“é inegável o direito da recorrente à restituição integral das contribuições realizadas na vigência do plano que a apelante subscreveu, tendo em vista que este agregava, além do pagamento do pecúlio em decorrência de óbito, a opção pelo recebimento de pensão em vida (Adiantamento Financeiro por Aposentadoria – AFA), além do pecúlio proporcional em vida (PPV).”*

Afirma que o regulamento básico dos planos, bem como o regulamento do Plano de Pecúlio Facultativo prevêem a restituição de contribuições em caso de cancelamento da inscrição, em seus arts. 8º, II, § 1º e 45, § 1º.

Por fim, requer o provimento do recurso para reformar o *decisum* de 1º grau.

Contrarrazões às fls. 316-328.

VOTO (EM 21.11.2013)

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Eliene Ferreira Andrade em face da sentença proferida pelo Juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, MS que extinguiu a ação de restituição de valores com resolução do mérito proposta contra GEAP – Fundação de Seguridade Social.

Assevera que *“é inegável o direito da recorrente à restituição integral das contribuições realizadas na vigência do plano que a apelante subscreveu, tendo em vista que este agregava, além do pagamento do pecúlio em decorrência de óbito, a opção pelo recebimento de pensão em vida (Adiantamento Financeiro por Aposentadoria – AFA), além do pecúlio proporcional em vida (PPV).”*

Afirma que o regulamento básico dos planos, bem como o regulamento do Plano de Pecúlio Facultativo prevêem a restituição de contribuições em caso de cancelamento da inscrição, em seus arts. 8º, II, § 1º e 45, § 1º.

O cerne da questão posta em julgamento está em saber se, diante da rescisão do contrato entabulado entre as partes, com a solicitação de desligamento do apelante, este tem direito à restituição dos valores pagos à título de contribuição.

No que tange ao Plano de Pecúlio Facultativo - PPF, Pecúlio Proporcional em Vida - PPV e Pecúlio por Morte - PPM, verifica-se que a apelada pactuou os planos no intuito de receber uma compensação posterior, posto que, durante a vigência, permitiu o desconto da conta corrente dos valores que lhe eram cobrados.

Nestes casos, verifica-se um misto de contrato de seguro e contrato de previdência, de modo que a contratada se obriga ao pagamento de uma indenização ou pensão, desde que ocorrido o evento morte, aposentadoria ou invalidez, ao passo que o contratante se obriga ao pagamento das prestações mensais.

O ponto controvertido consiste na possibilidade ou não da restituição dos valores pagos, em caso de cancelamento. O que se pretende, assim, não é o pagamento de benefício, mas a restituição dos valores pagos à apelante. Diante disso, importante ressaltar que o contrato em questão, apesar de prever prazo de carência para o pagamento de benefício, não exige esse prazo na hipótese de morte acidental.

Em virtude disso, é possível concluir que durante todo o período de contratação o contrato permaneceu vigente e com obrigações impostas a ambas as partes, a depender de evento futuro, morte, que determinava o pagamento da indenização ou da pensão. Assim, o contrato fundamenta-se na álea assumida pelos contratantes; é, pois, contrato de risco, de modo que as partes se colocaram na perspectiva de uma álea, refletida na existência ou na quantidade da prestação combinada, expondo-se à eventualidade recíproca de perda ou de ganho.

Por conseguinte, no contrato em questão, em razão de sua natureza de contrato aleatório, não existia equivalência entre as prestações e, justamente por essa razão, não se pode pretender a restituição de valores pagos, com fundamento em enriquecimento ilícito da outra parte, porque, como afirmado, é da própria natureza desse tipo de contrato a possibilidade do enriquecimento de uma das partes, pela falta de equivalência da prestação devida pela parte contrária. Neste sentido:

“Os valores pagos a título de pecúlio por invalidez ou morte não são passíveis de restituição, uma vez que a entidade suportou o risco. E, embora não tenha ocorrido o sinistro, nem por isso deixaram os associados de usufruir da prestação do serviço na vigência do contrato, que é, por natureza, oneroso”. (STJ - EREsp 327419 / DF 2. S. Rel. Ministro CASTRO FILHO J. 23/06/2004).

E neste Tribunal:

“AÇÃO DE RESTITUIÇÃO CONTRATO DE PECÚLIO E PENSÃO RESTITUIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PAGAS IMPOSSIBILIDADE CONTRATO ALEATÓRIO COBERTURA DO RISCO DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO RECURSO IMPROVIDO. Devido à natureza do contrato, é inviável a devolução das contribuições pagas no plano de pecúlio, visto que os riscos contratados ficaram cobertos durante a vigência do contrato.” (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.005557-6/0000- 00 4. T. Rel. Des. Dorival Renato Pavan - 24/03/2009).

Aliás, veja-se o correto posicionamento do juízo *a quo* acerca do adiantamento financeiro por aposentadoria:

“Quanto ao adiantamento financeiro por aposentadoria – AFA, que também fazia parte do plano, este, pela sua natureza, comportaria, em tese, a restituição dos valores pagos. Contudo, há que se analisar, in casu, se a autora efetivamente preencheu todos os requisitos estipulados contratualmente.

O requisito principal recai sobre o adimplemento de todas as prestações. Nesse ponto específico, a própria autora alega que era prática habitual atrasar o pagamento das prestações no vencimento ajustado, tendo permanecido inadimplente com relação a algumas parcelas do ano de 2006, 2007 e 2008.

A autora também admite ter firmado um termo de renegociação do débito a fim de regularizar sua situação, o que foi corroborado na contestação. Todavia, imputa a ré a inserção, de forma maliciosa, de uma cláusula contratual referente à exclusão automática do plano em caso de inadimplemento de alguma das parcelas do acordo.

Verifica-se que o Regulamento do Plano de Pecúlio traz, em seu artigo 9º, a hipótese de cancelamento do plano por inadimplência pela ausência de pagamento de contribuições por três meses consecutivos ou quatro alternados. Dessa cláusula, é certo que a autora estava ciente, pois fazia parte do contrato como um todo e do regulamento que acompanhava os planos.

Tanto estava ciente de sua inadimplência que firmou com a ré “Termo de Compromisso para Negociação de Débito”, conforme se vê à f. 240. No referido termo, constou cláusula expressa no sentido de que o não pagamento de qualquer parcela acarretaria o cancelamento imediato da inscrição no Plano.

Vê-se, pois, que a cláusula não foi inserida posteriormente à assinatura do termo pela autora, tampouco ocorreu de forma maliciosa, como alegado na inicial. Ao contrário, ao apor sua assinatura e concordar com as condições da renegociação, a autora comprometeu-se a efetuar o pagamento, ciente das consequências da inadimplência.”

De sorte que não se trata simplesmente de contrato de previdência privada, mas de um misto de contrato previdenciário com contrato de seguro, em que prevalece o risco assumido pelas partes. Bem por isso, é até despiciendo perquirir sobre a aplicação das normas do CDC à espécie, posto que inexistente abusividade. Destarte, entendo que a pretensão inicial é improcedente, ficando inalterada a sentença.

Conclusão:

Ante ao exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 05/12/2013 em face do pedido de vista do revisor (des. Sideni), após o relator negar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (EM 5.12.2013)

Des. Sideni Soncini Pimentel (Revisor).

Justifico o pedido de vista diante da necessidade de estudo mais acurado dos elementos de convicção constantes dos presentes autos.

Versa a lide sobre pedido de restituição de valores relativos às contribuições pagas pela autora-apelante em razão da adesão à Plano de Pecúlio, sob o fundamento de cancelamento prematuro do contrato.

O fundamento principal do pedido de restituição dos valores pagos cinge-se ao cancelamento prematuro do contrato, sendo entendimento da autora que houve má fé da apelada quando da realização de termo de acordo para quitação das parcelas em atraso, oportunidade em que incluiu item constando que o não pagamento da renegociação ensejaria o imediato cancelamento da inscrição no Plano de Pecúlio Facultativo.

O julgador singelo declarou improcedência do pedido, ao fundamento da existência de previsão contratual acerca das consequências do inadimplemento.

Tal posicionamento foi mantido pelo ilustre relator, ao analisar recurso de apelação manejado pela autora.

Da detida análise dos autos, mormente do Regulamento do Plano de Pecúlio a que aderiu a autora-apelante, tenho que deve ser realmente mantida a sentença de improcedência, de forma que em consequência concordo com o entendimento esposado pelo Relator.

Com efeito, observa-se da f. 36v – Regulamento do Plano de Pecúlio – que dispõe o artigo 8º:

“São situações para cancelamento do Plano de Pecúlio Facultativo – PPF:

(...)

II – ausência de pagamento de contribuições durante três meses consecutivos;”

Consoante se infere dos autos, o que, aliás, confessa a própria autora, os pagamentos das parcelas não vinham sendo feitos nas datas de vencimento, tanto que gerou o “Termo de Compromisso para Negociação de Débitos Pecúlio” – f. 32, no qual foram negociadas as parcelas em atraso.

Logo, o fato de ter sido inserido em referido termo que o não pagamento das parcelas do acordo ensejaria o imediato cancelamento do contrato, nada tem de ilegal ou má fé da apelada, posto que, como visto, decorreu de previsão contratual.

Aliás, o que aconteceu é que a apelada, invés de cancelar automaticamente o contrato quando do atraso de três parcelas, em cumprimento ao contratado, negociou com a apelante o parcelamento da dívida, mantendo, no entanto, a determinação contratual quanto ao inadimplemento, ou seja, o cancelamento do contrato.

Portanto, não é possível verificar qualquer irregularidade no cancelamento do contrato, sendo que este ocorreu apenas em cumprimento ao contratado, sendo, por isso, lícito.

Assim, a autora apenas assumiu o risco de perder os benefícios contratados com o não pagamento das parcelas do plano e posteriormente com a inadimplência em relação ao acordo para parcelamento da dívida.

Diante disso, não há outra saída para a presente lide que não seja a improcedência do pedido.

Da mesma forma, considerando que a autora foi quem deu causa à rescisão contratual, assumindo as consequências daí advindas, não se vislumbra a existência de dano, muito menos moral na hipótese.

Feitas essas considerações, acompanho o posicionamento do ilustre Relator, no sentido de improver o recurso de apelação para manter a sentença de improcedência do pedido inicial.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Vogal):

De acordo com o voto do 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. 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, MS, 05 de dezembro de 2013.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0023112-39.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS RELIGIOSOS – IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DE TAL BENEFÍCIO AO ICMS DE CD'S RELIGIOSOS ADQUIRIDOS – PRODUTOS QUE NÃO SÃO CONSIDERADOS INDISPENSÁVEIS À REALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DA IGREJA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 13 de fevereiro de 2014.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator.

RELATÓRIO

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

A Igreja Universal do Reino de Deus interpõe recurso de apelação, contra a decisão de 1º Grau que julgo improcedente a ação anulatória de débito fiscal ajuizada em desfavor do Estado do Mato Grosso do Sul.

Aduz a apelante que por ser templo religioso faz *jus* à imunidade tributária constitucionalmente prevista no que diz respeito ao ICMS, quando da aquisição de CD's evangélicos para ajudar no exercício sua atividade religiosa. Afirma que os CD's foram adquiridos em grande quantidade, em virtude de ser a maior entidade religiosa evangélica em todo o país, tendo grande volume de fiéis. Ao final afirma que os CD's não serão utilizados para prática de comércio, bem como requer a redução dos honorários advocatícios.

Contrarrazões às fls. 126/139.

VOTO

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator).

A Igreja Universal do Reino de Deus interpõe recurso de apelação, contra a decisão de 1º Grau que julgo improcedente a ação anulatória de débito fiscal ajuizada em desfavor do Estado do Mato Grosso do Sul.

No caso dos autos a discussão a ser analisada diz respeito à possibilidade de incidência de ICMS sobre os Cds adquiridos pela Igreja Universal do Reino de Deus.

Sobre o tema reza a Carta Magna:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

b) templos de qualquer culto;

(...)

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.”

Assim, nota-se claramente que a intenção do legislador foi de não cobrar impostos dos templos de qualquer culto, no que diz respeito à serviços relacionados com as finalidades essenciais das referidas entidades, não incluindo serviços e produtos que possam ser utilizados como meio de auferir lucros.

Segundo o que consta do estatuto social da apelada juntado às fls. 14/19, suas finalidades especiais são: *“a Pregação do Evangelho de Nosso Senhor Jesus Cristo, através da palavra escrita, falada e televisiva, a doutrinação de todos os seus membros tendo por base única as Sagradas Escrituras e o ensinamento das doutrinas cristãs de acordo com a Bíblia, a Palavra de Deus”*.

Assim, tenho que a aquisição de 6.000 (seis mil) exemplares de CD's de músicas evangélicas não é de cunho essencial para realização e desenvolvimento das atividades exercidas pela Igreja Universal do Reino de Deus.

Neste mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial:

*“AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. IPTU. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. “TEMPLOS DE QUALQUER CULTO”. ARTIGO 150, VI, “B” E §4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 9º, IV, “B” DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. FIXAÇÃO EM VALOR CERTO COM BASE NO ARTIGO 20, §4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REDUÇÃO. CUSTAS PROCESSUAIS. ADEQUAÇÃO DA FORMA DE ATUALIZAÇÃO. ARTIGO 1º-F DA LEI Nº 9.494/1997 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/2009. RECURSO PROVIDO, EM PARTE. 1. Nos termos do disposto no §4º do artigo 150 da Constituição da República, a amplitude da imunidade tributária concedida aos “templos de qualquer culto” (artigos 150, VI, “b”, da Constituição da República; 9º, IV, “b”, do Código Tributário Nacional), **não incide apenas sobre o local onde efetivamente ocorre a celebração de culto religioso, devendo abranger também o patrimônio pertencente à instituição, desde que voltado às suas finalidades institucionais, além de suas rendas e serviços dele advindos, ainda que indiretamente.** 2. Tratando-se de demanda em que foi vencida a Fazenda Pública, ex vi dos §§ 3º e 4º do artigo 20, do Código de Processo*

Civil, devem os honorários advocatícios ser fixados em valor certo pelo julgador, de maneira equitativa, observando-se o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para o serviço, sem olvidar, contudo, da remuneração digna do advogado. 3. Se a demanda foi ajuizada após a vigência da Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, deve ser determinada, sobre as custas processuais, a incidência de correção monetária pelos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça, a partir da data de cada desembolso, até 29.06.2009, data de vigência da Lei que introduziu a modificação, incidindo, a partir de então, correção monetária e juros de mora em índice único.” (TJ-MG; APCV 1.0024.10.059028-0/001; Rel. Des. Elias Camilo; Julg. 12/09/2013; DJEMG 25/09/2013).

“Mandado de Segurança ICMS Operação de importação de bens realizada após a EC 33/2001 Art. 155, §2º, inciso IX, alínea “a” da CF Incidência do tributo Imunidade Art. 150, VI, “b” e §4º, CF Inaplicabilidade Não essencialidade dos bens importados. Sentença Mantida Recurso improvido” (TJ-SP; APL 0034051-92.2011.8.26.0053; Ac. 6959472; São Paulo; Quarta Câmara de Direito Público; Relª Desª Ana Luiza Liarte; Julg. 19/08/2013; DJESP 10/09/2013).

Aliás, pela grande quantidade de CD's adquiridos pela apelante (6.000 CD's), verifica-se que estes não seriam destinados à uso/consumo próprio apenas para desenvolvimento de suas atividades, mas provavelmente a mercadoria seria distribuída ou mesmo vendida no intuito de auferir lucro.

Da mesma forma entendeu e fundamentou o julgador de 1º Grau:

“(...) Isto porque é perfeitamente possível o pleno desenvolvimento das finalidades essenciais da autora através de outros meios, que não a aquisição de CD's de músicas evangélicas.

E mais, a quantidade de CD's adquiridos, ou seja, 6.000 (seis mil CD's) deixa evidente que a mercadoria não seria destinada ao uso próprio e exclusivo da autora. Pelo contrário, demonstra que a mercadoria, na verdade, seria distribuídas para outras pessoas.

Por outro lado a alegação de que os CD's não seriam comercializados e sim doados aos seus fiéis restou isolada nos autos, desprovida de provas cabais.

Ainda que assim não fosse, a grande quantidade de CD's adquiridos, no meu sentir, revela o intuito comercial, demonstrando que realmente se trata de operação de circulação de mercadoria sujeitas à incidência de ICMS.

Vale registrar, como bem destacado pelo requerido, que há diversas outras aquisições em que a autora também recolheu o tributo, indicando que tais operações eram realizadas com habitualidade e, certamente, com intuito comercial.”

Assim, sem mais delongas, diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto pela Igreja Universal do Reino de Deus, contudo nego-lhe provimento, mantendo integralmente a decisão de 1º Grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do 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. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, MS, 13 de fevereiro de 2014.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0022203-60.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CÍVEL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DEVER DE INFORMAR – EXISTÊNCIA DE GLÚTEN – DANO MORAL COLETIVO – DANO MORAL COLETIVO NÃO DEMONSTRADO – NÃO CARACTERIZAÇÃO – POSSIBILIDADE DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO IMPROVIDO.

Nas questões consumeristas, para que exista o dano moral coletivo, “*é necessário que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade*”. (REsp. n. 1221756/RJ Ministro Massami Uyeda).

Verificado que a parte autora foi em parte vencedora e vencida, tendo em vista a parcial procedência dos pedidos formulados na exordial, os ônus sucumbenciais serão recíprocos e proporcionalmente distribuídos e compensados entre as partes, conforme consta do artigo 21 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, por unanimidade e contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 13 de março de 2014.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator.

RELATÓRIO

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Associação dos Aposentados, Pensionistas e Idosos de Campo Grande e do Estado de Mato Grosso do Sul, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Coletiva de Danos Morais movida em face 7M Alimentos Ltda, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente seu pedido inicial determinando que a requerida/apelada faça constar em seus produtos as expressões “CONTÉM GLÚTEN” ou “NÃO CONTÉM GLÚTEN”.

Aduz a apelante que além das expressões “CONTÉM GLÚTEN” ou “NÃO CONTÉM GLÚTEN”, há necessidade de fazer constar a advertência: “*o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca*”, tendo em vista que é mais provável que o consumidor sofra danos com a falta de informação do que com o excesso desta. Ao final, requer a concessão de indenização por danos morais coletivos, bem como alega que não pode haver compensação de honorários.

A apelada, apresentou contrarrazões às fls. 210/227.

A Procuradoria-Geral de Justiça às f. 244/258, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator).

Associação dos Aposentados, Pensionistas e Idosos de Campo Grande e do Estado de Mato Grosso do Sul, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Coletiva de Danos Morais movida em face 7M Alimentos Ltda, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente seu pedido inicial determinando que a requerida/apelada faça constar em seus produtos as expressões “CONTÉM GLÚTEN” ou “NÃO CONTÉM GLÚTEN”.

É incontroverso o dever da apelada de informar os consumidores sobre a existência de glúten ou não nos produtos que fabrica.

Tanto que assim dispõe o inciso III do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”

Este direito básico decorre do princípio da transparência que deve nortear todas as relações de consumo, como a presente, e cujo conteúdo é bem explicitado pela professora Cláudia Lima Marques (in, Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2002. p. 594-595), dizendo que:

“A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo”.

Ainda, dispõe na íntegra a Lei 10.674/03:

“Art. 1º Todos os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições “contém Glúten” ou “não contém Glúten”, conforme o caso.

§ 1º A advertência deve ser impressa nos rótulos e embalagens dos produtos respectivos assim como em cartazes e materiais de divulgação em caracteres com destaque, nítidos e de fácil leitura.

§ 2º As indústrias alimentícias ligadas ao setor terão o prazo de um ano, a contar da publicação desta Lei, para tomar as medidas necessárias ao seu cumprimento.

2º (VETADO)

3º (VETADO)

4º A Lei nº 8.543, de 23 de dezembro de 1992, continuará a produzir efeitos até o término do prazo de que trata o § 2º do art. 1º desta Lei.”

Da simples leitura dos dispositivos acima mencionados, nota-se que é obrigação do fornecedor prestar as informações necessárias ao consumidor, sobre tudo (Lei 10.674/03), de fazer constar nos alimentos as inscrições “CONTÉM GLÚTEN” ou “NÃO CONTÉM GLÚTEN”. Contudo, nas normas supra, não há nenhuma determinação que obrigue aos fabricantes/fornecedores de alimentos a constar “o glúten é prejudicial à saúde dos portadores de doença celíaca”.

Assim, afasto tal pretensão, tendo em vista não haver determinação legal para tanto.

No que diz respeito ao pedido de condenação da Lalai Doces Ltda em danos morais coletivos, igualmente tenho que não merece ser provido.

Como bem pondera Leonardo Roscoe Bessa:

“(...)a correta compreensão do dano moral coletivo não se deve vincular, como já se destacou, a todos os elementos e racionalidade próprios da responsabilidade civil nas relações privadas individuais. Na verdade, o objetivo de se prever, ao lado da possibilidade de indenização pelos danos materiais, a condenação por dano moral coletivo só encontra justificativa pela relevância social e interesse público inexoravelmente associados à proteção e tutela dos direitos metaindividuais. [...] Especificamente em relação à positivação do denominado dano moral coletivo, a função é, mediante a imposição de novas e graves sanções jurídicas para determinadas condutas, atender ao princípio da prevenção e precaução, de modo a conferir real e efetiva tutela ao meio ambiente, patrimônio cultural, ordem urbanística, relações de consumo e a outros bens que extrapolam o interesse individual. É evidente, portanto, neste aspecto, a aproximação com a finalidade do direito penal, pois ‘a característica do ordenamento jurídico penal que primeiro salta aos olhos é a sua finalidade preventiva: antes de punir, ou como o punir, evitar o crime’ (Francisco de Assis Toledo. Princípios básicos de direito penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3)”. (in BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. Revista de Direito do Consumidor. n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. de 2006, p. 91.)

Como bem fundamentou o Magistrado, para ser possível a reparação de dano extrapatrimonial em prol da coletividade, deve haver situação excepcional capaz de gerar grande comoção ou sofrimento para determinada coletividade.

Aliás, neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS – RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente

para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores. IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea “c” quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados. VI - Recurso especial improvido.” (Resp 1221756 / RJ - RECURSO ESPECIAL 2010/0197076-6 - Relator Ministro MASSAMI UYEDA - Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento: 02/02/2012 - Data da Publicação/Fonte DJe 10/02/2012 – RB - vol. 580 - p. 37 - Ementa).

Por sua vez, necessário esclarecer que inexistente nos autos informação de que algum celiaco tenha sofrido algum dano em razão da ausência de informação ou da ingestão de produtos fabricados pela apelada.

Portanto, como o dano moral coletivo visa a indenizar a coletividade que foi atingida em sua moral. E, este deve ser averiguado de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, então, no caso vertente, denota-se que inexistente condenação relativa ao dano moral coletivo.

Sobre sucumbência recíproca, trago os comentários de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado, 12.^a edição, Editora RT, p.285:

“Há sucumbência recíproca quando uma das partes não obteve tudo o que o processo poderia lhe proporcionar. Se o autor pediu 100 e obteve 80, sucumbiu em 20, ao mesmo tempo em que o réu sucumbiu em 80. Quando a parte sucumbiu em parte mínima do pedido, não se caracteriza a sucumbência recíproca.”

Conclusão:

Pelo exposto, contra o parecer, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, MS, 13 de março de 2014.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0021834-32.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. RESCISÃO DE CONTRATO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - AQUISIÇÃO DE IMÓVEL RESIDENCIAL – DEFEITOS NA OBRA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS - CERCEAMENTO DE DEFESA – OCORRÊNCIA - RECURSO PROVIDO.

O julgamento antecipado da lide sem a realização da prova pericial oportunamente requerida configura cerceamento de defesa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 9 de janeiro de 2014.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator.

RELATÓRIO

Des. Julizar Barbosa Trindade.

Ivone Cerqueira de Carvalho interpõe apelação (f. 298/311) contra sentença (f. 279-94) que, na ação de obrigação de fazer c.c. rescisão contratual c.c indenização por danos materiais e morais movida contra Adriane Maria Lanius, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial pela apelante e na reconvenção pela apelada. Condenou cada parte a arcar com as custas e despesas processuais correspondentes às respectivas ações e com os honorários advocatícios da parte adversa, estes arbitrados em R\$ 1.500,00 para cada uma, autorizada a compensação.

Alega nulidade da sentença por cerceamento de defesa em razão de o magistrado *a quo* não ter admitido a realização da prova pericial que requereu, e, caso assim não entenda, pede sua reforma para aplicação do Código de Defesa do Consumidor a fim de facilitar a produção. De qualquer modo pleiteia o retorno dos autos à primeira instância para este fim com novo julgamento.

Contrarrazões às f. 317-21.

VOTO

Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator).

A recorrente se insurge contra a sentença em que se julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial e na reconvenção, condenando cada parte a arcar com as custas e despesas processuais correspondentes as respectivas ações e com os honorários advocatícios da parte adversa, estes arbitrados em R\$ 1.500,00 para cada uma, autorizando a compensação.

Revelam os autos que em 29.04.2011 a recorrente adquiriu da recorrida um imóvel residencial recentemente construído pelo valor de R\$. 370.000,00 e, após seu recebimento, constatou diversos vícios na construção, levando-a a cobrar os prejuízos. Confirmados os defeitos pelo engenheiro da apelada, em 28.06.11 as partes firmaram termo de quitação por meio do qual, após a realização de vistoria no imóvel e discriminados os defeitos da construção, concordou com o abatimento de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) no valor da casa, os quais serviriam para a reparação dos problemas surgidos após a compra, dando plena, geral e irrevogável quitação quanto a eles.

Segundo ela, após o referido acordo (f. 28) e o conserto dos defeitos até então existentes, reapareceram, *“fissuras nas paredes, defeitos hidráulicos e escoamento de águas pluviais”*.

Ajuizou ação pleiteando a obrigação de fazer c.c. rescisão de contrato c.c indenização por danos materiais e morais, sendo o pedido julgado improcedente.

Com a devida vênia do il. julgador, penso que o recurso está a merecer provimento.

De efeito, revelam os autos que foram os engenheiros contratados pela própria recorrida que indicaram os defeitos constatados no imóvel e que ensejaram o acordo realizado entre as partes.

A par disso, em sua exordial a autora alega que, a despeito de ter aplicado o valor correspondente nos reparos dos vícios existentes, (...) *a situação do imóvel era ainda mais caótica-muito mais drástica – do que o descrito pelos engenheiros da ré. Tão caótica que impede sua utilização.*

Cumpre ressaltar que esses problemas surgiram depois que as partes litigantes assinaram o termo de quitação com os quais resolveram as pendências anteriores. (sic)

E instada a reparar os vícios existentes (e que aumentam dia-a-dia), posteriores ao acordo que fizeram, a demandada recusou-se a fazer o conserto deles. (f. 04).

Portanto, a inicial é bastante clara em constar que os vícios hoje existentes não são os mesmos verificados antes do acordo, fato que, por se tratar de constatação que depende de conhecimentos técnicos, impõe-se a realização da prova pericial pretendida, até porque foi expressamente elencada no protesto de f. 13-4 e reiterada no momento da especificação das provas, conforme se vê da petição de f. 277-8.

Ademais, com sua realização e através dos quesitos a serem apresentados, poderá constatar se os reparos correspondentes ao acordo foram devida e regularmente realizados e se independente deles surgiram os novos vícios relatados na inicial, questões que somente serão aclaradas através de serviço técnico especializados, cujo indeferimento resultou no ferimento ao princípio de que a prova dos fatos é um direito dos postulantes em juízo.

Logo, demonstrada a necessidade de dilação probatória para aferir aspectos relevantes da causa, principalmente com a realização da prova pericial, o julgamento antecipado da lide caracteriza cerceamento de defesa.

A respeito, Fredie Didier Jr. anota:

“Não se permite que o magistrado, no julgamento antecipado da lide, conclua pela improcedência, sob o fundamento de que o autor não provou o alegado. Se o

magistrado convoca os autos para julgamento antecipado, é porque entende provados os fatos alegados. Entende, enfim, que não há necessidade de prova. Essa decisão impede comportamento contraditório do juiz (venire contra factum proprium); há preclusão lógica para o magistrado, que, então, não pode proferir decisão com aquele conteúdo. A sentença de improcedência por falta de prova, em julgamento antecipado da lide, além de violar o dever de lealdade processual, a boa-fé objetiva, que orienta a relação entre os sujeitos processuais, e o princípio da cooperação, poderá ser invalidada por ofensa à garantia do contraditório, em sua dimensão de direito à prova.” (Curso de direito Processual Civil, Teoria geral do processo e processo de conhecimento, 7ª ed., v. 1, Podivm, 2007, p. 474).

Em casos semelhantes:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA.

(...). 2. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como o indeferimento daquelas que considerar inúteis ou protelatórias.

3. Revela-se evidente o cerceamento de defesa quando as instâncias ordinárias julgam antecipadamente o feito, indeferindo a produção de provas, e conclui pela não comprovação do fato constitutivo aduzido pelo demandante. Precedentes.

(...). 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp. 1067586/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 22/10/2013). (destacado).

REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA AGRAVO.

EMBARGOS À EXECUÇÃO. COBRANÇA DE CHEQUES PREENCHIDOS INDEVIDAMENTE. RECONHECIMENTO DE QUE INSUFICIENTE A PROVA APRESENTADA. JULGAMENTO ANTECIPADO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. Quando as instâncias ordinárias admitem que não houve a comprovação eficaz e não oferecem oportunidade para a apresentação da prova, aí, sim, existe o cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a lide, considerando que a inicial indicou provas a produzir.

2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 649191/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 19/08/2004). (destacado).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINAR ACOLHIDA. SENTENÇA CASSADA.

Configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando não é permitida a produção de provas oportunamente requeridas e necessárias à elucidação de fatos controvertidos.” (TJMG, Apelação Cível 1.0024.10.257920-8/001, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, j. 30/10/2013).

Destarte, se para comprovar as alegações contidas na exordial afigura-se imprescindível a produção da prova pericial requerida pela autora, uma vez que a controvérsia posta em debate gira em

torno do reaparecimento/surgimento de novos defeitos além daqueles que ensejaram o acordo celebrado anteriormente, impõe-se o reconhecimento de que o julgamento imediato do mérito, sem sua produção, causou o cerceamento de defesa por ela invocado.

Conclusão:

Diante do exposto, voto por se dar provimento ao recurso para tornar insubsistente a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, a fim de oportunizar à apelante a produção das provas requeridas, especialmente a pericial.

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 Jose de Brito Rodrigues e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, MS, 09 de janeiro de 2014.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0814181-77.2011.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REVISIONAL DE CONTRATO – CARTÃO DE CRÉDITO – JUROS REMUNERATÓRIOS – POSICIONAMENTO CONSOLIDADO NO STJ – RESTITUIÇÃO DE VALORES – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

De acordo com o entendimento consolidado no STJ, os juros compensatórios devem obedecer à taxa média de mercado divulgada pelo Bacen quando oneram excessivamente o consumidor.

A mitigação do prejuízo pelo credor constitui dever de natureza acessória derivado da boa-fé objetiva que deve existir entre os contratantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não conhecer do recurso do Banco e dar parcial provimento ao de Luiz Leopoldo de Paula, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 11 de fevereiro de 2014.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator.

RELATÓRIO

Des. Julizar Barbosa Trindade.

Banco Citibank S/A e Luiz Leopoldo de Paula interpõem apelações (f. 106-19 e 121-9, respectivamente) contra sentença (f. 89/100) que, na revisional de contrato movida pelo segundo em face do primeiro, julgou parcialmente procedentes os pedidos para manter as cláusulas contratuais celebradas pelas partes, apenas consignando que a comissão de permanência não deverá ser cumulada com os demais encargos e limitada à soma dos remuneratórios e moratórios previstos no contrato. Sucumbência pelo autor com honorários de R\$ 1.000,00, ressalvado o disposto no artigo 12 da Lei 1.060/50.

O primeiro sustenta a impossibilidade de revisão contratual e legalidade da comissão de permanência cumulada com demais encargos moratórios.

O segundo defende a limitação dos juros remuneratórios à taxa média de mercado e ausência de apreciação do princípio *duty to mitigate the loss* (mitigação do prejuízo pelo próprio credor), devendo a incidência dos juros remuneratórios ser interrompida desde a distribuição da presente ação.

Contrarrazões às f. 146-51 e 131-8, em que o apelado suscita preliminar de não conhecimento do apelo do banco por ausência de procuração do advogado subscritor (Dr. Paulo Eduardo Prado).

Devidamente intimado, o banco deixou transcorrer *in albis* o prazo para sanar o vício (f. 173).

VOTO

Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator).

Ambas as partes se insurgem contra a sentença em que se julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação revisional para manter as cláusulas contratuais celebradas pelas partes, apenas consignando que a comissão de permanência não deverá ser cumulada com os demais encargos e limitada à soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos em contrato. Sucumbência pelo autor com honorários de R\$ 1.000,00, ressalvado o disposto no artigo 12 da Lei 1.060/50.

- Do apelo do banco

Este recurso não deve ser conhecido por ausência de requisito de admissibilidade. É que, mesmo devidamente intimado para apresentar a procuração do advogado subscritor, deixou transcorrer *in albis* o prazo que lhe foi concedido.

A propósito:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO DO ADVOGADO SUBSCRITOR DO RECURSO – REGULARIDADE QUE NÃO FOI SANADA APÓS INTIMAÇÃO PARA TANTO – RECURSO NÃO CONHECIDO.

A interposição de apelação para revisar sentença de mérito não se enquadra em qualquer das hipóteses delineadas no art. 37, do CPC, motivo pelo qual deve ser considerada ato inexistente, mormente quando a parte foi intimada para sanar a irregularidade e manteve-se inerte.” (Apelação – N. 0816666-16.2012.8.12.0001 - Campo Grande, Relator – Des. Marco André Nogueira Hanson, 3ª Câmara Cível, j. 22.10.13).

Diante do exposto, nos termos do *caput* do artigo 511 do Código de Processo Civil, não se conhece do presente recurso.

- Do apelo de Luiz Leopoldo de Paula - juros remuneratórios

Esta questão possui posicionamento pacificado no Supremo Tribunal Federal nas Súmulas 596¹ e Vinculante 7², no Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.061.530 e nesta Corte, no sentido de ser admissível sua contratação acima de 12% ao ano nos contratos bancários.

Assim, cabe apenas analisar a ocorrência ou não de sua abusividade com base no Código de Defesa do Consumidor. Na hipótese, o consumidor firmou contrato de prestação de serviço do cartão crédito. De acordo com as faturas apresentadas, as taxas cobradas foram:

Fatura	Juros contratados	Taxa média de mercado
Janeiro de 2011	14,20% a.m. e 396,14% a.a. (f. 14)	172,57% a.a.
Janeiro de 2010	5,50% a.m. e 146,93% a.a. (f. 15)	161,05% a.a.
Fevereiro de 2010	5,50% a.m. e 172,05% a.a. (f. 16)	159,52% a.a.
Fevereiro de 2011	14,20% a.m. e 489,55% a.a. (f. 17)	167,35% a.a.
Março de 2010	5,50% a.m. e 146,93% a.a. (f. 18)	160,26% a.a.
Abril de 2010	5,50% a.m. e 423,79% a.a. (f. 19)	161,31% a.a.
Maio de 2010	5,50% a.m. e 396,54% a.a. (f. 20)	160,26% a.a.
Junho de 2010	5,50% a.m. e 423,79% a.a. (f. 21)	165,10% a.a.
Julho de 2010	14,20% a.m. e 396,54% a.a. (f. 22)	167,29% a.a.
Agosto de 2010	5,50% a.m. e 396,54% a.a. (f. 23)	165,56% a.a.
Novembro de 2010	14,20% a.m. e 423,79% a.a. (f. 24)	169,39% a.a.

1 As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições financeiras públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional.

2 A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.

Verifica-se que há uma divergência considerável entre o percentual mensal aplicado e o estipulado pelo BACEN para o cheque especial, operação utilizada nos cartões de crédito por ausência de taxa específica, de forma que deve ser considerado abusivo, fato que impõe sua limitação à taxa média de mercado vigente à época da celebração do pacto.

- Princípio *duty to mitigate the loss*

Segundo os ensinamentos do mestre Flávio Tartuce, o princípio do *duty to mitigate the loss* é uma das construções inovadoras do Novo Código Civil e esta diretamente relacionada com o princípio da boa-fé objetiva, “*uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes. (Direito Civil, Ed. Método, pág. 111).*”

Com base neste princípio, o autor requer a interrupção da incidência dos juros remuneratórios a partir da distribuição da ação.

Ocorre todavia que, apesar de terem sido considerados abusivos, devendo ser reduzidos à taxa média de mercado, os juros remuneratórios são devidos negocialmente como remuneração do capital, de modo que não há qualquer motivo ensejador da sua cessação com a propositura da demanda.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se dar parcial provimento ao recurso para limitar os juros remuneratórios à taxa média de mercado utilizada para o cheque especial e eventuais valores pagos a maior devem ser restituídos na forma simples e devidamente corrigidos.

Por consequência, inverte-se a sucumbência e fixam-se os honorários em 15% sobre a diferença encontrada devidamente atualizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECERAM DO RECURSO DO BANCO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO DE LUIZ LEOPOLDO DE PAULA, 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 Jose de Brito Rodrigues e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, MS, 11 de fevereiro de 2014.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0028281-36.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA – QUEDA NO INTERIOR DE ÔNIBUS – DPVAT – SEGURO OBRIGATÓRIO DEVIDO – LESÃO DA COLUNA – INVALIDEZ PERMANENTE E PARCIAL – ACIDENTE OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.945/09 – INDENIZAÇÃO DE ACORDO COM O GRAU DE INVALIDEZ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A queda dentro de coletivo é considerada acidente de trânsito para efeito de postulação do seguro DPVAT.

Seu *quantum*, nos casos de invalidez parcial, deve ser fixado de acordo com o grau de lesão e a tabela anexa à Lei 11.945/09, vigente na época do acidente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 11 de março de 2014.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator.

RELATÓRIO

Des. Julizar Barbosa Trindade.

Trata-se de apelação cível interposta por Catarina Dionísio contra sentença que se julgou improcedente o pedido formulado na ação de cobrança de seguro obrigatório ajuizada em desfavor da Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A., por entender que o infortúnio sofrido não se caracteriza como acidente automobilístico, mas pessoal.

Defende que a lesão foi causada pelo veículo que a transportava, sendo certo que a queda dentro do ônibus coletivo é considerada acidente de trânsito para efeito de postulação de seguro obrigatório. Ao final requer o provimento do apelo.

VOTO

Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator).

Em sua peça inicial, a autora, de 64 anos, postula indenização do seguro obrigatório – DPVAT, em razão de uma queda no interior de um ônibus coletivo em que houve brusca frenagem, causando-lhe

incapacidade funcional parcial e permanente da coluna vertebral, na proporção de 50%, conforme laudo pericial (f. 92-8).

O magistrado julgou improcedente o pedido, sob o argumento de que a autora sofreu um acidente pessoal e não de trânsito.

A sentença deve ser reformada.

A Lei 6.194/74, que dispõe sobre seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, acoberta todo sinistro ocorrido em decorrência da utilização do veículo ou com a sua carga e não apenas nos abalroamentos.

No caso, a apelante estava dentro de um coletivo, que freou bruscamente provocando sua queda, restando caracterizado o acidente indenizável pelo seguro obrigatório DPVAT, pois foi o uso do veículo que gerou o dano.

Em caso semelhante, entendimento do STJ:

*“CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR VEÍCULOS DE VIA TERRESTRE (DPVAT). **QUEDA DE ÔNIBUS. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA NORMA LEI Nº 6.194/76.** 1. O seguro obrigatório (DPVAT), como cediço, é um contrato legal, de cunho social, regulamentado pela Lei n.º 6.194/74, em que o segurado é indeterminado. Ele tem por objetivo a reparação por eventual dano pessoal, independente de juízo de valor acerca da existência de culpa. Ou seja, para que o sinistro seja considerado protegido pelo seguro DPVAT é necessário que ele tenha sido ocasionado pelo uso de veículo automotor. 2. **Na hipótese, o veículo automotor (ônibus) foi a causa determinante do dano sofrido pela recorrente, sendo, portanto, cabível a indenização securitária.** 3. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que ela deve ser apurada com base no valor do salário mínimo vigente na data do evento danoso, monetariamente atualizado até o efetivo pagamento, sendo que, nos casos de invalidez parcial permanente, ela deve ser paga proporcionalmente ao grau da lesão, até o limite de 40 salários mínimos. 4. Recurso especial provido”. (STJ, REsp. 1241305/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. em 04.12.2012).*

No mesmo sentido:

“SEGURO DPVAT - RECURSOS DE APELAÇÃO MANEJADOS PELA AUTORA E PELA SEGURADORA - PRELIMINAR DE ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO - AFASTADA - PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EXAMINADA COMO MÉRITO DO RECURSO INTERPOSTO PELA SEGURADORA - MÉRITO - VALOR INDENIZATÓRIO CORRETO, QUE OBEDECEU A TABELA INSERIDA NA LEI 11.945/2009 - SEGURO DPVAT DEVIDO À PESSOA QUE SOFRE QUEDA NO INTERIOR DO ÔNIBUS - CORREÇÃO MONETÁRIA DA INDENIZAÇÃO CORRETAMENTE FIXADA A PARTIR DA DATA DO ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO - RECURSOS IMPROVIDOS. 1. (...) 2. O fato relatado recebe a proteção do seguro dpvat, tendo em vista que o dano ocorrido com a autora teve como causa determinante veículo automotor (ônibus) que, após freada brusca em quebra-molas, fez com que a autora caísse, sofrendo a invalidez relatada no laudo pericial. Precedente do STJ. 3(...).” (Ap. 0071161-14.2010.8.12.0001, 5ª Câ. Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j. em 10.10.2013).

No caso, analisando o laudo pericial de f. 92-8, verifica-se que a recorrente apresenta artrite traumática da coluna vertebral compatível com o acidente descrito na inicial, provocando dor e limitação de movimentos.

Concluindo, afirmou o *expert* que a periciada é portadora de *incapacidade funcional parcial e permanente da coluna vertebral na proporção de 50%*.

Ao julgar o Recurso Especial representativo da controvérsia 1.246.432/RS, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou sua jurisprudência consolidada na Súmula 474 no sentido de que a indenização do seguro DPVAT deve ser fixada de acordo com o grau de lesão, bem como da legitimidade da utilização da tabela do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP para aferir o montante.

A propósito:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. JULGAMENTO NOS MOLDES DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DPVAT. SEGURO OBRIGATÓRIO. INVALIDEZ PARCIAL. INDENIZAÇÃO A SER FIXADA DE ACORDO COM A PROPORCIONALIDADE DA INVALIDEZ. SÚMULA N. 474/STJ.

1. Para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil: A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial permanente do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez (Súmula n. 474/STJ).

2. Recurso Especial Provido.” (REsp. n. 1246432/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 22/05/2013).

Nesse contexto, deve ser utilizada a tabela anexa à Lei 11.945/09, que prevê para a perda anatômica ou funcional completa de um dos membros superiores a indenização correspondente a 70% do valor máximo, a ser novamente reduzido pelo percentual de perda apontado pelo perito quando é parcial, a qual nesse caso é de 50%.

Portanto, o valor devido é o resultante da seguinte operação: R\$ 13.500,00 x 70% x 50%, que corresponde a R\$ 4.725,00.

Da correção monetária

De acordo com o § 1º do artigo 5º da Lei 6.194/74, com a nova redação dada pela Lei 11.482/07, o termo inicial da correção monetária deve ser a data do evento danoso, sob pena de resultar em indevida redução da indenização.

Por oportuno:

“SEGURO. DPVAT. INDENIZAÇÃO. LEI N. 11.482/2007. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. 1. No caso de acidente ocorrido na vigência da Lei n. 11.482/2007, a indenização relativa ao seguro DPVAT deve corresponder a R\$ 13.500,00, de acordo com os percentuais previstos na tabela de condições gerais de seguro de acidente suplementada. 2. A correção monetária sobre dívida por ato ilícito incide a partir do efetivo prejuízo (Súmula n. 43/STJ). 3. Agravo regimental provido em parte para se conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento.” (EDcl no Ag 1290721/GO, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, j. 07/06/2011).

Da sucumbência

Considerando que a pretensão principal deduzida pela recorrente é a indenização do seguro DPVAT, na qual restou vitoriosa, pelo princípio da causalidade, a sucumbência deve ser carregada integralmente à seguradora, com honorários fixados em 20% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, CPC).

Conclusão

Assim, voto por se dar parcial provimento ao recurso para considerar o acidente sofrido pela autora dentro de coletivo como acidente de trânsito e fixar a condenação em R\$ 4.725,00 (quatro mil, setecentos e vinte e cinco reais). Sucumbência pela apelada e honorários advocatícios em 20% sobre o montante da condenação.

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. Marcos Jose de Brito Rodrigues.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues e Juiz Vilson Bertelli.

Campo Grande, MS, 11 de março de 2014.

5ª Câmara Cível**Apelação n. 0002098-14.2011.8.12.0017 – Nova Andradina****Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DE DIÁRIAS – VIAGEM REALIZADA POR VEREADOR PARA PARTICIPAR DE CONFERÊNCIA POLÍTICO-PARTIDÁRIO – NÍTIDO DESVIO DE FINALIDADE, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO – AUSÊNCIA DE QUALQUER BENEFÍCIO AO MUNICÍPIO – CONDENAÇÃO À DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Demonstrado que um vereador, com a conivência do presidente da câmara, recebeu diárias do erário para participar de evento político-partidário, sem qualquer interesse público da administração nesse evento, há de se reparar o dano, inclusive com multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 19 de dezembro de 2013.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator.

RELATÓRIO

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual contra sentença que julgou improcedente pedido que formulou nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada contra Adriano Palopoli e Vicente de Souza Lichoti, vereadores do município de Nova Andradina, MS.

Nas razões recursais juntadas às f. 507/520, sustenta o *Parquet* que o apelado Vicente de Souza Lichoti praticou ato de improbidade administrativa, haja vista que: 1) recebeu, de forma ilegal, as diárias de 29 e 30 de abril de 2009, pois “*ainda que o requerido tenha engajamento político na questão universitária, o recebimento de verbas públicas para participar de Congressos Universitários que não tenham reflexo direto ao interesse do Município é eivado de ilegalidade*” (f. 512) e; 2) também recebeu, de forma indevida, as diárias de 30 e 31 de maio, haja vista que elas foram destinadas para custear participação de vereador em conferência de cunho político-partidário, sendo certo que “*não houve nenhum benefício direto ao povo desta cidade com o pagamento de diárias ao vereador para assistir conferência nitidamente de cunho partidário*” (f. 512), acrescentando que o fato de o citado vereador ter sido convidado para participar do mencionado evento não tem o condão de obrigar o Município de Nova Andradina a custear tal viagem.

Diz que Adriano Palopoli deve ser condenado pela prática de ato de improbidade administrativa em razão de, na qualidade de Presidente da Câmara de Vereadores, ter *“obrigação legal de exigir ou conferir a prestação de contas relativas às diárias requeridas pelos demais vereadores e servidores, porém não fez de forma consciente”* (f. 513).

Para fins de prequestionamento, requer sejam examinados dispositivos da Constituição Federal e de lei federal discriminados às f. 519-520.

Pugna pelo provimento ao recurso para que a sentença seja reformada, com o acolhimento de todos os pedidos formulados na inicial.

Os apelados não apresentaram resposta ao recurso de apelação.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

VOTO

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos de condenação por ato de improbidade administrativa formulado nos autos da ação civil pública ajuizada contra os vereadores de Nova Andradina, MS Adriano Palopoli e Vicente de Souza Lichoti.

Examino, em capítulos separados, a conduta de cada um dos vereadores apelados:

Do apelado Vicente de Souza Lichoti.

Segundo consta da petição inicial, os atos de improbidade que teriam sido praticados pelo vereador Vicente de Souza Lichoti consistem em recebimento ilegal de diárias ocorridas nas seguintes datas: a) 29 e 30 de abril de 2009, em que foi realizada viagem para Dourados, com participação em Congresso Brasileiro de Extensão Universitária realizada pela Universidade Federal da Grande Dourados; b) 30 e 31 de maio de 2009, em que foi realizada viagem para São Bernardo do Campo, com participação na X Conferência de Articulação de Esquerda; e c) 27 de novembro de 2009 (duas diárias) para Campo Grande, para visita o INCRA, IFMS e Assembleia Legislativa e escritório do Senador Delcídio do Amaral.

Desde logo, registro que o apelante não combateu os fundamentos utilizados pela julgadora de primeiro grau para julgar improcedente o pedido relacionado ao ressarcimento de diárias ocorridas em 27 de novembro de 2009, fundamentos que foram os seguintes:

“C) 27 de novembro de 2009 (duas diárias) para Campo Grande: a proposta e concessão de diária relativa à primeira diária foi acostada à f. 240, para custeio de viagem a Campo Grande em 25/11/2009, em automóvel locado, para audiência no INCRA às 9:00 hs e às 15:00 hs (“Garça Branca” e “Teijin Mato”) e no IFMS (às 13:00 hs, “inauguração da Escola Técnica de Nova Andradina”). Já à f. 247 acostou-se uma segunda proposta e concessão de diária para viagem também a Campo Grande, mas agora no dia 27/11/2009, para visita à Assembleia Legislativa, Dep. Pedro Kemp, reunião com membros da Comunidade São Pedro de Nova Andradina, além de reunião no escritório do senador Delcídio do Amaral. O relatório de viagem relativo às duas viagens está juntado à f. 243, conforme descrição do campo “serviços executados e pessoas contactadas”. Os documentos de f. 241-242/244-246/248 demonstram o pagamento das duas diárias ao réu.

Seguido o procedimento previsto na Resolução nº 001/97.

Neste item, o Ministério Público limitou-se a questionar o número de diárias solicitadas (duas ao invés de uma) “para uma única viagem, em um único dia” (f. 06, primeiro parágrafo, da inicial). Não questionou se houve extravasamento da finalidade pública, como nos casos acima.

Conforme já mencionado poucas linhas acima, neste ponto foram realizadas duas viagens, conforme documentação referida, em dois dias diferentes (25 e 27 de novembro de 2011), não apenas em um dia.

Inexistente, portanto, irregularidade.”

Extraí-se da leitura dos fundamentos da sentença não combatida pelo órgão ministerial que ocorreram duas viagens, a primeira em 25 de novembro de 2009 e a segunda em 27 de novembro de 2009, estando correta a sentença de improcedência em razão de o Ministério Público não ter sustentado eventual ausência de finalidade pública nas mencionadas viagens que deram causa ao pagamento das duas diárias.

No que diz respeito às diárias de 29 e 30 de abril de 2009, os fundamentos de improcedência do pedido foram os seguintes:

“A) 29 e 30 de abril de 2009 (Dourados): a proposta e concessão de diárias acostada à f. 145 demonstra que efetivamente as diárias foram solicitadas pelo primeiro requerido para custear viagem a Dourados. O objetivo seria a participação no Congresso Brasileiro de Extensão Universitária realizado pela Universidade Federal da Grande Dourados. Consta ainda o relatório de viagem à f. 149 assinado pelo próprio vereador e réu Vicente. Às f. 146-148/150 verificam-se ordens de pagamento e cheque nominal ao réu em questão, demonstrando o recebimento dos valores.

No que toca a essa viagem, entendo não ter havido irregularidade frente ao procedimento previsto na Resolução nº 001/97.

Quanto ao mais, embora intitulado Congresso, demonstrou-se nestes autos através da oitiva de Hélio Alves (f. 438/441), que os assuntos tratados no encontro poderiam ter interesse reflexo a Nova Andradina, já que era de interesse dessa cidade a implantação do curso de história no campus local da UFMS. Apesar de não ter sido compromissado, é de se dar crédito à versão do declarante em função de que é notório o interesse político e público nesta cidade na implantação/manutenção dos cursos de História e Geografia no campus da UFMS em Nova Andradina.

É notório nesta cidade e foi demonstrado nestes autos (depoimento de Sérgio Anastácio de Souza Junior, f. 451), que o réu Vicente tem seu nome vinculado à atuação política na área estudantil, em especial em políticas públicas para a juventude. Ainda através do mesmo depoimento, demonstrou-se que no Congresso em questão apresentaram-se projetos ligados à atividade científica, além de terem sido realizados workshops com tema importante para a política municipal, qual seja, a agricultura familiar. Não se desconhece, por experiência própria desta magistrada, a importância havida na participação em eventos em que se discutem assuntos relativos aos problemas enfrentados pelos gestores públicos no dia-a-dia, mormente quando se discutem abertamente possíveis soluções. A troca de experiências é inevitável. Para muito além do ganho intelectual, os chamados on-the-job-training (tradução livre: formação em exercício) possibilitados pelos workshops (tradução livre: mostra de trabalhos), como no caso presente, invariavelmente influenciam de maneira positiva o perfil do profissional. E não há dúvida de que os assuntos tratados (agricultura familiar/futuro dos cursos locais da UFMS) eram relevantes a este Município.

Não se vislumbra, portanto, infringência à moralidade administrativa, nem à razoabilidade ou eficiência.

Note-se que não há controvérsia quanto à presença, ou não, do réu ao congresso, motivo pelo qual se considera tê-lo efetivamente freqüentado”.

Apesar dos fundamentos acima expostos, o *Parquet* sustenta equívoco na sentença pois “*ainda que o requerido tenha engajamento político na questão universitária, o recebimento de verbas públicas para participar de Congressos Universitários que não tenham reflexo direto ao interesse do Município é eivado de ilegalidade*” (f. 512).

Em que pese os fundamentos expostos pelo órgão ministerial, entendo que não restou demonstrado o desvio de finalidade, pois as peculiaridades do caso concreto revelam que a participação no Congresso Universitário em Dourados não pode ser comparada a um simples passeio desprovido de qualquer interesse público.

Com efeito, dentre as várias matérias discutidas no Congresso realizado em Dourados, ocorreu debate relacionado à agricultura familiar e instalação de curso de História e Geografia no *campus* da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul no Município de Nova Andradina.

Diante de tais peculiaridades, tal como a julgadora de primeiro grau entendo que os mencionados assuntos trazem benefícios ao Município de Nova Andradina, daí o interesse do legislativo municipal em se fazer representar no referido Congresso. Logo, justas as despesas com esse evento.

Quanto às diárias de 30 e 31 de maio de 2009, tal matéria foi tratada na sentença nos seguintes termos:

“B) 30 e 31 de maio de 2009 (São Bernardo do Campo): o documento intitulado proposta e concessão de diária de f. 163 refere que o primeiro réu solicitou 1 (uma) diária e meia para custear as despesas havidas com viagem a São Bernardo do Campo, para participação na X Conferência Nacional de Articulação de Esquerda de 28 a 31 de maio de 2009. O relatório de viagem acostado à f. 167 foi preenchido, em observância ao quanto disposto na Resolução 001/97. Não se controverteu o fato de ter o réu comparecido ao citado evento nas datas mencionadas, mas, resumidamente, afirmou o MPE na inicial que o próprio vereador poderia custear a viagem porque o evento seria político-partidário. Os documentos de f. 165-166 demonstram o pagamento ao réu.

Também no que toca a essa viagem, entendo não ter havido irregularidade frente ao procedimento previsto na Resolução nº 001/97, já que pedido de diária e relatório foram feitos.

Não se vislumbra ter havido imoralidade na solicitação das diárias. Apesar de o evento ter se estendido por 3 (três) dias, o réu limitou-se a pedir 1 (uma) diária e meia, inexistindo excesso sob esse prisma.

A questão relativa de o evento ter ou não exclusiva nuance político-partidária, por si só, não impede que o deslocamento do vereador réu tenha se dado a trabalho. O relatório de viagem de f. 167 demonstra que o réu representou, como delegado, o Estado do Mato Grosso do Sul em tal Conferência. O teor do citado documento não foi impugnado pelo MPE. Ora, se foi representando o Estado do Mato Grosso do Sul, fora convidado a tanto. O evento, portanto, tinha cunho oficial.

Ademais, o declarante Hélio Alves (f. 438/441) confirmou que a participação do réu no evento teria trazido benefícios a esta cidade, uma vez que foram tratados assuntos relativos a projetos na área de pescada (sendo inclusive um projeto deste Município o

da inclusão do pescado na merenda escolar), sendo certo que na reunião foram feitos contatos pessoais, possibilitando fosse realizada a visita do técnico Sr. Adilson Nascimento aos Assentamentos Santa Olga e Laranjal para realização de cursos.

Não se vislumbra irregularidade neste pedido e concessão de diárias.”

Quanto a este tópico, o Ministério Público sustenta ilegalidade no ressarcimento das mencionadas diárias, haja vista que elas foram destinadas para custear participação de vereador em conferência de cunho político-partidário, sendo certo que *“não houve nenhum benefício direto ao povo desta cidade com o pagamento de diárias ao vereador para assistir conferência nitidamente de cunho partidário”* (f. 512), acrescentando que o fato de o citado vereador ter sido convidado para participar do mencionado evento não tem o condão de obrigar o Município de Nova Andradina a custear tal viagem.

Razão assiste ao apelante.

É que o fato de o evento a que foi convidado o vereador ser de natureza político-partidário, por si só, induz sua responsabilidade de arcar com os custos da viagem. Afinal, não é lícito confundir interesse exclusivo de um determinado partido político com interesse da comunidade de Nova Andradina.

Consoante bem destacado nas razões recursais, não se está aqui questionando a importância dos partidos políticos, mas sim o fato de que os partidos políticos destinam verbas para a manutenção e formação política de seus membros e, nestas circunstâncias, revela-se impossível pretender que o Município de Nova Andradina, por meio da Câmara de Vereadores, venha custear viagem de natureza político-partidária, principalmente para debater *o futuro de um partido político*, como foi o caso tratado no referido Congresso.

Vê-se da programação desse congresso que o evento foi realizado com a seguinte intenção¹:

*“A Articulação de Esquerda (AE) é uma **tendência interna do Partido dos Trabalhadores. Existe para a defesa de um PT de luta, de massa, democrático, socialista e revolucionário.** (...).Nosso objetivo estratégico é **reconstruir o PT enquanto partido democrático, revolucionário e socialista.**”*

Veja-se outros temas tratados nesse evento²:

“As Eleições de 2010 A eleição presidencial de 2010 terá repercussões estratégicas na América Latina, no Brasil e no PT. (...).

*No Brasil, país marcado historicamente pela desigualdade, pelo conservadorismo político e pela dependência externa, a eleição de Lula em 2002 abriu a possibilidade de fazer do governo federal um instrumento na luta por mudanças neste modelo. A chegada ao governo federal permitiu que a esquerda brasileira submetesse ao teste da prática as diferentes estratégias que, dentro e fora do Partido dos Trabalhadores, se propõem a colocar a luta eleitoral institucional a serviço de uma estratégia socialista. **Uma vitória da candidatura do PT em 2010 permitirá dar continuidade e aprofundar estes processos, agora em uma conjuntura internacional totalmente distinta, que exige ações mais ousadas e avançadas.***

Já uma derrota da candidatura do PT em 2010 significaria um retrocesso em larga escala, no Brasil e no continente.

1 Vide: <http://ae-rondonia.blogspot.com.br/2009/09/articular-o-que.html>

2 Vide: Resoluções da XI Conferência Nacional da Articulação de Esquerda - Tendência Interna do Partido dos Trabalhadores, São Bernardo do Campo, 29, 30 e 31 de maio de 2009.

*Para além dos efeitos danosos sobre a vida do povo, **uma derrota em 2010 teria efeitos desastrosos para o conjunto da esquerda brasileira.***

A direita brasileira, revanchista e rancorosa, dá sinais explícitos do que faria em caso de vitória: uma perseguição contra toda a esquerda política e social.

Por outro lado, teríamos uma exacerbação dos conflitos no interior da esquerda, como é típico em momentos similares.

Por tudo isto que dissemos antes, a principal tarefa do PT é construir as condições para nossa vitória nas eleições gerais de 2010, mantendo a presidência da República, ampliando nossa presença nos governos estaduais, Senado e Câmara dos Deputados, criando as condições institucionais, políticas e ideológicas para mudanças mais profundas em nosso país.

*Setores minoritários da esquerda política e social brasileira fazem oposição ao governo Lula e não estão de acordo com esta tarefa. A estes setores devemos demonstrar, pacientemente, o que está em jogo nas eleições de 2010 e **os efeitos trágicos que adviriam de uma derrota.***

Outros setores da esquerda brasileira, embora defendam o governo e a necessidade de vencer as eleições de 2010, concebem as eleições do próximo ano como um momento de auto-construção, mesmo que em detrimento da unidade do campo democrático-popular na disputa presidencial. A estes setores devemos convencer da necessidade de marcharmos juntos, fazendo da candidatura petista à presidência da República, desde o primeiro turno, a candidatura do conjunto do campo democrático-popular.

Finalmente, há na esquerda brasileira os que encaram 2010 como um momento estritamente eleitoral. É necessário demonstrar, para estes setores, que vencer em 2010 é muito mais do que vencer uma eleição: trata-se de uma tarefa que começa agora, no enfrentamento da crise; passa 2010 e os próximos anos Resoluções da XI Conferência Nacional da Articulação de Esquerda 5 por recompor, na luta e no acordo programático, o campo democrático-popular; e inclui construir uma estratégia para o que virá após 2010.

Dois campos políticos e sociais vão se enfrentar nas eleições presidenciais de 2010: de um lado, as forças de esquerda e progressistas, encabeçadas pelo PT; de outro lado, as forças neoliberais e de direita, capitaneadas pelo PSDB. Petistas e tucanos constituem, hoje, no âmbito dos partidos, a face mais visível dos dois blocos históricos que disputaram os rumos do Brasil ao longo de todo o século XX: o bloco conservador, dependente e monopolista; e o bloco nacional, democrático e popular. Desde agora e até o final do segundo turno de 2010, todas as forças políticas e sociais do país se agruparão em torno de um destes blocos. Como ocorreu em 2006, não haverá espaço para o abstencionismo nem para a neutralidade.

O confronto de 2010 repetirá, com algumas diferenças importantes, o que vem ocorrendo desde 1989, passando por 1994, 1998, 2002 e 2006.

Uma das diferenças em relação às disputas passadas, é que poderemos mostrar, a nosso favor, o que foi feito ao longo de oito anos de governo.

(...).

Muito provavelmente, o candidato do PSDB e do DEM esquecerá o que disse e o que fez, apresentando-se desde já como “desenvolvimentista” e “keynesiano”. Por isto, precisamos lembrar o que estes partidos fizeram com nosso país, até 2002; recordar a herança maldita; comparar os efeitos da crise sobre o Brasil, no governo deles e no

nosso; denunciar as medidas anti-populares que o PSDB e o DEM propõem, aqui e agora; mostrando, enfim, o desastre social que resultaria de um retorno destes partidos ao governo.

(...).

Evidentemente, o resultado das eleições de 2010 não está definido. Por um lado, temos a popularidade do governo federal e de Lula, bem como a força eleitoral do PT e do campo democrático-popular. De outro lado, temos uma burguesia e um bloco conservador que jogará todas as suas energias na tentativa de reconquistar a presidência da República, por saber que uma terceira vitória do PT, das forças de esquerda e progressistas, terá um impacto político e simbólico enorme, não apenas demonstrando que nosso campo é capaz de vencer com outro candidato que não Lula, mas também criando melhores condições para mudanças estruturais. A vitória do campo democrático-popular nas eleições de 2010 começa a ser construída agora, no enfrentamento da crise, na definição da política de alianças e da linha de campanha, na escolha da candidatura presidencial, na recomposição do campo democrático-popular, na definição do programa do próximo mandato presidencial, na reformulação de nossa estratégia.”

Pergunta-se: qual o benefício público que teria o município de Nova Andradina com esse evento realizado em São Bernardo do Campo? O que isso representou de útil para o município?

O político - e não o erário - deve arcar com as despesas de participação nesses eventos de cunho nitidamente ideológico, de tendência político-partidário.

Logo, deve o apelado ressarcir a quantia de R\$ 1.035,00 (um mil e trinta e cinco reais), constante à f. 166, que foi destinada ao pagamento da diária ocorrida na viagem feita pelo apelado à São Bernardo do Campo, para participação na X Conferência Nacional de Articulação de Esquerda de 28 a 31 de maio de 2009.

Além desse ressarcimento, tenho por razoável a aplicação da multa civil prevista no inciso II do artigo 12 da Lei 8429/92, que permite, quando a conduta ímproba causar dano ao erário, que seja fixada multa de até duas vezes o valor do dano.

No caso, revela-se razoável a aplicação da multa civil do dobro do valor do dano causado, isto é, multa de R\$ 2.070,00 (dois mil e setenta reais); somando tal multa civil com o valor da diária indevidamente paga, o valor total devido corresponde a R\$ 3.105,00 (três mil cento e cinco reais).

Entretanto, não vejo como acolher o pedido de condenação deste réu em todas as outras penas previstas nos incisos I e III do artigo 12 da Lei n. 8.429/92, dentre elas a perda da função pública, suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público.

O alicerce nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade justifica a rejeição do pedido de imposição de sanção mais severa do que a devolução ao erário do valor recebido indevidamente, com juros, multa e correção monetária.

Com efeito, a penalidade deve ser condizente com o ilícito praticado, sem que isso implique prestígio à impunidade, daí a exigência do artigo 12, *caput*, da Lei n. 8.429/92 de adequar a sanção à “gravidade do fato”.

As penas de perda da função pública, suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público são drásticas demais frente às circunstâncias do caso destes autos.

Então, sobreleva somente a imposição de ressarcimento ao erário e a multa civil em dobro do dano, acrescido com juros e correção monetária, o que se mostra adequado.

Em caso semelhante este Tribunal de Justiça produziu acórdão cuja ementa, na parte em que interessa, contém os seguintes dizeres:

“(...) O alicerce nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade justifica a rejeição da insurgência do requerente quanto à imposição de sanção mais severa do que a devolução ao erário do valor recebido indevidamente. A penalidade deve ser condizente com o ilícito praticado, sem que isso implique prestígio à impunidade, daí a exigência do artigo 12, caput, da Lei n. 8.429/92 de adequar a sanção à “gravidade do fato”. (TJMS – 1ª Câmara Cível – Apelação – N. 0002102-51.2011.8.12.0017 - Nova Andradina – Relator – Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maranhão, julgado em 8.10.2013).

Diante das razões acima expostas, reputo que a penalidade que deve ser aplicada ao apelado é o ressarcimento da quantia total de R\$ 3.105,00 (três mil cento e cinco reais), devidamente corrigida pelo IGPM a partir da data da emissão do cheque juntado à f.166, acrescida de juros de mora de um por cento ao mês a contar da citação.

Do apelado Adriano Palapoli.

O apelado Adriano Palapoli, Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Nova Andradina/MS não foi condenado pela prática de ato de improbidade administrativa, apresentando a julgadora de primeiro grau os seguintes fundamentos, como razão de decidir:

“Com relação ao réu Adriano Palapoli, não encontro provas de sua participação consciente, voluntária e deliberada no sentido de permitir a ocorrência de dano. Não há qualquer prova de que tenha agido com má-fé, de forma deliberada, ou mesmo com culpa, a fim de propiciar o gozo de vantagens indevidas pelo outro vereador. Aliás, conforme acima motivado, não se vislumbrou irregularidade ou ilicitude nos pedidos de diárias mencionados na inicial relativos ao vereador Vicente Lichoti.

Ademais, ao que consta, o requerido Adriano Palapoli seguiu estritamente o quanto previsto em regulamento (Resolução n. 001/97, vigente à época dos fatos e que dispunha sobre o procedimento para concessão de diárias aos membros do Poder Legislativo de Nova Andradina), não podendo falar tenha ele ferido o princípio da legalidade.

A discussão acerca do conteúdo ou da validade dos dispositivos de tal resolução frente a outros princípios constitucionais, como o da moralidade, é outra questão que não deve ser examinada nestes autos. Aqui, discute-se se a conduta do requerido Adriano é legal ou não. Ao que se observa, o procedimento previsto na referida resolução para concessão da diária foi seguido pelo então Presidente da Câmara, motivo a afastar a sua responsabilidade sobre os atos do outro edil.”

Neste tópico, o apelante sustenta que a sentença deve ser reformada porque o apelado acima nominado, na qualidade de Presidente da Câmara de Vereadores, tinha “*obrigação legal de exigir ou conferir a prestação de contas relativas às diárias requeridas pelos demais vereadores e servidores, porém não fez de forma consciente*” (f. 513).

Tenho que o recurso merece provimento.

O pagamento da diária relacionada a viagem à São Bernardo do Campo caracterizou ato manifestamente ilegal e até de fácil percepção, porquanto o apelado, na qualidade de vereador presidente da câmara, tinha a obrigação de saber que viagem com propósito exclusivamente político-partidário não deveria ser custeada pelo erário.

Como já assinalado no tópico anterior, os partidos políticos destinam verbas para a manutenção e formação política de seus membros; o apelado, consciente desse fato, deve ser condenado, de forma solidária, ao pagamento ilegal efetuado ao seu colega, vereador Vicente de Souza Lichoti, no valor de R\$ 1.035,00 (mil e trinta e cinco reais).

Além desse ressarcimento, tenho por razoável a aplicação da multa civil prevista no inciso II do artigo 12 da Lei n. 8.429/92, que permite, quando a conduta ímproba causar dano ao erário, seja fixada multa de até duas vezes o valor do dano, nos moldes acima delineados.

Também reputo desnecessária a aplicação de outras sanções além daquela referente ao ressarcimento das diárias, pois isto implicaria em ofensa ao princípio da proporcionalidade, tal como explicado no tópico anterior.

Conclusão:

Posto isso, conheço do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual e dou-lhe provimento parcial, em parte com o parecer, para o fim de julgar parcialmente procedente a pretensão manifestada na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, para condenar os apelados Adriano Palopoli e Vicente de Souza Lichoti a restituir ao erário a quantia de R\$ 3.105,00 (três mil e cento e cinco reais), corrigida pelo IGPM a partir da data da emissão do cheque juntado à f. 166 (haverá correção tanto do principal quanto da multa), acrescida de juros de mora de um por cento ao mês a partir da citação.

Deixo de condenar os apelados nas penalidades de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, e deixo de decretar-lhe a suspensão dos direitos políticos, por entender que a punição de ressarcimento do dano, atualizada e com multa, é suficiente para evitar a reiteração de conduta e para reparar o mal provocado, considerando ainda a pequena extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelos apelados.

Condeno os apelados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, MS, 19 de dezembro de 2013.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0120690-70.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ÁREA DESTINADA A PASSAGEM DE LINHA DE TRANSMISSÃO ELÉTRICA – EDIFICAÇÃO EM FAIXA DE SEGURANÇA – IGNORÂNCIA DO VÍCIO – EDIFICAÇÃO SOB A FAIXA DE SEGURANÇA – POSSE DE BOA-FÉ – DIREITO A INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS – ART. 1.219 CÓDIGO CIVIL – RECURSO IMPROVIDO.

A boa-fé da posse decorre da ignorância do possuidor do vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa. A edificação em faixa de segurança, e não sob a linha de transmissão de energia, conforme apurado nos autos, reforça a boa-fé e, por via de consequência, o direito de ressarcimento das benfeitorias necessárias e úteis introduzidas no 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 27 de fevereiro de 2014.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator.

RELATÓRIO

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Enersul – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A interpõe recurso de apelação visando reformar a sentença proferida nos autos da ação possessória proposta contra Lúcio Rosa Insfran e Luiz Renato de Barros, na parte que lhe condenou ao pagamento de benfeitorias úteis realizadas em área de sua propriedade, em favor do último.

Salienta a inadmissibilidade de se admitir, como fez o magistrado, a posse de boa-fé de Luiz Renato de Barros em área próxima à linha de transmissão de energia elétrica, porque, “(...) *ainda que não esteja recheada de avisos de perigo e de quem seja o seu proprietário, integra a subestação de energia* (f. 296), somando-se ao fato da aquisição do direito possessório por uma quantia ínfima (R\$ 4.000,00).”

Menciona a invasão da área ligada ao serviço público concedido, cuja propriedade pela usucapião é impossível, como também o é a ocupação de boa-fé pelo apelado Luiz Renato de Barros e sua obrigação de indenizá-lo pelas benfeitorias por este feitas no local.

Contrarrazões às f. 306-311.

VOTO

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator).

Opõe-se a Enersul ao reconhecimento da posse de boa-fé de Luiz Renato de Barros em área de sua propriedade, por ser destinada a passagem de linha de transmissão de alta tensão e a sua obrigação de indenizar àquele das benfeitorias úteis realizadas.

O faz, no entanto, sem razão.

O fato de não conter indicativo na área quanto a propriedade e área de ‘perigo’ não retira a boa-fé da posse do apelado, mesmo porque, conforme se extrai dos autos, a edificação não está sob as linhas de transmissão, mas em área contígua, denominada de faixa de segurança, o que, por si só, não há como indicar a cientificação do apelado da impossibilidade da edificação e mesmo da inviabilidade de aquisição da propriedade pelo decurso do tempo.

A boa-fé é retratada por Carlos Roberto Gonçalves¹ da seguinte forma:

“O Código Civil brasileiro, no art. 1.201, conceitua a posse de boa-fé como aquela em que ‘o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa’. Decorre da consciência de se ter adquirido a posse por meios legítimos. O seu conceito, portanto, funda-se em dados psicológicos, em critério subjetivo.

É de suma importância, para caracterizar a posse de boa-fé, a crença do possuidor de se encontrar em uma situação legítima. Se ignora a existência de vício na aquisição da posse, ela é de boa-fé; se o vício é de seu conhecimento, a posse é de má-fé. Para verificar se uma posse é justa ou injusta, o critério, entretanto, é objetivo: examina-se a existência ou não dos vícios apontados.

Assim, segundo Silvio Rodrigues, o que distingue uma posse da outra é a posição psicológica do possuidor. Se sabe da existência do vício, sua posse é de má-fé. Se ignora o vício que a macula, sua posse é de boa-fé.” (destaque do original).

Diante desses conceitos, e com sustentação no conteúdo dos autos, tenho a firme convicção de que a posse do apelado é, de fato, de boa-fé, pois, como dito, por não estar a área edificada sob a linha de transmissão, mas distante cerca de aproximadamente 40 ou 50 metros, como dito pela testemunha Davi (f. 247) é perfeitamente reconhecível a ignorância do apelado quanto a impossibilidade de nela habitar, mesmo porque, a faixa de segurança varia de acordo com a capacidade da linha de transmissão.

Apenas a título de exemplificação, busquei na internet uma referência e obtive os seguintes dados divulgados pela CELG²:

Tabela 1 – Faixas de Segurança

Tensão (kV)	Largura (m)	Observação
69	12	6 m para cada lado do eixo da LT
138	16	8 m para cada lado do eixo da LT
230	35	17,5 m para cada lado do eixo da LT

Ademais, a ocupação da área, também segundo consta às f. 247, data de mais de 20 anos, como informou Davi quando ouvido em juízo:

¹ *Direito Civil Brasileiro*, vol. V, 4ª ed., ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 75.

² <https://www.celg.com.br/arquivos/dadosTecnicos/normasTecnicas/ET-LTP.pdf>

“Disse que comprou a casa em 2005, da Sra. Maria, tendo entregue o recibo à Defensora Patrícia. Comprou o imóvel para sua filha Silvana Morar, ocasiã (sic) em que ela vivia maritalmente com um homem chamado Renato. Renato se separou de Silvana, que ficou morando sozinha no imóvel, até estabelecer nova união marital, há uns 2 anos e meio, com Izaias. A casa é ligada à rede de energia, sendo a ligação em nome de Silvana desde 2005. Não há passagem de cabos de energia da Enersul em cima da casa. Os cabos passam a uns 40 ou 50 metros. Quando o depoente comprou a casa já haviam as torres de transmissão de energia. Quando comprou o imóvel da Dona Maria, ela já residia no imóvel há 16 anos. Foi o marido da Dona Maria, Sr. Moacir, quem construiu o imóvel. Não sabe se quando Moacir construiu a casa já haviam ou não as torres de transmissão de energia. Quando o depoente comprou a casa, esta era de madeira com telhas de amianto. O depoente utilizou o alicerce da casa e construiu paredes de alvenaria e colocou telhas de francesas. Também colocou vitrões, portas, dois portões e fez um poço artesiano. (...) (f. 247).

As testemunhas Alfredo Miero (f. 249) e Solange Roberto (f. 250), confirmam a edificação e a localização da casa, o que, certamente, não desvirtua a inconsciência do apelado quanto a destinação da área – faixa de segurança de linha de transmissão – e a impossibilidade de edificação.

Não coaduno com a alegação da apelante de que a aquisição da posse por valor ínfimo por si só afasta a boa-fé, porque não se pode perder de vista que se está diante de singela aquisição de posse. Caso houvesse a aquisição da propriedade, aí sim poderia surgir dúvida quanto o conhecimento do vício por parte do adquirente.

Não bastasse, extrai-se dos autos que a habitação do apelado está devidamente servida pelo sistema de energia explorado pela própria apelante. Ora, se no local não pode haver edificação por se tratar de faixa de segurança, não poderia ela ter acolhido, consentido, o pedido de ligação da rede de energia elétrica como fez.

Sendo a posse do apelado de boa-fé a indenização das benfeitorias úteis é imperativa, nos termos do art. 1.219 do Código Civil.

Neste sentido veja-se precedentes:

“(...) Evidenciada a boa-fé do possuidor do imóvel e tendo ele realizado benfeitorias úteis que implicaram valorização do bem, tem ele direito a retenção do imóvel, objeto de ação de reintegração de posse, até que seja ressarcido das despesas que dispendeu para aquele fim.” (TJMS, Embargos de Declaração n. 0042781-15.2009.8.12.0001/50000, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j. 3 de dezembro de 2013, 3ª Câmara Cível).

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REINVIDICATÓRIA – USUCAPIÃO COMO MATÉRIA DE DEFESA – OCUPAÇÃO DE LOTE URBANO QUE ACONTECEU DURANTE O PERÍODO DE MUDANÇA DO CÓDIGO CIVIL – PRAZO USUCAPIENDO INFERIOR NO NOVO CÓDIGO – REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028 – INSTRUÇÃO PROBATÓRIA SUPERFICIAL - TESTEMUNHAS CONTRADITÓRIAS – NÃO COMPROVAÇÃO SUBSTANCIAL DO DIES A QUO DO PRAZO USUCAPIENDO – IMPOSSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL AQUISITIVO A SER APLICADO, SE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 OU DE 2002 – NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS PARA ADOÇÃO DOS PRAZOS INFERIORES DO ART. 1.238 E PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – NÃO EVIDENCIADO O LAPSO TEMPORAL USUCAPIENDO – POSSE DE BOA-FÉ – DIREITO À RETENÇÃO DAS BENFEITORIAS – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.” (TJMS, Apelação Cível n. 2011.020580-0/0000-00, Relator Designado Des. Vladimir Abreu da Silva, j. 20.10.2011, Quinta Turma Cível).

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, MS, 27 de fevereiro de 2014.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0800181-29.2013.8.12.0025 - Bandeirantes
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA DE DINHEIRO DEPOSITADO NA CONTA CORRENTE DA SÓCIA DA EMPRESA – DESPERSONALIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA – ARTS. 134, VII E 135, II, DO CTN, C/C ART. 50 DO CC E 592 DO CPC – FECHAMENTO IRREGULAR DA EMPRESA – CITAÇÃO/INTIMAÇÃO FEITA POR EDITAL – DIVERSAS DILIGÊNCIAS PELO OFICIAL DE JUSTIÇA INFRUTÍFERAS – RETIRADA DA SOCIEDADE POSTERIOR A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO – RECURSO IMPROVIDO.

Quando diversas são as diligências - e todas infrutíferas -, para citar e intimar a pessoa jurídica, depois a sócia, da execução fiscal, da penhora *on line* e prazo para defesa, escoreita a feita por edital.

O fechamento irregular da empresa e a ausência de bens desta para satisfazer o fisco dos tributos devidos, é motivação suficiente para que seja desconsiderada a personalidade jurídica e a execução redirecionada para a sócia, cuja responsabilidade permanece em relação aos tributos gerados ao tempo em que figurava nos atos constitutivos empresariais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, MS, 30 de janeiro de 2014.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator.

RELATÓRIO

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Eliete Ferreira Leite manifesta interesse na reforma da sentença que inacolheu pedidos formulados por si nos autos de embargos de terceiro que ingressou contra o Estado de Mato Grosso do Sul.

Destaca a apelante nunca ter sido parte no processo executivo fiscal e que, mesmo assim, foi surpreendida com constrição de numerário depositado em sua conta corrente sem, contudo, lhe ter sido oportunizado direito de defesa, circunstância, inclusive, que leva a decretação de nulidade da decisão que desconsiderou a pessoa jurídica da qual era sócia, corroborado com o fato de que desde 2009 “*não pertence mais ao quadro de sócios da empresa executada, assim totalmente ilegítima para participar do certame e para se promover a desconsideração*” (f. 71).

Requer a devolução do dinheiro penhorado de sua conta corrente, nulidade da decisão que desconsiderou a pessoa jurídica em razão de não ter figurado no polo passivo da execução fiscal, tanto que sequer foi citada, e por não mais pertencer a pessoa jurídica desde 2009.

Contrarrazões às f. 81-87.

VOTO

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator).

Para julgar improcedente o pedido de desbloqueio de numerário em conta corrente formulado em embargos de terceiro por Eliete Ferreira Leite, assim fundamentou o juízo *a quo*:

“Colhe-se dos autos da execução fiscal, em apenso, que, após a tentativa de localização empresa cuja embargante era sócia, foi constatado o encerramento irregular, razão pela qual o juízo acolheu o pleito do Estado e promoveu o redirecionamento da execução fiscal (fl. 25 dos autos em apenso).

Foi determinada a citação editalícia dos réus, bem como a nomeação de curador especial, conforme fls. 26 e 31/32 dos autos em apenso.

Portanto, houve a citação ficta da parte embargante, não havendo que se falar em violação ao contraditório e à ampla defesa.

Não prospera a tese da embargante de saída da sociedade empresária, já que a execução é relativa ao período de março e abril de 2009 (fls. 2/5 do feito executivo), sendo que sua saída da sociedade ocorreu apenas em 01.12.2009 (fls. 14/15 dos presentes autos).

Pelas razões expostas, julgo improcedente o pedido.

Autorizo a liberação dos valores penhorados ao Estado de MS.

Custas e honorários pela parte vencida, sendo que fixo os honorários em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 3º, CPC. (f. 59.60).”

Alega a apelante da impossibilidade de ser penhorado numerário de sua conta corrente para pagamento do débito fiscal de pessoa jurídica da qual foi sócia, em razão de não ter integrado o polo passivo da execução, mas tão somente o Auto Posto Jotaze Ltda., o que não pode ser confundido com a pessoa dos sócios, gerando, inclusive, nulidade da decisão que desconsiderou a pessoa jurídica, face a ausência do contraditório.

Examinando os autos da execução fiscal, constata-se às f. 28 que tanto a pessoa jurídica da qual é sócia, como a apelante, foram citadas e intimadas dos termos da execução, inclusive para se defenderem pela via própria.

A modalidade utilizada - edital - deu-se após as inúmeras diligências frustradas pelo Oficial de Justiça, quer em relação à representante da pessoa jurídica, que se confunde com a apelante, quer em relação a esta, na qualidade de sócia daquela.

Com o sucesso da penhora de dinheiro depositado em nome da apelante e em razão de não localizá-la, foi intimada igualmente via edital, da constrição.

A partir de então é que a apelante ingressou aos autos, o que deixa patente que o chamamento e divulgação dos atos praticados no processo de execução atingiram seu objetivo, tanto que opôs embargos de terceiro, afastando, deste modo, a alegação de ofensa ao princípio do contraditório.

Quanto a sujeição de bens da sócia é ela perfeitamente adequada, nos termos dos arts. 134, VII e III do art. 135 do CTN, 50 do Código Civil e inc. II do art. 592 do CPC.

Luiz Alberto Garcia de Faria¹, comentando o art. 135 do CTN, ressalta:

“Questões muito fluentes nos Tribunais envolvendo o dispositivo em foco dizem respeito à dissolução irregular de sociedades e ao não recolhimento de tributos. No primeiro caso, a jurisprudência praticamente já se firmou, com acerto, pela responsabilidade solidária dos sócios. (...)”

Execução fiscal. Inclusão de sócio. Redirecionamento da execução. I. Se a sociedade de responsabilidade limitada não tem bens para garantir a execução e, mais, não é encontrada, o sócio-gerente deve ser responsabilizado pelas dividas da empresa. Por mais que se diga que a pessoa jurídica tem personalidade distinta da dos sócios que a compõem, não se pode abstrai-los. 2. Agravo de Instrumento provido”. (TRF-1ª R., 7ª T., AG 2003.01.00.022705-0/MG, rel. Des. Antônio Ezequiel da Silva, rel. p/acordão Des. Tourinho Neto, DJ 13.10.2004, p. 31).

Quanto a retirada da sociedade, conforme consta do documento de f. 14-15, a apelante só se retirou em 01.12.2009, enquanto que os débitos fiscais em execução datam de abril de 2009, período em que a apelante atuava na empresa como sócia, preservando, deste modo, a responsabilidade desta.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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, MS, 30 de janeiro de 2014.

¹ Cód. Tributário Nacional Comentado, 5ª ed., São Paulo: RT, 2011, p. 725 e 726.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0001597-97.2011.8.12.0037 - Itaporã
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL – PREÇO INDEXADO EM PRODUTO – NULIDADE DA AVENÇA – ESTATUTO DA TERRA – PRECEDENTES DO STJ – NULIDADE DA EXECUÇÃO POR ILIQUIDEZ DA OBRIGAÇÃO ESTAMPADA NO TÍTULO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I - Se, a despeito da existência de pontos genéricos na petição recursal, verifica-se das razões que a permeia, que a apelante impugnou sim os fundamentos da sentença, aduzindo argumentos para reformá-la, não há que se falar em ofensa ao princípio da dialeticidade.

II - Segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, na interpretação dos arts. 95, XI, “a”, da Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra), e 18, parágrafo único, do Decreto nº 59.566/66, é defeso ajustar como preço do arrendamento quantidade fixa de frutos ou produtos, ou o seu equivalente em dinheiro.

III - Se o contrato contém estipulação contrária à lei, qual seja, a fixação do preço do pagamento pelo arrendatário em produto (sacas de soja), isto implica em sua nulidade e, conseqüentemente, na ausência de liquidez da obrigação do título que embasa a execução.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, MS, 18 de fevereiro de 2014.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator.

RELATÓRIO

Des. Marco André Nogueira Hanson.

Gentil Yamada, inconformado com a sentença proferida nos autos dos embargos à execução manejados por Agnaldo Rebeque, Reginaldo Rebeque e Lucinéia Rebeque, que, declarando a nulidade da cláusula quarta do título executivo, acolheu a preliminar de nulidade da execução, por iliquidez do título (f. 106-109), interpôs recurso de apelação (f. 113-128).

Afirma que ajuizou ação de execução para entrega de coisa certa, fundado em título executivo extrajudicial, representado pelo contrato de arrendamento rural, com início em 05/04/2004 e término em 30/09/2009, que recebeu a título de herança dos bens deixados por Fudeko Yamada.

Sustenta que o contrato estabeleceu o pagamento da renda em sacas de soja e que ao apelante coube a quota de 1/10 das 2.500 sacas de soja, vencidas em 30/03/2009 e 1/10 das 1.000 sacas de soja da safra 2004/2005.

Aduz que o apelado Reginaldo foi notificado para pagamento, mas ficou-se inerte, tendo ingressado com os presentes embargos alegando a nulidade da cláusula quarta do arrendamento, com fundamento no art. 18, parágrafo único do Decreto 59.566/66, que regulamentou a Lei n. 4.504/64, o que foi acolhido pelo juízo *a quo*.

Menciona que a inadimplência refere-se ao último ano da renda e prorrogação por liberalidade da renda de 2004/2005, fundado no costume da localidade na tratativa de pagamento do arrendamento em grãos, dada a preponderância da agricultura.

Defende que, à luz do art. 18, parágrafo único do Decreto n. 59.566/66, não é proibido o pagamento em quantidade de frutos, argumentando que o contrato vigeu durante todo o período contratado sem nenhuma interpelação, significando, pois, como válido entre as partes a referida cláusula, sob pena de violação dos princípios gerais de direito, os usos e os costumes do lugar e, sobretudo, a boa-fé objetiva.

Frisa que a terra esteve no uso e gozo dos arrendatários, ora apelados, para fins econômicos, dela auferindo lucros, sem, todavia, pagar ao apelante a devida contraprestação.

Sob outro enfoque, sustenta que ainda que se entenda nula a cláusula quarta do contrato, não se pode extinguir a execução, pugnando pela reforma da sentença, a fim de que seja reconhecida a exigibilidade do contrato de arrendamento *sub judice*.

Pleiteia, ainda, a observância do princípio do *venire contra factum proprium* na hipótese dos autos, sob o fundamento de que a mudança de comportamento do embargante quanto à forma de proceder o pagamento traduz conduta contraditória, sob pena de infringir a estabilidade e a boa-fé objetiva.

Quanto à prejudicial de prescrição, menciona que deve ser observada a novação do pagamento quanto à renda com vencimento em 30/03/2005, pugnando para que seja reconhecida a exigibilidade do contrato de arrendamento.

Por fim, requer o prequestionamento dos arts. 95, XI, alínea “a” da Lei n. 4.504/64, 18 do Decreto n. 59.566/66, 422 e 308 do CC, bem como o conhecimento e provimento do recurso.

Os embargantes-apelados apresentaram resposta ao recurso (f. 140-153), oportunidade em que arguiram, preliminarmente, a ofensa ao princípio da dialeticidade, pleiteando, no mérito, a manutenção da sentença recorrida, sustentando a ausência de novação da dívida e a prescrição da pretensão executiva do apelante.

VOTO

Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Gentil Yamada, inconformado com a sentença proferida nos autos dos embargos à execução manejados por Agnaldo Rebeque, Reginaldo Rebeque e Lucinéia Rebeque, que, declarando a nulidade da cláusula quarta do título executivo, acolheu a preliminar de nulidade da execução, por iliquidez do título (f. 106-109).

I - Juízo de admissibilidade – preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade arguida em contrarrazões (f. 141-142).

Os apelados aduzem que em momento algum o apelante rebate os argumentos utilizados para fundamentar a sentença recorrida, limitando-se a reiterar as alegações expostas na contestação.

Todavia, essa arguição preliminar não deve ser acolhida, visto que, a despeito da existência de pontos genéricos na petição recursal, verifica-se das razões que a permeia, que o apelante impugnou sim os fundamentos da sentença, aduzindo argumentos para reformá-la. Aliás, este Tribunal de Justiça já manifestou esse entendimento sob a Relatoria do Desembargador Luiz Carlos Santini:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA C/C DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – PRELIMINARES DE INADMISSIBILIDADE DE RECURSO E AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE – AFASTADAS... Não fere a dialeticidade o recurso que explicita em que momento e por qual motivo a sentença transgrediu seu direito.” (TJMS. Segunda Turma Cível. Apelação Cível de n. 2009.031573-3. Desembargador Relator Luiz Carlos Santini. J. 21.1.2010).

Dessa forma, afasto a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade arguida pela ré-apelada.

Ultrapassado o juízo de admissibilidade, vez que presentes os pressupostos e condições recursais, passo à análise do recurso de apelação interposto pela parte embargada.

II – Mérito

O apelante afirma que ajuizou ação de execução para entrega de coisa certa, fundado em título executivo extrajudicial, representado pelo contrato de arrendamento rural, com início em 05/04/2004 e término em 30/09/2009, que recebeu a título de herança dos bens deixados por Fudeko Yamada.

Sustenta que o contrato estabeleceu o pagamento da renda em sacas de soja e que ao apelante coube a quota de 1/10 das 2.500 sacas de soja, vencidas em 30/03/2009 e 1/10 das 1.000 sacas de soja da safra 2004/2005.

Aduz que o apelado Reginaldo foi notificado para pagamento, mas ficou-se inerte, tendo ingressado com os presentes embargos alegando a nulidade da cláusula quarta do arrendamento, com fundamento no art. 18, parágrafo único do Decreto 59.566/66, que regulamentou a Lei nº 4.504/64, o que foi acolhido pelo juízo *a quo*.

Menciona que a inadimplência refere-se ao último ano da renda e prorrogação por liberalidade da renda de 2004/2005, fundado no costume da localidade na tratativa de pagamento do arrendamento em grãos, dada a preponderância da agricultura.

Defende que, à luz do art. 18, parágrafo único do Decreto 59.566/66, não é proibido o pagamento em quantidade de frutos, argumentando que o contrato vigeu durante todo o período contratado sem nenhuma interpelação, significando, pois, como válido entre as partes a referida cláusula, sob pena de violação dos princípios gerais de direito, os usos e os costumes do lugar e, sobretudo, a boa-fé objetiva.

Com efeito, segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, na interpretação dos arts. 95, XI, “a”, da Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra), e 18, parágrafo único, do Decreto nº 59.566/66, é defeso ajustar como preço do arrendamento quantidade fixa de frutos ou produtos, ou o seu equivalente em dinheiro.

Por pertinente, confira-se os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. APURAÇÃO NA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTETÓRIO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA AFASTADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO, EM PARTE. 1. A decisão agravada ressaltou que o contrato de arrendamento rural não pode ser celebrado com cláusula de preço em produtos ou frutos, mas apenas em quantia fixa de dinheiro, nos termos do art. 18 do Decreto 59.566/66, conforme defendido pelo autor. 2. Consignou, ainda, que, com o reconhecimento da nulidade da cláusula deve ser determinada a sua substituição por dinheiro e compensada pela quantia devida pela ocupação do imóvel, consoante apuração a ser efetuada em liquidação de sentença, por arbitramento. 3. Assim, a exata sucumbência de cada uma das partes apenas será aferida com a liquidação do julgado. 4. Neste caso, a decisão agravada merece ser alterada para que os ônus da sucumbência sejam recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados, valores a serem apurados na fase de execução de sentença. 5. Constatada a inexistência de caráter protetório dos embargos de declaração, impõe-se o afastamento da multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. 6. Agravo regimental provido em parte. (AgRg nos EDcl no REsp 746.138/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 14/10/2010).

CIVIL E PROCESSO CIVIL. É NULA CLÁUSULA QUE FIXA O PREÇO EM CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL, EM QUANTIDADE DE PRODUTOS OU SEU EQUIVALENTE EM DINHEIRO (ART. 18, PARÁGRAFO ÚNICO DO DECRETO N.º 59.566/66). AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL QUANDO A MATÉRIA FOI DECIDIDA NO MESMO SENTIDO DO QUE PRETENDE O RECORRENTE. FUNDAMENTO SUFICIENTE NÃO IMPUGNADO, COM INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. PLEITO DE RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA DO CONTRATO QUE, A DESPEITO DA OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS, NÃO FOI OBJETO DE DELIBERAÇÃO PELO TRIBUNAL “A QUO”, NEM PODERIA SER TRATADA EM SEDE DE AÇÃO MONITÓRIA. SÚMULA 211/STJ. 1. Segundo defluiu dos arts. 95, XI, “a”, da lei n. 4.504, de 30.11.1964 (estatuto da terra), e 18, parágrafo único, do decreto nº 59.566, de 14.11.1966, é defeso ajustar como preço do arrendamento quantidade fixa de frutos ou produtos, ou o seu equivalente em dinheiro. 2. Conforme precedentes desta corte, “a cláusula que fixa o preço do arrendamento rural em quantidades de produtos é nula.” 3. Não tendo o recorrente impugnado especificamente o fundamento do tribunal de origem no sentido que a nulidade da cláusula não contamina o contrato, persistindo o débito, incide, no ponto, o enunciado da súmula 283/STF. 4. Falece ao recorrente interesse processual quando o tribunal julga a matéria no mesmo sentido do reclamado no recurso. 5. A renovação automática do contrato, impossível de ser discutida em sede de ação monitória, também não foi objeto de prequestionamento, mesmo após a interposição de embargos de declaração. “É inviável a apreciação da questão federal trazida no recurso especial se não houve o debate prévio no acórdão recorrido, mesmo após a interposição de embargos de declaração, a teor do enunciado 211 da súmula do STJ”. 6. Não há falar em dissídio interpretativo quando os paradigmas se mostram no mesmo sentido do acórdão recorrido. RECURSO NÃO CONHECIDO. (Resp. 231.177/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 15/09/2008).

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO SUMARÍSSIMA DE COBRANÇA DE PREÇO DE ARRENDAMENTO RURAL. CLÁUSULA QUE FIXA O PREÇO EM QUANTIDADE DE PRODUTOS. NULIDADE. DECRETO N. 59.566/1966, ART. 18. APURAÇÃO DO VALOR MEDIANTE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, POR ARBITRAMENTO. I. É vedada a fixação do preço do arrendamento em quantidade de produtos, ao teor do art. 18 do Decreto n. 59.566/1966. Precedentes do STJ. II. Afastada, por nula, a cláusula de preço, cabe a sua substituição pelo que for apurado em liquidação de sentença, por

arbitramento. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (Resp. n. 566520/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2004, DJ 30/08/2004, p. 302)

ARRENDAMENTO RURAL. PREÇO. PRODUTOS. – É inválida a cláusula que estabelece o preço do arrendamento rural em produto, ou seu equivalente, e não em quantia fixa em dinheiro (art. 18 e parágrafo único do Decreto n. 59.566, de 14.11.1966). Precedentes. Recurso especial conhecido e provido.” (Resp. n. 127.561/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 03/06/2003, DJ 01/09/2003, p. 289).

Analisando o caso dos autos, infere-se que a cláusula quarta do contrato de arrendamento, que embasa a execução extrajudicial, ora embargada (f. 51), prevê que *o arrendamento se caracterizará em produtos, diante disto os Arrendatário pagarão liquidamente a (sic) Arrendante as seguintes rendas: Primeiro Ano 25 sacas de soja por alqueire paulista ou sejam (sic) 2500 (duas mil e quinhentas) sacas de soja, de 60 (sessenta) quilos cada, cujo pagamento dar-se-á 30/03/2005; Segundo Ano, nas mesmas condições do ano anterior em 30/03/2006; Terceiro Ano, nas mesmas condições do ano anterior em 30/03/2007; Quarto ano, nas mesmas condições do ano anterior em 30/03/2008; Quinto ano, nas mesmas condições do ano anterior em 30/03/2009, entregues na Cerealista Parati Armazéns Gerais Ltda., estabelecida em Itaporã - MS, livres de impurezas, umidade, fretes e carretos, (líquidos e certos), em nome da Arrendante (CLÁUSULA QUARTA).*

Desta forma, infere-se que o referido contrato contém estipulação contrária à lei, qual seja, a fixação do preço do pagamento pelo arrendatário em produto (sacas de soja), o que implica em sua nulidade e, conseqüentemente, na ausência de liquidez da obrigação do título que embasa a execução.

Neste sentido, em casos análogos, confira-se os precedentes deste Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE ARRENDAMENTO – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE AJUSTA PAGAMENTO DO ARRENDAMENTO EM PRODUTOS (SACAS DE SOJA) – NULA – VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 18 DO DECRETO Nº 59.666/1966 – AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO – AGRAVO IMPROVIDO.

Nos termos do parágrafo único do art. 18 do Decreto n. 59.566/1966, nos contratos de arrendamento rural é vedada a fixação do preço em quantidade de produtos, de modo que a cláusula contratual que viola tal preceito padece de nulidade absoluta, com a consequente ausência de liquidez do título executivo extrajudicial.

(TJMS. Quarta Turma Cível. Agravo Regimental em Apelação Cível - Execução - N. 2010.026331-1/0001-00 - Dourados. Relator Des. Paschoal Carmello Leandro. J. 26/07/2011)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL – CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – POSSIBILIDADE DE DISCUTIR A LIQUIDEZ DO TÍTULO – CLÁUSULA QUE FIXA O PREÇO DO PAGAMENTO EM PRODUTO – NULIDADE – ARTIGO 18, PARÁGRAFO ÚNICO DO DECRETO N.59.566/66 – PRECEDENTES DO STJ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A exceção de pré-executividade é incidente processual de defesa do executado em que se permite a arguição de nulidade da execução por simples petição quanto às questões relativas aos pressupostos processuais, condições da ação e vícios objetivos do título, referentes à certeza, liquidez e exigibilidade, desde que não demandem dilação probatória.

O parágrafo único do artigo 18, do Decreto n.59.566/66, proíbe tal conduta, o que acarreta a nulidade da cláusula e iliquidez do título, por não ser possível determinar ou quantificar a obrigação a ser executada e torna inadmissível a tutela executiva.

Recurso conhecido, mas improvido.”

(TJMS. Quarta Turma Cível. Apelação Cível - Execução - N. 2008.027973-3/0000-00 - Ivinhema. Relator Des. Dorival Renato Pavan. J. 17/03/2009).

Por fim, cumpre afastar a alegação do recorrente no sentido de que, apesar da nulidade da avença, esta circunstância não lhe retira a executividade, porquanto a apuração do crédito depende de análise de elementos probatórios, padecendo, assim, o título de iliquidez.

A propósito, segue um precedente desta Corte:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO – CONTRATO PARTICULAR – “DECLARAÇÃO DE ARRENDAMENTO DE PASTO” – EMBARGOS DE DEVEDOR – ILIQUIDEZ DA OBRIGAÇÃO – NULIDADE DA EXECUÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Quando o valor do crédito não puder ser determinado desde logo, dependendo da análise de elementos probatórios, a obrigação estampada no título padece de iliquidez.

A ausência de liquidez da obrigação conferida no título retira-lhe a executividade, inviabilizando o prosseguimento da execução, segundo precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça. “

(TJMS. Quarta Turma Cível. Apelação Cível - Execução - N. 2009.007254-1/0000-00 - Rio Verde de Mato Grosso. Relator Des. Rêmolio Letteriello. J. 7.4.2009).

Portanto, diante da nulidade da cláusula contratual que previa a obrigação constante do contrato, que embasa a presente execução, ora embargada, não merece prosperar a irresignação recursal do apelante, porquanto agiu com acerto o juízo *a quo*, ao determinar a extinção da execução, em razão da iliquidez do título.

III – Prequestionamento

No que tange ao questionamento dos arts. 95, XI, alínea “a” da Lei 4.504/64, 18 do Decreto 59.566/66, 422 e 308 do CC, entendo desnecessária manifestação adicional a respeito dos referidos artigos de lei, uma vez que o presente acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.

Neste sentido, confira o seguinte julgado:

“Quando o Superior Tribunal de Justiça exige como condição de admissibilidade do recurso o questionamento, o faz para evitar que seja ferida a garantia do duplo grau de jurisdição. Assim, a matéria deduzida em recurso especial já deve ter passado pelo crivo do tribunal inferior. Porém, tal não impõe que os julgadores tenham que fazer expressa referência aos artigos que são do interesse das partes em questionar, o que seria

mais um entrave para a prestação jurisdicional que já não atende aos justos reclamos sociais de celeridade” (ED n.º 70000772947, TJRS – Desa. Genaceia Silva Alberton - julgado em 22/03/2000).

Sendo esse entendimento corroborado por esta 3ª Turma Cível:

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO, DE PLANO, AO RECURSO, POR SER MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – CONSOLIDAÇÃO DA POSSE E PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR – NECESSIDADE DE CITAÇÃO DO DEVEDOR – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (ARTIGO 5º, INCISO LV DA CF) – DIREITO DE PROPRIEDADE (ARTIGO 5º, LIV DA CF) – PURGAÇÃO DA MORA – DEPÓSITO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS ACRESCIDAS DOS ENCARGOS DECORRENTES DA MORA – PROTEÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL EXISTENTE ENTRE AS PARTES – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(...)

Quando a questão for suficientemente debatida, torna-se desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre os dispositivos legais e constitucionais discutidos.

(TJMS - Agravo Regimental em Agravo - N. 2009.034420-8/0001-00 - Campo Grande. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Terceira Turma Cível. J. 08/02/2010)

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ISSQN – PRESCRIÇÃO NÃO OCORRENTE – AÇÃO AJUIZADA NO PRAZO LEGAL – DEMORA NA CITAÇÃO ATRIBUÍDA AO MECANISMO DA JUSTIÇA – PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO – DESNECESSIDADE – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. Não se pode imputar à Fazenda Pública a responsabilidade pela demora na citação do executado em virtude de motivos essenciais ao funcionamento da Justiça, a teor do que prescreve o enunciado da Súmula n. 106 do Superior Tribunal de Justiça, do que decorre a rejeição da alegada prescrição.

2. Se foram as razões do recurso minuciosamente apreciadas e julgadas, desnecessária se torna a manifestação expressa de dispositivos legais, a título de prequestionamento.”

(TJMS - Apelação Cível - Execução - N. 2008.028268-2/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Terceira Turma Cível. J. 01/02/2010).

Dessa forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pelo recorrente.

IV – Dispositivo

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação, mas nego-lhe provimento, a fim de manter inalterada a sentença recorrida, 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. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, MS, 18 de fevereiro de 2014.

3ª Câmara Cível
Apelação Cível n. 0000514-15.2007.8.12.0028 - Bonito
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – HOMICÍDIO DE CIVIL COMETIDO POR POLICIAL MILITAR AMBIENTAL – PRELIMINARMENTE – PRESCRIÇÃO – REJEITADA – MÉRITO – CRIME COMETIDO EM AMBIENTE PARTICULAR, MOTIVADO POR CIÚMES REPENTINO – AUSÊNCIA DE NEXO FUNCIONAL – QUEBRA DO NEXO DE CAUSALIDADE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA INEXISTENTE – POLICIAL, ATÉ ENTÃO, SEM DESVIOS DE CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE DE O ESTADO ANTEVER O EVENTO DANOSO – INEXISTÊNCIA DE QUEBRA DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO – AUSÊNCIA DE CULPA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA POR OMISSÃO INEXISTENTE – PEDIDOS CONDENATÓRIOS IMPROCEDENTES – SENTENÇA REFORMADA – RECURSOS VOLUNTÁRIO E OBRIGATÓRIO PROVIDOS.

I. Se a ação objetivando indenização por danos morais e materiais foi ajuizada antes do transcurso do prazo prescricional, considerada a circunstância de que o prazo quinquenal do art. 1º do Decreto 20.910/1932 não transcorre enquanto permanecer a incapacidade absoluta da parte, é de rigor rejeitar a tese preliminar.

II. Crime passional, cometido por amante supostamente traído, não atrai a responsabilidade objetiva do Estado, porquanto completamente alheio à atividade administrativa (quebra do nexo causal).

III. Se o ofensor não estava no exercício da função de policial militar ambiental e nem agindo em razão dela, não há de incidir a teoria do risco administrativo e, por consequência, colocar o Estado como responsável objetivo pela indenização dos danos causados a terceiros.

IV. Inexiste culpa do Estado por disponibilizar uma arma de fogo para o autor do ato ilícito, se não havia, até o momento do cometimento do grave delito, qualquer circunstância que desabonasse a conduta do militar.

V. O simples fato de o instrumento do crime (arma de fogo) ser público e o criminoso ter se ausentado do trabalho para cometer um crime (falta administrativa) não tem o condão de invocar a responsabilidade do Estado, visto que este não é garantidor de toda e qualquer falta cometida pelos seus agentes, quando praticadas fora das atribuições que lhes foram conferidas por lei e por normas regulamentares.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a prescrição e, no mérito, dar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 4 de fevereiro de 2014.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator.

RELATÓRIO

Des. Marco André Nogueira Hanson.

Estado de Mato Grosso do Sul, qualificado nos autos da Ação de Indenização Por Danos Materiais e Morais (Feito n. 0000514-15.2007.8.12.0028, da 1ª Vara de Bonito, Estado de Mato Grosso do Sul) que lhe promovem Jorge Vinicius Carneiro da Silva e João Victor Carneiro da Silva, também qualificados, inconformado com a sentença proferida pelo Juízo *a quo*, interpôs Apelação Cível (f. 221-238).

Afirmou que o Juízo singular incorreu em equívoco ao julgar procedentes os pedidos iniciais e, por consequência, impor-lhe o pagamento indenização por danos materiais e morais, em favor dos apelados, advindos da morte da genitora destes, causada por ciúmes de seu ex-namorado que, sendo policial militar ambiental e detendo a arma da corporação, desferiu tiros contra a vítima, ocasionando o óbito.

Preliminarmente, pleiteou o reconhecimento da prescrição da pretensão inicial, sob o fundamento de que, em sendo aplicável o prazo quinquenal estabelecido no art. 1º do Decreto 20.910/1932, caberia aos interessados ajuizar a ação até a data de 08 de abril de 2001, tendo em conta que a morte da genitora ocorreu em 08 de abril de 1996, e, apesar disso, a demanda foi judicializada em 13 de abril de 2007.

No mérito, sustentou que “*o homicídio cometido pelo então policial militar Benedito José Ruiz não se deu no exercício de suas funções, tendo-se em vista que o agente não praticou o crime na qualidade de agente público, e sim por razões particulares, o ciúmes de sua namorada*”, circunstância esta que afasta a possibilidade de incidência da responsabilidade objetiva, diante a ausência de nexo de causalidade entre o dano e o ato que lhe foi imputado.

Subsidiariamente, caso restem mantidas as condenações, alegou que o valor da indenização por danos morais (R\$ 150.000,00 a ser dividida entre os dois requerentes) é excessivo, razão pela qual deve ser minorado.

Expôs, ademais, que a correção monetária e juros de mora devem incidir na forma do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, ou seja, pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Aduziu, ainda, ser impossível o depósito imediato das parcelas vencidas da pensão, por conta da necessidade de expedição de precatório.

Dispôs, finalmente, que os honorários fixados em R\$ 10.000,00 mostram-se exorbitantes, motivo pelo qual devem ser minorados para no máximo R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), ou outro valor julgado razoável.

Em vista destas circunstâncias, pediu o conhecimento e provimento do recurso para, preliminarmente, declarar prescritos os pedidos iniciais ou, no mérito, reformar a sentença nos pontos assinalados.

Intimados, os recorridos apresentaram contrarrazões (f. 241-245), onde rebateram os argumentos da parte *ex adversa* e pugnaram pela manutenção da sentença.

Os autos vieram remetidos ao Tribunal também para o reexame necessário da sentença.

VOTO

Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator).

Tratam-se de reexame necessário de sentença e apelação voluntária do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando reformar o *decisum* que impôs ao ente federativo o pagamento de indenização por danos materiais (pensão mensal) e morais, em favor dos apelados, advindos da morte da genitora destes, causada por ciúmes de seu ex-namorado que, sendo policial militar ambiental e detendo a arma da corporação, desferiu tiros contra a vítima, ocasionando o óbito.

Uma vez presentes os requisitos e pressupostos recursais, conheço tanto da apelação voluntária quanto do reexame necessário e passo ao julgamento das matérias devolvidas, por ordem de prejudicialidade.

Preliminarmente.

Prescrição.

Conforme tese preliminar do apelante, a pretensão inicial dos requerentes-apelados encontra-se fulminada pela prescrição, visto que o prazo quinquenal estabelecido no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, contado da data do óbito da genitora, ocorrido em 08 de abril de 1996, encerrou-se em 08 de abril de 2001, vindo os interessados a ajuizarem a ação posteriormente, em 13 de abril de 2007.

Em que pese o argumento, a preliminar deve ser rejeitada.

Como ressaltado, em julgamento realizado sob o rito dos recursos repetitivos, pacificou-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que “*o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002*” (REsp. n. 1251993/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 19/12/2012).

No caso, ao contrário do que defende o Estado recorrente, nada obstante o prazo prescricional seja efetivamente de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932, o termo inicial de contagem da prescrição não recai na data do óbito da genitora dos requerentes-apelados.

Isso porque, consoante se deduz dos autos, os interessados João Victor Carneiro da Silva e Jorge Vinícius Carneiro da Silva nasceram em 08.02.1990 e 12.09.1991, respectivamente, tudo a demonstrar que, quando do óbito da genitora, ocorrido em 08 de abril de 1996, consubstanciavam-se pessoas absolutamente incapazes.

Se assim o é, incide na hipótese a regra disposta no art. 169, I, c/c 5º, I, ambos do Código Civil de 1916, vigente à época do óbito, que estabelecem:

“Art. 169. Também não corre a prescrição: I. Contra os incapazes de que trata o art. 5.

“Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. Os menores de dezesseis anos.”

Observado tal pressuposto, impõe-se firmar a convicção de que o termo inicial de contagem do prazo quinquenal prorrogou-se do óbito da genitora para quando os interessados viessem a completar dezesseis anos de idade.

Logo, para João Victor Carneiro da Silva, o termo inicial de contagem do prazo de cinco anos iniciou-se em 08.02.2005 e findou-se em 08.02.2010 ao passo que para Jorge Vinícius Carneiro da Silva o prazo iniciou-se em 12.09.2006 e encerrou-se em 12.09.2011.

Considerando-se, então, que a presente ação foi ajuizada antes do transcurso do prazo prescricional individual de cada interessado, mais exatamente em 13.04.2007 (ver protocolo, página 01 dos autos digitais), rejeitar a tese preliminar do apelante é medida de rigor.

Afastada a questão preambular, passo ao exame da matéria de fundo.

Mérito

Responsabilidade Civil do Estado

No que tange à pretensão recursal afeta ao mérito do pedido inicial, o Estado sustentou, basicamente, que *“o homicídio cometido pelo então policial militar Benedito José Ruiz não se deu no exercício de suas funções, tendo-se em vista que o agente não praticou o crime na qualidade de agente público, e sim por razões particulares, o ciúmes de sua namorada”*, circunstância esta que afasta a possibilidade de incidência da responsabilidade objetiva, diante a ausência de nexo de causalidade entre o dano e o ato que lhe foi imputado.

Neste particular, tenho que o recurso merece acolhimento, conforme passarei a demonstrar.

A responsabilidade civil do Estado é tema vastamente discutido pela doutrina e jurisprudência, apresentando variantes quando se trata de conduta omissiva ou comissiva.

Em que pese haver diferenciação entre as responsabilidades por conduta omissiva (responsabilidade subjetiva) e por conduta comissiva (responsabilidade objetiva, em razão da aplicação da teoria do risco administrativo – §6º do art. 37 da CF¹), para a configuração da responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público faz-se indispensável a prova do nexo causal entre o evento danoso e a atividade administrativa.

Ou seja, independentemente da teoria da responsabilidade civil do Estado adotada no caso dos autos, o nexo causal entre o evento danoso, que culminou a morte da genitora dos requerentes-apelados, e a atividade administrativa do réu, Estado de Mato Grosso do Sul, deve ser demonstrado.

Isso porque, a teoria do risco administrativo, adotada no Brasil, diferencia-se da teoria do risco integral, onde todo e qualquer dano causado por agente estatal deve ser indenizado, independentemente de haver um liame de causa e efeito com a atividade administrativa.

Sobre este aspecto, valem as lições de Sérgio Cavalieri Filho, para quem:

“Duas outras conclusões podem ser extraídas do texto constitucional em exame. O Estado só responde pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. A expressão grifada – seus agentes, nessa qualidade – está a evidenciar que o constituinte adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por quem responsabilizá-lo. Importa dizer que o Estado não responderá pelos danos causados a outrem pelos seus servidores quando não estiverem no exercício da função, nem agindo em razão dela.”²

1 §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

2 CAVALIERI, Sérgio Filho. Programa de Responsabilidade Civil. - 5ª ed. rev. aument. e atual. 2ª tiragem - São Paulo, Malheiros, 2004. p. 245.

Com efeito, na hipótese, não se há de vislumbrar o elástico nexo causal alegado na petição inicial entre a fatídica morte da genitora dos requerentes e qualquer atividade administrativa do Estado de Mato Grosso do Sul.

Para bem compreender os fatos, colho excerto do interrogatório do próprio ofensor, nos autos da Ação Penal n. 0000094-93.1996.8.12.0028 (028.96.000094-4), que bem elucida o que ocorrera na data de 08 de abril de 1996, *in verbis*:

“(...) conheceu a Vânia uns quatro meses antes dela terminar o relacionamento com o marido e (...) começou a ter um caso amoroso com a mesma e arranjou uma casa perto do quartel e foram morar juntos (...) iam sair em uma missão à noite (...) o interrogando resolveu voltar em casa para pegar uma rede de dormir (...) quando chegou no portão da casa, viu a Vânia no colo de um elemento e estavam beijando e quando ela viu o interrogando, a mesma foi conversar com o interrogando; que o interrogando estava armado, com a arma da corporação e então deu um branco, puxou do revólver e atirou em direção a Vânia; que nisso a outra pessoa que estava beijando a mesma foi para cima do interrogando, que o interrogando saiu dali correndo (...) quem atirou na vítima foi o interrogando (...)”.

Destacada a lógica de como ocorreram os fatos, que culminaram na morte da mãe dos requerentes-apelados, é de se salientar que o conjunto probatório coligido aos presentes autos demonstra que o evento danoso ocorreu por causa completamente alheia à atividade administrativa, visto que o homicídio foi praticado no âmbito particular, motivado pelo ciúmes que o ofensor subitamente nutriu em face de sua companheira.

O fato de o causador do dano ser policial militar ambiental e ter se valido da arma de fogo da corporação para praticar o ilícito não pode ser erigido como causa adequada da morte da genitora, mas como circunstância acessória incapaz de formar um nexo de causa e efeito entre o evento danoso e a atividade desempenhada pelo ofensor.

Ora, no caso, o ofensor não estava no exercício da função de policial militar ambiental e nem agindo em razão dela, circunstâncias estas imprescindíveis para que possa incidir a teoria do risco administrativo e, por consequência, colocar o Estado como responsável objetivo pela indenização dos danos.

O que se verificou à época do brutal evento danoso foi um crime passionai, cometido pelo amante supostamente traído, fato este que não atrai a responsabilidade objetiva do Estado, porquanto completamente alheio à atividade administrativa (quebra do nexo causal).

O elemento circunstancial de o instrumento do crime ser público (arma da corporação), não pode legitimar uma condenação do Estado na indenização dos prejuízos, exceto se comprovado que o Poder Público, de alguma maneira, concorreu para o acontecimento (culpa), ainda que se omitindo ou quebrando um dever objetivo de cautela.

No caso verte, entretanto, tenho que não se pode imputar responsabilidade por omissão ao Estado, visto que, além de ser legítimo acautelar uma arma para o Policial, as testemunhas ouvidas em juízo, também policiais militares ambientais, confirmaram que o ofensor mantinha retidão em sua conduta profissional, a demonstrar que o Estado não poderia antever um evento danoso desta magnitude.

Veja-se os depoimentos:

“JUÍZA: Qual o seu nome completo?”

DEPOENTE: Osvaldo Rodrigues da Silva.

JUIZA: Qual é a sua profissão, Sr. Osvaldo?

DEPOENTE: Hoje sou reformado da Polícia Militar.

(...)

JUIZA: Sr. Osvaldo, o senhor conheceu o Sr. Benedito José Ruiz?

DEPOENTE: Benedito?

JUIZA: Policial militar ambiental?

DEPOENTE: Sim, sim.

JUIZA: E como que era a conduta dele, em relação ao serviço?

DEPOENTE: **Que eu observei, a conduta dele era boa.**

JUIZA: Conduta boa?

DEPOENTE: Sim.

(...)

JUIZA: fora esse incidente, aqui, com a Vania(F) teve algum outro incidente envolvendo ele?

DEPOENTE: Desconheço.

JUIZA: Alguma vez o senhor já viu ele utilizando a arma de forma imprópria, a não ser no trabalho, no exercício do trabalho dele?

DEPOENTE: Não. (...)” (**Osvaldo Rodrigues da Silva – f. 173-174**) Grifei

“JUIZA: Qual seu nome completo?

DEPOENTE: Arizoli Varoni de Moura.

JUIZA: Sr. Arizoli o senhor trabalhava junto com o Sr. Benedito José Ruiz (F)?

DEPOENTE: Sim, senhora.

JUIZA: Como que era a conduta dele na corporação, profissionalmente?

DEPOENTE: **Um excelente policial.**

JUIZA: Não ocorreu nunca um nenhum incidente com ele? Com a arma dele, já tinha ocorrido algum incidente antes?

DEPOENTE: Do meu conhecimento, não.

JUIZA: É costume dos policiais militares ambientais andarem armados? Quando ocorre o ingresso na carreira, é realizado um exame psicológico?

DEPOENTE: Quando se está formado, né?

JUIZA: Isso. O senhor sabe dizer se o Sr. Benedito José Ruiz (F) passou nesse exame psicológico?

DEPOENTE: *Se ele passou como policial, né? Deve ter feito.*

JUIZA: *Esse exame psicológico ou ele é eliminado ou ele é aprovado como Policial Militar, é isso?*

DEPOENTE: *Sim, senhora, passa primeiro no psicólogo lá. (...)*

DEFESA: *É possível Policial Ambiental andar com arma do estado em período de folga?*

DEPOENTE: *Há possibilidades, sim.*

DEFESA: *É possível?*

DEPOENTE: *É possível.*

DEFESA: *A legislação permite que um Policial Militar ande com arma do estado em período de folga?*

DEPOENTE: ***Olha, às vezes é acautelada uma arma para o policial, né, aí ele fica com ela, mas geralmente a arma ela fica no quartel quando não está de serviço, mas há a possibilidade de acautelar uma arma para um policial. (...)*** (Arizoli Varoni de Moura – f. 177-178) *Grifei*

JUIZA: *Qual o seu nome completo?*

DEPOENTE: *Francisco Solano Espíndola.*

JUIZA: *Sr. Francisco, qual é a sua profissão?*

DEPOENTE: *Sou policial militar aposentado.*

JUIZA: *O senhor exercia a profissão, quando o Sr. Benedito José Ruiz também estava exercendo?*

DEPOENTE: *Sim, senhora.*

JUIZA: *Como que era a conduta dele profissionalmente.*

DEPOENTE: ***Excelência, eu, na época, era sargento comandante da unidade aqui, da Ambiental, que ele servia. E, realmente, ele era um policial normal, até de uma boa conduta, e nunca nos apresentou nenhum desvio de conduta durante o tempo que nós ficamos com ele.***

JUIZA: *Já teve algum incidente com a arma dele, alguma coisa assim?*

DEPOENTE: *Não o tempo que ele esteve sob meu comando, não, senhora.*

JUIZA: *É de praxe policial ambiental andar armado?*

DEPOENTE: ***É de praxe, sim, senhora. Na verdade, todo o policial, não só o ambiental. (...).***

DEFESA (REQUERIDO): *A testemunha sabe informar qual a distância do destacamento da Polícia Ambiental e a casa da Sra. Vania (F)?*

DEPOENTE: *A casa onde ela residia, eu calculo, aproximadamente, setenta a cem metros, parece que tinha visão.*

DEFESA (REQUERIDO): Então o Benedito José Ruiz poderia muito bem ter se deslocado a pé do destacamento da Polícia Ambiental até a casa da senhora Vânia, no dia do disparo?

DEPOENTE: Com certeza.

DEFESA (REQUERIDO): O Sr. Benedito José Ruiz foi atender algum chamado da Polícia Ambiental na casa Dra. Vania(F) ou se deslocou até a casa da Dra. Vania(F) por livre e espontânea vontade?

DEPOENTE: Como estou dizendo, eu estou respondendo aqui pergunta desse tipo por informações dos outros, né, porque eu não tava presente. Mas o que eu soube é que ele foi lá por questões particulares. (...)” (Francisco Solano Espíndola – f. 179-181).

Diante deste conteúdo probatório, é de se concluir pela completa desvinculação entre o ato ilícito praticado pelo Sr. Benedito José Ruiz e a atividade estatal por ele desempenhada, porquanto não compareceu no local do crime por exigência do serviço e nem cometeu o ato extremo agindo em razão de ser policial militar ambiental.

A seu turno, não se haveria de vislumbrar a culpa do Estado por disponibilizar uma arma de fogo para o autor do ato ilícito, porquanto não havia, até o momento do cometimento do grave delito, qualquer circunstância que desabonasse a conduta do militar, tendo ele evidentemente sido aprovado nos exames admissionais da carreira (psiquiátrico/psicológico), tudo a retirar a possibilidade, sequer, de imputar culpa *in eligendo*.

É importante ressaltar, a propósito, que o simples fato de a arma do crime ser de propriedade da Corporação Militar não é o suficiente para imputar a responsabilidade ao Estado. Veja-se, neste sentido, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR EM PERÍODO DE FOLGA. DISPARO DE ARMA DE FOGO PERTENCENTE À CORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (RE 508114 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-05 PP-00932)

”EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LESÃO CORPORAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO PERTENCENTE À CORPORAÇÃO. POLICIAL MILITAR EM PERÍODO DE FOLGA. Caso em que o policial autor do disparo não se encontrava na qualidade de agente público. Nessa contextura, não há falar de responsabilidade civil do Estado. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 363423, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 16/11/2004, DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-03 PP-00467).

Este entendimento não destoa daquele já manifestado por esta Terceira Turma Cível, in verbis:

“EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – TUTELA ANTECIPADA – VERBAS ALIMENTARES – PRECLUSÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – MORTE – POLICIAL MILITAR –

DISPARO DE ARMA DE FOGO PERTENCENTE À CORPORAÇÃO – AGENTE PÚBLICO – NÃO COMPROVAÇÃO DESSA QUALIDADE NO MOMENTO DO CRIME – PREQUESTIONAMENTO – MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DEBATIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

Não concordando com a decisão que manteve o decisum de primeiro grau que indeferiu pedido de antecipação de tutela, caberia à parte que sucumbiu ter interposto o recurso cabível, a fim de invectivar a retro decisão. Logo, imutável aquela decisão, cujo acerto ou desacerto não pode ser mais reapreciado, em face da preclusão resultante da inércia do apelante (artigo 471 e 473 do CPC), não se conhece dessa parte do recurso.

Não há falar em responsabilidade objetiva do Estado se não restar demonstrado que o policial militar autor dos disparos se encontrava na qualidade de agente público.

Se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais. (TJMS. Terceira Turma Cível. Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.036954-4/0000-00 - Dourados. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. J. 02/03/2009).

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – MORTE DE CIVIL OCASIONADA POR DISPARO DE ARMA DE FOGO EFETUADO POR POLICIAL MILITAR – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAIS E DEPOIMENTOS PESSOAIS – RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO DE SEU AGENTE – NECESSIDADE DE PROVA DE QUE O AGRESSOR TENHA AGIDO NESSA QUALIDADE – MATÉRIA FÁTICA QUE NÃO DISPENSA DILAÇÃO PROBATÓRIA – PRELIMINAR ACOLHIDA – SENTENÇA ANULADA.

1. A pretensão de imputar a responsabilidade ao Estado por ato de seu agente, exige análise detida acerca das circunstâncias do fato causador do apontado dano, uma vez que as pessoas jurídicas de direito somente se responsabilizam pelos danos causados por seus agentes quando agirem nessa qualidade, nos termos do artigo 37, § 6.º, da Constituição Federal.

***2. Se o juiz já tiver formado seu livre convencimento motivado, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão. Entretanto, cuidando-se de matéria eminentemente fática e havendo pedido de produção de provas testemunhais, depoimentos pessoais, bem como pericial, faz-se mister a instrução probatória, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.”* (TJMS. Terceira Turma Cível. Apelação Cível - Ordinário - N. 2007.029981-1/0000-00 - Dourados. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. 12.11/2007).**

No caso, volto a frisar, o Estado confiou uma arma a policial militar, aprovado em concurso público, que se mostrou capaz de desempenhar atividade policial, por se tratar de instrumento indispensável no cumprimento de seu dever.

O fato da arma pertencer ao Estado de Mato Grosso do Sul, não o torna responsável pelos danos causados, uma vez que a atuação do ofensor não foi na qualidade de agente estatal no exercício de suas atribuições, mas na condição de amante traído fora de suas atribuições legais e regimentais.

É por isso que nem sequer se mostra pertinente verificar se o Policial cometeu o crime no horário de trabalho ou não, visto que o Estado não pode ser fiador de eventuais práticas espúrias de seus agentes, cometidas no horário de trabalho, mas em ambiente particular e longe das atribuições habituais.

Entendimento em sentido diverso, de imputar a responsabilidade ao Estado pelo simples fato de o instrumento do crime (arma de fogo) ser público e o criminoso ter se ausentado do trabalho para cometer um crime (falta administrativa), representaria um precedente perigoso, visto que colocaria o Poder Público como garantidor de toda e qualquer falta cometida pelos seus agentes e servidores, ainda que praticadas fora das atribuições que lhes foram conferidas por lei e por normas regulamentares.

Tal postura acabaria por fomentar uma transmutação da responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco administrativo, para uma responsabilidade integral, onde o Estado passaria a garantir todo e qualquer dano que seus agentes causassem, independentemente de ter sido praticado por força do cargo desempenhado.

Reproduzo, por oportuno, alguns precedentes dos Tribunais Pátrios, que solucionaram litígio assemelhado:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO CAUSADO POR POLICIAL MILITAR FORA DO SERVIÇO. DISPARO ACIDENTAL DE ARMA DE FOGO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO NÃO RECONHECIDA. Comprovado nos autos que os policiais militares, tanto aquele que estava na guarda do armamento do qual se originou o disparo que vitimou o familiar dos requerentes, quanto a que praticou o ilícito penal, se encontravam de folga e não atuavam em policiamento ou a serviço do Estado no momento do lamentável evento danoso, inviável a condenação do Ente Público à reparação dos danos mencionados na inicial. Nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida pelo Estado os danos suportados pelo autor não caracterizado. Precedentes jurisprudenciais. Sentença mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA.” (Apelação Cível N. 70053442943, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 25/04/2013).

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO CAUSADO POR POLICIAL MILITAR FORA DO SERVIÇO. DISPARO DE ARMA DE FOGO.

1. RESPONSABILIDADE DO ESTADO NÃO RECONHECIDA. Comprovado nos autos que o policial militar se encontrava em um bar, de folga, e não atuava em policiamento ou a serviço do Estado no momento do lamentável evento danoso, inviável a condenação do Ente Público à reparação dos danos morais e materiais postulados na inicial. Nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida pelo Estado os danos suportados pelo autor não caracterizado. Precedentes jurisprudenciais. Sentença que reconheceu a responsabilidade exclusiva do policial militar mantida. Apelação improvida, no tópico. (...) APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. EXPLICAÇÃO DA SENTENÇA.” (Apelação Cível N. 70021031018, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 22/11/2007).

“RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO DE SEUS PREPOSTOS. – ‘As pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos danos que seus funcionários causarem a terceiros, porém, sob a condição de subordinativa de que seus agentes pratiquem o ato lesivo no exercício da função, ou seja, na qualidade de funcionário – Hipótese em que um soldado da Polícia Militar, por motivos absolutamente estranhos à sua atividade funcional e à paisana, distante de sua área de serviços, arrebatada friamente a vida de um cidadão. Nexo funcional não caracterizado. Decisão mantida. (TJPR – 2ª C. Ap. – Rel. Abrahão Miguel – j. 31.08.1983 – RT 581/166)’.”

“INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. Soldado que matou a ex-namorada por ciúme. Crime praticado quando não estava em serviço. Ausência do dever de indenização pelo Estado. Necessidade de que o agente público estivesse, no momento do crime, na qualidade de agente. Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Recurso

improvido.” (TJSP – 2.^a C. Dir. Público – AC 35.947-5 – Rel. Aloísio de Toledo – j. 06.04.1999 – JTJ-LEX 218/80).

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. POLICIAL MILITAR. DISPARO DE ARMA DE FOGO. ELEMENTOS IDENTIFICADORES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ARMA PERTENCENTE À CORPORAÇÃO. POLICIAL MILITAR QUE FAZ USO DA ARMA DE FOGO EM PERÍODO DE FOLGA.

O tema que envolve a responsabilidade do Estado é tratado à luz do artigo 37, § 6º, da CF, que assim prescreve: 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. Interpreta-se a regra constitucional extraindo a conclusão de que a responsabilidade do Estado somente estará caracterizada se houver o liame de imputação do dever de indenizar, ou seja, a condição de agente público no desempenho da sua tarefa, ou seja, no exercício da função pública. Nessa linha de raciocínio, indispensável identificar o vínculo entre o ato praticado e a função pública. No caso em apreço o policial autor do disparo não se encontrava na qualidade de agente público. Ausência de responsabilidade civil do Estado. Quebra do nexo causal. Negado provimento ao recurso.” (TJSP; APL 9130659-03.2007.8.26.0000; Ac. 5913065; São Paulo; Nona Câmara de Direito Público; Rel. Des. José Maria Câmara Junior; Julg. 16/05/2012; DJESP 04/06/2012).

“APELAÇÃO CÍVEL INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS POLICIAL MILITAR DISPARO DE ARMA DE FOGO PERTENCENTE À CORPORAÇÃO.

Responsabilidade Civil do Estado (CF, art. 37, § 6º). Inocorrência. Nexo de causalidade entre o evento danoso e a omissão do Poder Público não configurado. A regra inserta no art. 37, § 6º da CF não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público (STF: RE 160401, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 04.06.1999). Lesão causada por disparos efetuados por policial militar fora do horário de trabalho e por razões particulares. Inexistência de culpa in eligendo ou culpa in vigilando por parte da Administração. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido.” (TJSP; APL 9159998-36.2009.8.26.0000; Ac. 5744115; Araraquara; Décima Segunda Câmara de Direito Público; Rel. Des. Osvaldo de Oliveira; Julg. 07/03/2012; DJESP 08/05/2012).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ATO ILÍCITO. HOMICÍDIO CULPOSO CAUSADO POR POLICIAL MILITAR EM PERÍODO DE FOLGA. ARMA DE FOGO PERTENCENTE À CORPORAÇÃO. INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANO MORAL E MATERIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO PRECONIZADA NO ARTIGO 37, §6º DA CF. INOCORRÊNCIA. Policial militar, autor do disparo que não agia no exercício de suas funções. Sentença de improcedência. Manutenção. Recurso não provido.” (TJSP; APL 0183107-09.2007.8.26.0000; Ac. 4857223; São Paulo; Décima Câmara de Direito Público; Rel. Des. Paulo Galizia; Julg. 06/12/2010; DJESP 18/01/2011).

A propósito, esta 3ª Câmara Cível já teve a oportunidade de julgar causa idêntica, assim ementada:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – TUTELA ANTECIPADA – VERBAS ALIMENTARES – PRECLUSÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – MORTE – POLICIAL MILITAR – DISPARO DE ARMA DE FOGO PERTENCENTE À CORPORAÇÃO – AGENTE PÚBLICO – NÃO COMPROVAÇÃO DESSA QUALIDADE NO MOMENTO DO CRIME – PREQUESTIONAMENTO – MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DEBATIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

Não concordando com a decisão que manteve o decisum de primeiro grau que indeferiu pedido de antecipação de tutela, caberia à parte que sucumbiu ter interposto o recurso cabível, a fim de invectivar a retro decisão. Logo, imutável aquela decisão, cujo acerto ou desacerto não pode ser mais reapreciado, em face da preclusão resultante da inércia do apelante (artigo 471 e 473 do CPC), não se conhece dessa parte do recurso.

Não há falar em responsabilidade objetiva do Estado se não restar demonstrado que o policial militar autor dos disparos se encontrava na qualidade de agente público.

Se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais.” (TJMS-3ªCC., Proc. 2008.036954-4, Rel. Oswaldo Rodrigues de Melo, Jul. 2.3.2009).

Naquela oportunidade, o e. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo fez questão de salientar em seu voto, *in verbis*:

“Efetivamente, o Estado não pode arraigar para si o status de segurador universal, sendo certo que apenas responderá pelo dano causado por pessoa que seja seu agente e esteja, quando da prática do ato ensejador do dano, atuando como agente público.

Cumpre salientar: no momento do crime, o agente não estava em missão policial; não cumpria diligências afetas à sua função; não agiu em defesa do sociedade durante sua folga; não presenciou crime e foi corrigir os meliantes.

A toda evidência, sua conduta estava impregnada de sentimento pessoal. Sentiu-se atingido em sua honra. Sofrera decepção pela mulher a quem nutria afeto.” Grifei.

A seu turno, a 5ª Câmara Cível desta Corte também analisou causa assemelhada, onde Policial Militar, apesar de valer-se de arma da Corporação para cometer um crime, o fez na condição de cidadão comum. Veja-se a ementa:

“APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – MORAL E MATERIAL – HOMICÍDIO – DISPAROS DE ARMA DE FOGO POR POLICIAL MILITAR – AÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO ALHEIA AO SERVIÇO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE DANO E AÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

A responsabilidade da Administração Pública, desvinculada de qualquer fator subjetivo, pode, por isso, ser afirmada independentemente de demonstração de culpa, mas está sempre submetida, como é óbvio, à demonstração de que foi o serviço público que causou o dano sofrido pelo autor.” (TJMS-5ª CC., Proc. 2010.021074-3, Rel. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Jul. 17.2.2011).

No voto, o e. Relator ressaltou:

“Em que pese o causador do delito ser, à época dos fatos, servidor público estadual, pertencente ao quadro da Polícia Militar, ao praticar homicídio, ainda que com arma da corporação, embora não haja segurança nos autos para tal afirmação, não agiu nesta condição, na prestação de serviço a cargo do Estado, ou em operação militar, no exercício das funções, mas a bel prazer, na qualidade de cidadão, autonomamente. (...)

Não basta, portanto, ser o causador do dano servidor público para imputar responsabilidade ao Estado. Necessário é que a ação ou omissão causadora do dano provenha da atividade estatal, de que o agente ou servidor agiu em seu nome, o que não ocorre na espécie.” Grifei.

Pelo visto, tais causas guardam tamanha semelhança com a presente que, obviamente, esta merece igual solução.

Neste passo, seja porque não restou demonstrado o nexo funcional (nexo causal entre evento danoso e a atividade administrativa desempenhada pelo ofensor), seja porque não restou comprovada a quebra do dever de cautela por parte do Estado, julgar improcedente o pedido inicial de indenização é medida de rigor.

Do prequestionamento

No que tange ao prequestionamento de dispositivos legais, entendo desnecessária manifestação adicional a respeito, uma vez que o presente acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.

Neste sentido, confira o seguinte julgado:

“Quando o Superior Tribunal de Justiça exige como condição de admissibilidade do recurso o prequestionamento, o faz para evitar que seja ferida a garantia do duplo grau de jurisdição. Assim, a matéria deduzida em recurso especial já deve ter passado pelo crivo do tribunal inferior. Porém, tal não impõe que os julgadores tenham que fazer expressa referência aos artigos que são do interesse das partes em questionar, o que seria mais um entrave para a prestação jurisdicional que já não atende aos justos reclamos sociais de celeridade” (ED n. 70000772947, TJRS – Desa. Genaceia Silva Alberton - julgado em 22/03/2000).

Sendo esse entendimento corroborado por esta 3ª Turma Cível:

“EMENTA–AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO–DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO, DE PLANO, AO RECURSO, POR SER MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – CONSOLIDAÇÃO DA POSSE E PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR – NECESSIDADE DE CITAÇÃO DO DEVEDOR – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (ARTIGO 5º, INCISO LV DA CF) – DIREITO DE PROPRIEDADE (ARTIGO 5º, LIV DA CF) – PURGAÇÃO DA MORA – DEPÓSITO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS ACRESCIDAS DOS ENCARGOS DECORRENTES DA MORA – PROTEÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL EXISTENTE ENTRE AS PARTES – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(...)

Quando a questão for suficientemente debatida, torna-se desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre os dispositivos legais e constitucionais discutidos.” (TJMS - Agravo Regimental em Agravo - N. 2009.034420-8/0001-00 - Campo Grande. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Terceira Turma Cível. J. 08/02/2010).

Dessa forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pelas partes.

Dispositivo

Pelo exposto, conheço da apelação cível voluntária do Estado de Mato Grosso do Sul e do reexame necessário de sentença, rejeito a preliminar de prescrição, mas, no mérito, dou-lhes provimento para, em

reformando-se a sentença hostilizada, julgar improcedentes os pedidos condenatórios iniciais reclamados por Jorge Vinicius Carneiro da Silva e João Victor Carneiro da Silva.

Por consequência, inverte os ônus sucumbenciais e, por isso, condeno os requerentes Jorge Vinicius Carneiro da Silva e João Victor Carneiro da Silva no pagamento tanto das custas processuais quanto dos honorários advocatícios fixados em Primeiro Grau. Entretanto, a exigibilidade destes ônus fica suspensa, pois os requerentes litigam ao abrigo da gratuidade da justiça (art. 12 da Lei n. 1.060/50).

Julgo prejudicada a análise das demais matérias suscitadas no apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a prescrição e, no mérito, deram provimento aos recursos, 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. Eduardo Machado Rocha e Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, MS, 04 de fevereiro de 2014.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0044098-14.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA –PRELIMINAR – CABIMENTO DA JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS EM FASE DE APELAÇÃO, DESDE QUE OBSERVADO O CONTRADITÓRIO – COMPRA E VENDA DE GADO – TRANSAÇÃO EFETUADA COM FUNCIONÁRIO DO VENDEDOR E PAGAMENTO REALIZADO À TERCEIROS ESTRANHOS À NEGOCIAÇÃO – FORTES INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DO DEVEDOR EM FRAUDE PERPETRADA CONTRA O CREDOR – EXISTÊNCIA DE DENÚNCIA CRIMINAL DE PARTICIPAÇÃO EM CRIME DE RECEPÇÃO DOLOSA – INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA APARÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUITAÇÃO DO DÉBITO, DE BOA-FÉ OU ERRO ESCUSÁVEL DO DEVEDOR – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE COBRANÇA – RECONVENÇÃO – DEVOLUÇÃO EM DOBRO – INAPLICABILIDADE DA PENA PREVISTA NO ART. 940, DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E PROVIDO – ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA INVERTIDO.

1 - Segundo entendimento atual do STJ, é possível a juntada de documento novo em qualquer fase do processo, desde que respeitados os princípios da lealdade processual e do contraditório, o que ocorreu no caso em tela.

2 - Não pode ser considerado válido o pagamento feito pelo devedor à terceiros, por ordem de funcionário que realizava as intermediações na compra e venda de gado do credor, sem a existência de autorização expressa para tanto, ou de recibo de quitação.

3 - Estando ausente a quitação - a qual deve ser representada por recibo, devolução do título ou anotação no mesmo de pagamento parcial, ou ainda, declaração do credor - não há como afirmar com segurança que houve o pagamento, até porque, os documentos juntados aos autos não demonstram relação com a dívida ora discutida.

4 - A eficácia do pagamento feito ao credor putativo é condicionada à boa-fé do devedor, caracterizada pela existência de motivos objetivos que o levaram a acreditar tratar-se do verdadeiro credor, o que não restou caracterizado no caso em tela.

5 - Para a repetição em dobro dos valores indevidamente cobrados, é necessário demonstrar a má-fé daquele que se diz credor. Hipótese não comprovada nos autos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, MS, 25 de fevereiro de 2014.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator.

RELATÓRIO

Des. Marco André Nogueira Hanson.

Thiago Franco Cançado, qualificado nos autos, interpõe o presente recurso de apelação cível perante Antônio Celso Chaves Gaiotto, também qualificado, em face da sentença proferida na Ação de Cobrança Ordinária n. 0044098-14.2010.8.12.0001, da 5ª Vara Cível desta Comarca.

O magistrado *a quo* julgou o feito nos seguintes termos (f. 156/160):

*“Pelo exposto e por tudo mais que dos autos consta, **julgo improcedente** o pedido formulados por Thiago Franco Cançado em face de Antonio Celso Chaves Gaioto na ação de cobrança n.º 0044098-14.2010.8.12.0001, diante da prova da quitação regular do débito pelo devedor.*

*De outra banda, **julgo parcialmente procedente os pedidos reconventionais** formulados por Antonio Celso Chaves Gaioto contra Thiago Franco Cançado, para o fim de condenar o autor reconvinco no pagamento à repetição de indébito, no montante de R\$130.000,00 (conto e trinta mil reais), devidamente corrigido pelo IGPM/FGV desde o ingresso da ação (02/08/10) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação da reconvenção (28/06/11).”*

Contra essa sentença, insurge-se o apelante, alegando em síntese, que o pagamento feito pelo réu-apelado ao Sr. José Raimundo dos Santos e Auto Posto Cristo Rei (f. 68/70) foi irregular, não servindo para comprovar a quitação do negócio entabulado entre as partes (compra de 100 cabeças de gado).

Alega que os beneficiários dos depósitos realizados pelo apelado são pessoas estranhas à demanda e que os documentos acostados como prova da quitação não guardam nenhuma relação com a venda questionada e sequer fazem menção ao negócio em litígio. Aduz que para dar validade à suposta quitação, os documentos de f. 68/70 – comprovante de depósito e cheques – deveriam conter a descrição do débito e autorização do credor para que o pagamento fosse feito diretamente à terceiros.

Sustenta que o Sr. Luiz Cláudio Oshiro, ao contrário do que alegado na sentença, tinha autorização formalizada em 26.3.2008, apenas e tão somente para representar o dono dos animais nos escritórios do IAGRO e AGENFAS, para extrair documentos. Argumenta que, ainda que possuísse mandato em termos gerais, o Sr. Luiz Cláudio Oshiro jamais poderia mandar pagar a terceiros alheios à transação o produto da venda dos animais porque para isso, dependia de poderes especiais e expressos, e isso ele nunca teve. Conclui dizendo que a quitação dada pela venda das 100 vacas, no valor de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), foi irregular, porque quem autorizou o ato daquela forma e modo não tinha poderes para tanto.

De outro vértice, afirma que a condenação em dobro (R\$ 130.000,00), constante na sentença, sob o fundamento de que teria agido de má-fé, deve ser anulada, eis que, após muito tempo de investigação, a Polícia Civil (GARRAS), concluiu o inquérito apontando para o fato de que várias pessoas uniram-se e conseguiram desviar mais de 6.000 (seis mil) cabeças de gado do apelante.

Argumenta que o relatório do inquérito elaborado pelo Sr. Delegado de Polícia do Garras (utilizado pelo juiz primevo, para embasar seu julgamento), deu origem à denúncia realizada em 28.6.2013 (ação penal nº 0029826-10.2013.8.12.0001), que segundo o Ministério Público, diz respeito a um grupo de pessoas que se uniu para prejudicar o apelante, restando o apelado - Sr. Antonio Celso Chaves Gaiotto – denunciado por duas vezes pelo crime de receptação dolosa – art. 180, caput, do CP, em concurso material, combinado com o art.29, também do CP. Tal denúncia, inclusive, foi recebida pela magistrada responsável (f. 181/182).

Ao final, presquestiona diversos normativos legais e pugna pelo conhecimento e provimento do apelo.

Devidamente intimado, o apelado apresentou contrarrazões ao recurso de apelação cível.

Os autos vieram conclusos a este Relator.

VOTO

Des. Marco André Nogueira Hanson (Relator).

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Thiago Franco Cançado, em face da sentença prolatada nos autos da ação de cobrança ordinária promovida perante Antônio Celso Chaves Gaiotto.

O magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido na ação principal e, parcialmente procedente o pedido reconvenicional, condenando o autor-reconvindo a pagar ao réu-reconvinte, o valor de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais).

O apelante, em suas razões recursais, insiste na tese apontada na inicial, de que os documentos juntados pelo réu, ora apelado, não comprovam que houve a quitação da dívida.

PRELIMINAR

Impossibilidade de juntada de documentos novos com a apelação

O réu apelado, arguiu preliminarmente, em contrarrazões, o não conhecimento dos documentos juntados pelo autor-apelante com o seu recurso.

Inicialmente, cumpre ressaltar que os documentos juntados pelo autor-apelante, com o seu recurso (f. 179/237), além de serem públicos, foram confeccionados após o mês de junho de 2013, ou seja, muito depois da finalização da instrução do feito, que ocorreu em outubro de 2011, data em que as partes requereram o julgamento antecipado da lide (f. 144), portanto, plenamente possível o conhecimento por este julgador.

Ademais, o entendimento atual do STJ possibilita a juntada de documento novo em qualquer fase do processo, desde que respeitados os princípios da lealdade processual e do contraditório, o que ocorreu no caso em tela.

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EMBARGOS DE TERCEIRO OPOSTOS PELA ESPOSA DO ACIONADO. CABIMENTO DA JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS EM FASE DE APELAÇÃO, DESDE QUE OBSERVADO O CONTRADITÓRIO. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA CONDIÇÃO PATRIMONIAL SOBRE BENS ADQUIRIDOS EM DATA ANTERIOR À SUPOSTA CONDUTA ÍMPROBA EM MONTANTE SUFICIENTE PARA O RESSARCIMENTO INTEGRAL DO AVENTADO DANO AO ERÁRIO. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A juntada de documentos, em fase de apelação, que não se enquadram naqueles indispensáveis à propositura da ação e apresentam cunho exclusivamente probatório, com o nítido caráter de esclarecer os eventos narrados, é admitida, desde que garantido o contraditório e ausente qualquer indicio de má-fé, sob pena de se sacrificar a apuração dos fatos sem uma razão ponderável. 2. É pacífica no Superior Tribunal de Justiça a orientação de que a medida constritiva deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa, de modo suficiente a garantir

o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma (REsp. 1.347.947/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 28.08.2013). 3. A indisponibilidade acautelatória prevista na Lei de Improbidade Administrativa tem como finalidade a reparação integral dos danos que porventura tenham sido causados ao erário; trata-se de medida preparatória da responsabilidade patrimonial, representando, em essência, a afetação de todos os bens necessários ao ressarcimento, podendo, por tal razão, atingir quaisquer bens ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade. Precedentes. 4. Recurso Especial desprovido.” (STJ - REsp: 1176440 RO 2010/0011214-3, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 17/09/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2013).

Assim, passa-se à análise do mérito da questão discutida nos autos.

Mérito

Para uma melhor compreensão da lide posta em debate, faz-se necessário um breve resumo dos fatos narrados nos autos pelas partes envolvidas.

Fatos

Na origem, trata-se de ação de cobrança ordinária, em que pretende o autor (apelante), receber a quantia de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), relativa à venda de 100 cabeças de gado ao requerido (apelado).

O réu (apelado), em sua defesa, alega ter realizado o pagamento da dívida no mesmo dia em que efetivada a compra do gado, através de uma transferência bancária no valor de R\$ 59.000,00 (cinquenta e nove mil Reias) em nome de Auto Posto Cristo Rei (f. 68); e dois cheques nominais ao Sr. José Raimundo dos Santos, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) cada (f. 69/70). Disse ainda, que o pagamento se deu dessa forma em razão de o representante legal do autor-apelante – SR. Luis Cláudio Vital Oshiro – ter assim solicitado.

O autor, rebatendo a defesa do réu, alega ter sido vítima de fraude perpetrada por seu ex-funcionário – Luis Cláudio Vital Oshiro – que apesar de não possuir poderes para comprar e vender gado de sua propriedade, sem autorização expressa, muito menos para dar quitação, agiu assim, por diversas vezes.

Da fraude apurada.

Segundo Relatório Complementar de informações confeccionado no Inquérito Policial n. 0004190-42.2013.812.0001, aberto para apurar a queixa oferecida pelo autor-apelante (F. 232/234):

“Os animais bovinos que estavam nas fazendas das vítimas foram retirados das propriedades e embarcados em caminhões, utilizando-se notas GTA emitidas por integrantes da quadrilha, sendo que após isso eram revendidos para receptadores e também em leilões, ou levados para propriedades de outros membros da quadrilha.

Os animais sempre eram vendidos com valores muito abaixo da pauta fiscal e os receptadores ouvidos nos autos, alegam que isso era prática comum, tendo em vista a qualidade do gado adquirido.

Luis Cláudio Vital Oshiro vendeu todos os animais que estavam nas fazendas das vítimas, sendo que o dinheiro auferido foi utilizado para movimentar sua conta-corrente e também as contas de sua esposa, sogra, pai, cunhado, irmãos, amigos e familiares.

Com o dinheiro auferido passou a efetuar compras de bovinos em nome de Thiago Franco Cançado e José Eduardo Prata Cançado, sendo que Luis Claudio como sempre efetuava os pagamentos, os vendedores acreditavam que estavam realizando negociações com Thiago e José Eduardo, sendo que em diversas negociações utilizou cheques das contas de parentes e amigos para pagar as negociações e o gado era creditado nas contas das vítimas, do autor, e também de terceiros.

(...)

Salutar informar que em diversas negociações analisadas nestes autos, ficou claro que sempre os compradores realizam a compra recebendo o gado em suas propriedades, com notas GTA em nome de terceiros, e o pagamento efetuado para pessoas diferentes das que constam na nota.”

Conforme Denúncia oferecida pelo Ministério Público deste Estado (f. 183/231) o autor-apelante teria sido vítima de crime praticado em concurso de pessoas, tanto que, foram denunciadas 19 pessoas, supostamente envolvidas na fraude perpetrada em face do autor-apelante, dentre elas:

“1- Luis Cláudio Vital Oshiro (ex-funcionário do autor apelante); denunciado pelo crime de furto qualificado pelo abuso de confiança e fraude – art. 155 , § 4º, II e IV, combinado com os arts. 29 e 69, todos do CP.

2-Antônio Celso Chaves Gaiotto (réu, ora apelado) – denunciado pelo crime de receptação dolosa, em concurso material, descrito no art. 180, caput, combinado com o art. 29, ambos do Código Penal.”

A denúncia foi recebida pela Juíza responsável (f. 181/182), sendo objeto da Ação Penal n. 0029826-10.2013.8.12.0001, e atualmente encontra-se aguardando realização de audiência designada (consulta ao SAJ, em 28/1/2014).

Feitas essas primeiras considerações, passa-se à análise do caso concreto, posto em debate neste processo.

Do pedido principal – ação de cobrança ordinária.

A principal controvérsia existente nos autos diz respeito à existência, ou não, de procuração com amplos poderes outorgada pelo autor-apelante, à seu funcionário - Sr. Luis Cláudio Vital Oshiro – possibilitando-o a negociar a venda do gado de sua propriedade, assim como a forma de pagamento, que no caso, se deu através de depósito em conta corrente e cheques favorecendo terceiros, estranhos à lide.

Segundo alega o autor-apelante, o Sr. Luis Cláudio Vital Oshiro era funcionário de alta confiança e administrava algumas de suas fazendas desde o ano de 1996, sendo encarregado, inclusive, de comercializar gado de corte existente em sua propriedade, desde que autorizado. Entretanto, aproveitando-se da ausência prolongada em suas propriedades rurais, decorrente da fragilidade emocional pela perda da esposa, vítima de câncer, da sua idade avançada (mais de 70 anos de idade), e ainda, da autorização que possuía para fins de representá-lo junto aos escritórios do Iagro e Agenfa, o Sr. Luis Cláudio Vital Oshiro passou a realizar negócios de compra e venda de gado de forma ilícita entre os anos de 2007-2008, sendo o autor-apelante, surpreendido com a notícia de que mais de cinco mil cabeças de gado desapareceram de suas propriedades.

O réu, por sua vez, alega que o funcionário do autor, possuía amplos poderes para vender gado de sua propriedade, inclusive, para informar a forma de pagamento e dar quitação, razão pela qual, realizou o pagamento da compra diretamente aos terceiros por ele indicados – Auto Posto Cristo Rei e José Raimundo dos Santos.

Não foi juntada nos autos nenhuma procuração outorgada pelo autor, dando ao seu funcionário pleno poderes para realizar a venda de gado, determinar a forma de pagamento, ou dar quitação no negócio. Existe apenas uma autorização (f. 237) concedida pelo autor-apelante ao Sr. Luiz Cláudio Vital Oshiro, para fins de representá-lo junto aos escritórios do Iagro e Agenfas dos municípios, referentes às Fazendas Três Marias, Santa Rita, Juriti e Jangada.

Entretanto, como se observa das provas documentais contidas nos autos, inclusive do depoimento do autor (f. 104/106), existia uma relação de confiança entre patrão e funcionário, sendo que a comercialização do gado de corte das fazendas era habitualmente feita pelo Sr. Luis Claudio.

Apesar de o autor alegar que para a realização das operações de venda de gado pelo funcionário era exigida uma prévia autorização de sua parte, nada neste sentido foi comprovado, o que leva a crer que existia a outorga de uma procuração tácita, dando poderes de comercialização do gado àquele, o que, em tese, poderia validar a negociação realizada entre as partes deste processo, a teor do que preceitua o art. 309, do Código Civil:

“Art. 309. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor”.

Sobre o tema, Mário Luiz Delgado Régis, ensina:

“Credor putativo: É aquele que, não só à vista do devedor, mas aos olhos de todos, aparenta ser verdadeiro credor ou seu legítimo representante. O exemplo mais citado é o falso credor que se apresenta de posse do título da obrigação. Uma variedade bastante interessante desse caso é a do pagamento feito ao possuidor de título litigioso, que vem posteriormente a perder a propriedade do crédito. A hipótese é descrita por Beviláqua: ‘o pagamento ao possuidor do crédito é válido, ainda que, posteriormente, seja este vencido em juízo sobre a propriedade da dívida. Aparentemente era esse o credor, e o direito lhe reconhecia e garantia essa qualidade, enquanto se não demonstrasse que, em verdade, lhe não cabia ela por lei; por isso é chamado credor putativo. Até que chegue esse momento, não há outro a quem pagar. E, feito o pagamento durante o decurso de tempo, em que o indivíduo era, juridicamente, o sujeito ativo da obrigação, sem ânimo doloso, sem outra intenção, é óbvio que o pagamento está válido e irrevogavelmente feito. Ao possuidor, porém, que assim recebeu o que se veio a verificar não lhe pertencer, cumpre restituir o que, por equívoco, lhe foi às mãos’ (Clóvis Beviláqua, Direito das Obrigações, cit., p. 87) (...). (in Novo Código Civil Comentado - coordenador Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002, pgs.291-292).”

Nesse sentido, também é a lição de Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias (in Direito Civil – Teoria Geral, Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008, p. 445):

“A disciplina jurídica da representação voluntária não pode se afastar do princípio da notoriedade (aparência). Com isso, se uma pessoa atua, aparentemente (aos olhos de todos), como se tivesse poderes para representar outra, esta responderá, prestigiando o comportamento ético das partes (boa fé objetiva). Equivale a dizer: pode haver outorga de poderes (representação) não apenas de forma expressa, mas também de modo comportamental.”

Portanto, segundo entendimento doutrinário o réu, terceiro de boa fé ao adquirir animais, acreditando estar fazendo negócio com quem poderia vender o gado não poderia, em tese, ser penalizado com a desconstituição dos negócios celebrados.

Entretanto, a eficácia do pagamento feito ao credor putativo é condicionada à boa-fé do devedor, caracterizada pela existência de motivos objetivos que o levaram a acreditar tratar-se do verdadeiro credor. Não basta a crença subjetiva.

Nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça.

“CIVIL E COMERCIAL. COMPRA E VENDA DE GADO. CONTRATO “FICA”. RELAÇÃO DE TRABALHO. MANDATO MERCANTIL. TEORIA DA APARENCIA. RECURSO DESACOLHIDO.

I - O PECUARISTA QUE DE FORMA HABITUAL COMPRA E VENDE GADO COM OBJETIVO DE LUCRO QUALIFICA-SE COMO COMERCIANTE, FICANDO, NESSA CONDIÇÃO, OBRIGADO POR ALIENAÇÃO DE BOVINOS REALIZADA PELO GERENTE-GERAL DA FAZENDA A TERCEIROS DE BOA-FÉ.

II - O CONTRATO DE TRABALHO, ALEM DE CONSTITUIR E ESTABELECE AS CONDIÇÕES DO VINCULO EMPREGATÍCIO, PODE, QUANDO CELEBRADO ENTRE COMERCIANTE (EMPREGADOR) E COMERCÍARIO (EMPREGADO), REVESTIR-SE DE NATUREZA HÍBRIDA (LABORAL E COMERCIAL), CONSUBSTANCIANDO TAMBÉM MANDATO MERCANTIL.

III - A TEORIA DA APARENCIA MOSTRA-SE APLICÁVEL NOS CASOS EM QUE VENDEDOR, GERENTE OU PESSOA EQUIPARADA, POR EXPRESSA OU TÁCITA PERMISSÃO DO COMERCIANTE, VENDE MERCADORIAS, SALVO SE COMPROVADO ERRO INESCUSÁVEL OU MÁ-FÉ DO ADQUIRENTE”. (REsp. n. 12.811/MS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 31/05/1993, DJ 30/08/1993 p. 17.294).

E no caso em tela a boa-fé do devedor não restou caracterizada, ao contrário, o que se constata, é a sua evidente má-fé.

Isso porque, os documentos juntados nos autos evidenciam a prática de fraude praticada pelo réu-apelado em concurso com diversas outras pessoas, dentre elas, o ex-funcionário do autor, Sr. Luis Claudio Vital Oshiro.

Não há como aceitar que uma pessoa que se intitula como sendo de boa-fé:

a) realize a compra de gado de alguém que não possua um só documento legal autorizando a realização deste tipo de negociação; b) por um preço muito abaixo do valor de mercado – R\$ 650,00 - (seiscentos e cinquenta reais) por cabeça, sendo que o valor da PAUTA FISCAL daquela época era de R\$ 752,00 (setecentos e cinquenta e dois reais) ; c) efetuando o pagamento diretamente a terceiros estranhos à lide, sem exigir, sequer, uma autorização por escrito do credor, ou um recibo de quitação.

Os argumentos utilizados pelo réu a fim de justificar o pagamento realizado diretamente à terceiros estranhos à lide chegam a ser absurdos, diante dos fatos apurados no Inquérito Policial, que inclusive, descreve sua conduta da seguinte forma (f. 236):

“Antonio Gaiotto foi ouvido no ano de 2008, conforme folhas 270/298 e naquela oportunidade confirmou que adquiriu 100 cabeças de gado de Luis Cláudio Vital Oshiro, sendo que as notas recebidas foram da inscrição de Thiago Franco Cançado. Gaiotto reportou que conhecia Thiago, porém não chegou a contatá-lo para confirmar a negociação. Gaiotto reportou ainda naquele ano, que essa foi a única negociação realizada com Luis Cláudio. Mesmo essa negociação, ficou evidente fortes indícios de irregularidade, pois o pagamento foi realizado via TED, porém para um terceiro, ou seja, o valor de R\$ 59.000,00

fora depositado na conta da empresa Auto Posto Cristo Rei, e Gaiotto disse que realizou esse pagamento pela ordem de Varecil de Jesus, contador de Thiago. Ocorre que Varecil foi ouvido nos autos e negou qualquer ordem para pagamento de gado em conta que não fosse de Thiago Cançado ou de José Eduardo. Posteriormente esta negociação caiu por terra, pois foi constatado que na data dessa negociação, Varecil sequer era procurador de Thiago, conforme consta às f. 535-538. Ou seja, até esta data não ficou claro qual o motivo do valor ter sido pago para outra pessoa, e este setor acredita que seja uma das formas de dificultar o rastreio dos valores. Desde então as investigações continuaram, e pelas informações iniciais, Gaiotto teria adquirido outros lotes de bovinos, porém não se tinha prova dessas aquisições.”

Ora, parece inverossímil que uma pessoa, qualificada como pecuarista na inicial, ou seja, acostumada a realizar a compra e venda de gado, realize o pagamento de uma importância significativa – R\$ 65.000,00 – diretamente à estranhos, supostamente a mando de um funcionário do real credor, sem certificar-se da existência de autorização para tanto, e ainda, sem exigir um recibo de quitação.

A quitação é, fundamentalmente, o meio de prova do pagamento. Assim, caso a mesma seja negada, o devedor pode reter o pagamento e depositar os valores em juízo.

Oportunamente, ressalta-se que os requisitos da quitação encontram-se expressos no artigo 320, do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.”

Inclusive, acerca da matéria, disserta Silvio Venosa:

“Quem paga tem direito a se munir de prova desse pagamento, da quitação. [...] Aí estão os requisitos do recibo, instrumento da quitação. Trata-se de prova cabal de pagamento [...]. Recibo é o documento idôneo para comprovar o pagamento das obrigações de dar e fazer (Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, Vol II, 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2006).”

No mesmo enfoque, assevera Maria Helena Diniz:

“O recibo é, pois, o instrumento da quitação. É preciso lembrar que o ônus da prova do pagamento cabe ao devedor ou a seu representante, por se tratar de um dos fatos extintivos da obrigação. [...] A quitação poderá ser dada não só pelo recibo, que é o meio normal, mas também pela devolução do título, se se tratar, é óbvio, de débitos certificados por um título de crédito.” (Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. II, p. 227-228).

Estando ausente a quitação - a qual deve ser representada por recibo, devolução do título ou anotação no mesmo de pagamento parcial, ou ainda, declaração do credor - não há como afirmar com segurança que houve o pagamento, até porque, os documentos de f. 68/70 juntados aos autos não demonstram relação com a dívida ora discutida.

Ademais, os indícios de fraude praticada pelo réu-apelante são relevantes na apuração do caso concreto, não podendo o Judiciário concordar com a solução apontada pelo juízo de primeiro grau, diante da evidente má-fé da parte devedora, que adquiriu o gado de propriedade do autor, por preço abaixo de mercado, sem a prova do devido pagamento.

A razoabilidade e o bom senso, não podem, em casos como este, consentir com a injusta penalização do autor-apelante, vítima de fraude praticada por uma quadrilha, da qual existem fortes indícios, tenha o réu participado, julgando improcedente o pedido de cobrança e condenando-o a pagar ao devedor - denunciado pela prática do crime de receptação dolosa - indenização no valor de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) por cobrança indevida (art. 940 do CC).

É impossível considerar como válidos os pagamentos realizados pelo réu à terceiros estranhos à lide, como entendeu equivocadamente o magistrado 'a quo', partindo da simples premissa de que havia mandato tácito conferido pelo autor à seu funcionário, sem a análise adequada à luz do problema, dos fatos relevantes do caso em concreto.

Esta lição, aliás, consta do livro intitulado “*Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à Luz da Legalidade Constitucional*”: *Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tolentino, organizador – São Paulo – Atlas, 2008, p. 243:*

“A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido revelando a solução nela contida. Vale dizer, a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o interprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízo de fatos. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção.

Com o avanço do Direito Constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisador topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se participante do processo de criação do direito, contemplando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.”

E diante da inexistência de prova de quitação do débito (recibo), bem como de comprovação de erro escusável, ou boa-fé por parte do réu-apelado, a procedência do pedido principal – cobrança – é medida que se impõe.

Por estes fundamentos, entendo necessária a reforma da sentença de primeiro grau, para o fim de julgar procedente o pedido contido na inicial, condenando o réu-apelado ao pagamento da importância de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), corrigida monetariamente pelo IGPM-FGV, a partir da data da venda e acrescida de juros de mora de 1% desde a citação. Inverte-se, consequentemente, o ônus da sucumbência.

Do pedido reconvenicional

Em razão dos fatos acima dispostos e diante da procedência do pedido principal, há que ser reformada a sentença quanto à condenação imposta ao autor-reconvindo, ora apelante, no pleito reconvenicional, baseada no art. 940 do Código Civil.

Isso porque, para a imposição da pena prevista no artigo 940 do CC – repetição de indébito -, se exige, além do elemento objetivo da “cobrança por dívida já paga”, a existência de má-fé do credor, o que não restou comprovado no caso em tela.

Dispositivo final

Ante o exposto, afasto a preliminar de impossibilidade de juntada de documentos novos com o recurso, arguida pelo apelado em contrarrazões.

No mérito, conheço do recurso interposto por Thiago Franco Cançado e dou-lhe provimento para: **a)** julgar procedente o pedido contido na inicial dos Autos de Cobrança n. 0044098-14.2010.8.12.0001, condenando o réu-apelado ao pagamento da importância de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), corrigida monetariamente pelo IGPM-FGV, a partir da data da venda e acrescida de juros de mora de 1% desde a citação; **b)** julgar improcedente o pedido reconvencional; **c)** inverter, consequentemente, o ônus da sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, MS, 25 de fevereiro de 2014.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0005099-97.2008.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO CELEBRADO PELO COMPANHEIRO SEM A ANUÊNCIA DA COMPANHEIRA – POSSIBILIDADE – OUTORGA UXÓRIA – DESNECESSIDADE – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A outorga conjugal é necessária apenas quando houver casamento, não se estendendo às hipóteses de união estável. Logo, levando-se em conta que o imóvel foi registrado somente em nome do companheiro da autora, porquanto não reconhecida a união estável, é de se concluir pela validade da alienação celebrada entre os requeridos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, MS, 25 de fevereiro de 2014.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator.

RELATÓRIO

Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Girley Salvatierre interpõe recurso de apelação cível contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação de anulatória do contrato de compra e venda de n. 0005099-97.2008.8.12.0021 em que contende Milton Aparecido Cândido da Silva, Jurandir Vieira da Silva e Célia Nascimento Sales da Silva, julgou improcedente o pedido inicial.

A recorrente, em síntese, aduz que:

1 - somente neste momento, por completo desconhecimento dos patronos da parte autora, traz aos autos a escritura pública de união estável firmada entre Girley Salvatierre e Milton Aparecido Cândido da Silva, por ser possível a alegação de fato novo, conforme redação do artigo 517, do CPC;

2- a sentença é nula, pois exigiu, para o reconhecimento da união estável entre Girley e Milton, sentença judicial, o que contraria o disposto na Constituição Federal;

3- restou expressamente demonstrado nos autos que a autora convivia em união estável com o requerido Milton há mais de 32 anos, sendo nulo o contrato de alienação do imóvel, no qual residiam, sem a sua expressa autorização – outorga uxória; e,

4- o requerido Jurandir Vieira da Silva deixou de observar as cautelas necessárias para aquisição do imóvel, de modo de que não pode alegar ter sido enganado pelo vendedor Milton.

Por fim, pede que seu recurso seja conhecido e provido nos termos acima delineados.

Jurandir Vieira da Silva apresentou resposta, manifestando-se pelo não acolhimento da súplica recursal.

Em Parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo afastamento da nulidade arguida pela recorrente e, no mérito, pelo seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

Des. Marcos José de Brito Rodrigues (Relator).

Conforme relatado, Girley Salvatierre interpõe recurso de apelação cível contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação de anulação do contrato de compra e venda de n. 0005099-97.2008.8.12.0021 em que contende Milton Aparecido Cândido da Silva, Jurandir Vieira da Silva e Célia Nascimento Sales da Silva, julgou improcedente o pedido inicial.

Em resumo, a apelante alega a nulidade da sentença, uma vez que o magistrado singular exigiu, como prova da união estável, sentença judicial. Ainda, sustenta a possibilidade de juntada de documento novo, mesmo após a sentença. No mérito, pugna pela procedência da ação, uma vez que não consentiu com o contrato de compra e venda de bem imóvel.

A nulidade da sentença, matéria que deve ser tratada como preliminar de mérito, com este se confunde, razão pela qual será apreciada em conjunto.

Passo seguinte, esclareço que a juntada de novos documentos após a instrução processual ou mesmo em fase recursal é amplamente admitida na jurisprudência, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa.

Destaco:

“A juntada de documentos, em fase de apelação, que não se enquadram naqueles indispensáveis à propositura da ação e apresentam cunho exclusivamente probatório, com o nítido caráter de esclarecer os eventos narrados, é admitida, desde que garantido o contraditório e ausente qualquer indício de má-fé, sob pena de se sacrificar a apuração dos fatos sem uma razão ponderável”. (REsp 1176440/RO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 04/10/2013).

No caso em tela, uma vez que o contraditório foi devidamente observado, não há razão para indeferir a juntada do documento trazido nas razões recursais.

No mérito, melhor sorte não socorre à apelante.

Como se observa dos autos, Girley Salvatierre ajuizou a presente ação em desfavor de Milton Aparecido Cândido da Silva, Jurandir Vieira da Silva e Célia Nascimento Sales da Silva, visando a anulação do contrato de compra e venda de bem imóvel firmado entre os requeridos, alegando viver em união estável com o réu Milton e não ter anuído com o referido negócio jurídico.

Alega a autora que, por mais de trinta anos conviveu, de forma contínua, pública e duradoura, com Milton Aparecido Cândido da Silva, residindo sob o mesmo teto, constituindo família, com filhos legalmente reconhecidos, e construindo, mediante o esforço comum do casal, patrimônio comum, inclusive, o imóvel em litígio. Insiste que, quando da realização do contrato de compra e venda, em 2006, no qual figuraram como vendedor o réu Milton e compradores os requeridos Jurandir Vieira da Silva e Célia Nascimento Sales da Silva, mantinha sua relação com Milton, não tendo consentido com o negócio jurídico, razão pela qual a venda realizada é nula.

O magistrado de piso, por não existir nos autos a prova do reconhecimento da união estável, o que somente se daria com a sentença judicial, julgou improcedente o pedido inicial.

Pois bem. Em que pese a discussão acerca do reconhecimento ou não da união estável entre Girley Salvatierre e Milton Aparecido Cândido da Silva, não há se falar em ineficácia do negócio jurídico pela ausência de consentimento da apelante, porquanto desnecessário na hipótese dos autos.

Explico.

A outorga conjugal, classificada em outorga uxória e marital, tem previsão legal no artigo 1.647, do Código Civil e estabelece, entre outros casos, que, ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis.

Esta regra tem expressa aplicação às situações de matrimônio e, conquanto o artigo 1.725, também do CC, preconize que “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”, a outorga conjugal, nos casos de alienação de bem imóvel, não se faz necessária para a hipótese de união estável.

Isso porque, o: *“reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, com preceito para a facilitação de sua conversão em casamento (CF, art. 226, § 3), não importou na equiparação desse estado de fato com o casamento, mormente no campo dos direitos e das obrigações em face de terceiros. Diversamente do que ocorre com as pessoas casadas, em que a outorga marital ou uxória são formalidades decorrentes do regime matrimonial, na união estável não há qualquer registro desse estado e fato, tampouco averbação da sua existência no registro imobiliário. Por conseguinte, inexigível a outorga marital ou uxória nos negócios jurídicos de um ou de outro dos conviventes com terceiros. ‘Considerando que a necessidade de outorga uxória ou marital reflete restrição ao livre arbítrio das partes, não há como aplicar, por analogia, normas de caráter restritivo, inclusive com sanções nulificantes, independentemente de expressa previsão legal’ (Cláudia Greco Tabosa Pessoa in ‘Efeitos patrimoniais do concubinato’, Saraiva, 1997, pág. 209)”* (Apelação Cível n 396.100-4/6 Itararé, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 15.04.08).

Assim, em suma, conclui-se que a outorga conjugal não é necessária nos casos de alienação de bens imóveis, para a união estável.

Na situação dos autos, em novembro de 1992, o imóvel havia sido registrado somente no nome do companheiro da apelante, Milton Aparecido Cândido da Silva, qualificado como solteiro (f. 28). Logo, não havendo reconhecimento da união estável à época da formalização do contrato de compra e venda envolvendo os apelados, em fevereiro de 2006, é de rigor o reconhecimento de sua eficácia, restando correta a solução dada pelo juízo de piso.

Ademais, em que pesem as declarações constantes na escritura pública de f. 260, pela qual a autora Girley e o requerido Milton afirmam viver em união estável há mais de 32 anos, certo é que, na data da

alienação entre os requeridos, este documento sequer existia, posto que lavrado em 11 de janeiro de 2013, não podendo retroagir para alcançar fatos passados, em especial, o contrato de compra e venda em exame.

Assim, tenho entendimento firme de que a outorga conjugal é necessária apenas quando houver casamento, não se estendendo às hipóteses de união estável, de modo que o negócio jurídico firmado com terceiro de boa-fé não poderá ser anulado em razão de declaração superveniente de existência de união estável.

Neste caso, a lei deverá proteger o adquirente de boa-fé, pois raramente o comprador terá conhecimento se o vendedor, ao declarar-se solteiro, viúvo ou divorciado, está vivendo atualmente com outra pessoa em regime de comunhão estável. Além disso, a alegada postura de má-fé do requerido Juarez não restou evidenciada neste autos, não havendo motivos para anular o negócio jurídico firmado pelas partes requeridas.

Por oportuno, vejamos o precedente desta Corte:

“E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NULIDADE/ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO – REQUISITOS LEGAIS PRESENTES – VÍCIO QUANTO À FORMA – AUSENTE – INTELIGÊNCIA DO ART. 462 DO CC – ESPECIFICAÇÃO DO VALOR TOTAL DO CONTRATO COLOCADO POSTERIORMENTE – EXIGÊNCIA DO CARTÓRIO – AUSÊNCIA DE INTERFERÊNCIA NA SUBSTÂNCIA DO CONTEÚDO DO CONTRATO – OUTORGA UXÓRIA – DESNECESSÁRIO NA UNIÃO ESTÁVEL – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. A promessa de venda gera efeitos obrigacionais não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento publico.

2. O Art. 462 do CC, prevê que, com a exceção da forma, o contrato preliminar deve conter todos os requisitos essenciais, de modo que, resta claro que a forma em si, não configura um dos requisitos para realização do contrato preliminar, e portanto, a alegação de vício no tocante à forma, não é capaz de invalidar o negócio firmado entre as partes.

3. Percebe-se que o apelado somente incluiu o valor total do contrato ao final para que pudesse registrar a compra e venda, sem que isso implique em alteração do preço que constou expressamente da cláusula segunda do instrumento.

4. A outorga conjugal é necessária apenas quando houver casamento, não se estendendo às hipóteses de união estável, de modo que o negócio jurídico firmado com terceiro de boa-fé não poderá ser anulado em razão de declaração superveniente de existência de união estável.” (Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.002616-6/0000-00 - Campo Grande. Relator - Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Terceira Câmara Cível. J. 13.3.2012).

Ainda, destaco os seguintes julgados:

“Apelação Anulação de ato jurídico Alienação de imóvel Desnecessidade de consentimento da companheira nas hipóteses de união estável Imóvel que havia sido registrado somente em nome do companheiro da apelante Neuza, João Paulo Pinholato, qualificado como solteiro Ausência de reconhecimento da união estável no momento do negócio jurídico envolvendo o companheiro da apelante e os apelados que implica o reconhecimento da eficácia do negócio jurídico Sentença mantida Recurso improvido.” (TJSP - 0004520-09.2008.8.26.0071 Apelação Relator(a): José Joaquim dos Santos Comarca: Bauru Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 03/12/2013).

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO, COM ANULAÇÃO DE REGISTRO DE ESCRITURA PÚBLICA, COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. INSURGÊNCIA RELATIVA A NULIDADE DO ATO NEGOCIAL QUE IMPLICOU NA VENDA DO ÚNICO BEM IMÓVEL DO CASAL. AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. DESNECESSIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (TJPR - 6ª C.Cível - AC - 906313-4 - Paraíso do Norte - Rel.: Ana Lúcia Lourenço - Unânime - J. 28.08.2012).

Logo, não merece reforma a sentença recorrida.

Ante ao exposto e com o parecer, conheço do recurso de apelação cível interposto por Girley Salvatierre e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença ora guerreada.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juiz Vilson Bertelli e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, MS, 25 de fevereiro de 2014.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0000026-67.2009.8.12.0003 – Bela Vista
Relator Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – PAI REGISTRAL – INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE VONTADE NO REGISTRO CIVIL DA MENOR – EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A paternidade não é desconstituída somente em razão da ausência de vínculo biológico, mormente quando a paternidade foi espontaneamente reconhecida, sem qualquer vício ou engano, e há forte relação socioafetiva entre pai e filha.

O liame afetivo e prepondera sobre a realidade biológica, devendo ser preservado em atenção ao princípio da afetividade inserto no Novo Código Civil, e ao postulado da segurança das relações jurídicas e familiares, em especial o estado de filiação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 28 de janeiro de 2014.

Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues – Relator.

RELATÓRIO

Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues.

Eneri da Costa interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Bela Vista que, nestes autos de ação negatória de paternidade c/c retificação de registro civil ajuizada por Eneri da Costa, julgou improcedente a pretensão inicial que visava declarar a nulidade do ato de reconhecimento da paternidade da menor Gabrielle da Costa, excluindo-se seu nome do registro de nascimento.

O recorrente, em síntese, aduz que:

1 – tinha dúvidas quanto à paternidade da requerida, as quais se confirmaram com a realização de exame de DNA que atestou que o apelante não é pai da menor Gabrielle da Costa;

2 – sempre teve incerteza quanto à paternidade e, por ser muito jovem e inexperiente, não dispendo da possibilidade de realizar exame, não questionou a situação antes;

3 – não se trata de paternidade sócio-afetiva, pois desde o nascimento da infante teve dúvida do vínculo biológico;

4 – foi induzido a erro pela genitora da menor e inexistem laços afetivos, não podendo assumir uma paternidade que lhe foi imposta sem que soubesse da realidade dos fatos.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido para reconhecer que não é o genitor da ré, alterando-se o assento de nascimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo (f. 135/146).

VOTO

Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues (Relator).

Conforme relatado, insurge-se o apelo contra a sentença que julgou improcedente a pretensão inicial que visava declarar a nulidade do ato de reconhecimento da paternidade da menor Gabrielle da Costa, excluindo-se seu nome do registro de nascimento.

Sustenta o recorrente que não se trata de paternidade sócio-afetiva, pois desde o nascimento da infante teve dúvida do vínculo biológico e foi induzido a erro pela genitora da menor.

Entretanto, a meu ver a sentença não merece reforma.

Primeira ponderação a ser feita é o fato do autor, espontânea e voluntariamente, ter assumido a paternidade da menor Gabrielle. Com efeito, o reconhecimento de um filho é irretratável e irrevogável, ainda que a filiação não corresponda à realidade biológica.

Não é tampouco incomum que homens ajam assim, assumindo a paternidade de filho que sabidamente não é seu para agradar a companheira ou até mesmo conquista-la, mas negando-se a cumprir as obrigações daí inerentes, por achar que já foi bastante generoso em dar um nome à criança, poupando-a da situação de não ter um pai.

Diante desse quadro é preciso se indagar se o autor foi ou não ludibriado pela requerida, e a possibilidade de não ser seu o filho concebido por sua parceira.

Na inicial o autor afirma “*Com a primeira gravidez da representante legal da Requerida, surgiu uma alegria imensa, pois seria concebida a primeira filha da união estabelecida entre o ex-casal, entretanto, após sua concepção, surgiram algumas incertezas perante o Requerente, haja vista que sua filha não guardava muitas semelhanças para com este, que por ser o mesmo muito jovem, inexperiente, não dispondo do advento do exame de DNA para sanar qualquer dúvida, resolveu não questionar a paternidade.*” (f. 02).

Ainda na exordial, afirma ter reconhecido espontaneamente a paternidade da criança, porém “*Com o passar dos anos, tal situação ficou ainda mais gritante, pois a Requerida não possui nem de perto as características físicas do Requerente, o que acabou corroborando com suas suspeitas de que realmente não se tratava de sua prole.*” (f. 02).

Conforme documentos juntados aos autos e das próprias assertivas do autor, observa-se que, quando propôs a ação negatória de paternidade, não houve indicação da existência de vício de consentimento.

Diversamente, o próprio autor afirma que a criança tinha características físicas distintas das suas, de modo que suspeitava e tinha em seu íntimo dúvidas a respeito da paternidade, de forma que, se tinha incerteza, não houve erro, pois estava presente a consciência de que sua declaração de vontade, ao menos, poderia não estar embasada na realidade biológica dos fatos, mas mesmo assim o fez voluntariamente.

Com efeito, durante a instrução probatória não restou provada a existência de vício de consentimento. Pelo contrário, resultou evidenciada a paternidade socioafetiva entre as partes.

O requerente/apelante não produziu prova oral.

Por seu turno, a requerida arrolou testemunhas, sendo que as duas ouvidas, apresentaram versão dos fatos distinta daquela narrada pelo autor, vejamos.

Conceição das Graças de Oliveira Paiva, ouvida à f. 80, declarou:

“Pelo que sabe Gabriele não é filha de Eneli da Costa, porque quando Ariana ‘se junto’ com o sargento Eneli ela já tinha a filha Gabriele. Sabe que Eneli registro Gabriele como se fosse filha para receber os benefícios do exército. Eneli registro como filha mas sabendo que não era. Refere que Eneli tratava Gabriele como filha, perante a comunidade. Eneli deve ter vivido com Arina por mais de 10 anos.”

No mesmo sentido, asseverou a testemunha Margot Jaqueline Nazareth de Oliveira:

“Que não sabe precisar a data em que conheceu a mãe da ré; que pode dizer que quando a conheceu, ela passou a lhe contar a sua vida, dizendo que teria vindo do Sul e que sua filha mais velha não seria filha de Eneri; que ela disse também que Eneri a teria conhecido quando estava grávida, assumindo sua pessoa e sua gravidez; que Eneri, mesmo sabendo que não era pai de Gabrieli, assumiu a paternidade; que ele não foi enganado, segundo soube; que acredita que Eneri, apaixonado, tenha, de certa forma, pretendido ‘adotar’ Gabrieli; que pode dizer que conhece Gabrieli e que ela tem Eneri como verdadeiro pai, sempre, ‘toda vida’; que ela nutre por ele todo amor que uma filha pode nutrir por um pai; que achava bonito o relacionamento deles; que após Eneri ter passado a viver com uma outra mulher, distanciou-se da filha; que várias vezes, após encontrar Gabrieli, mesmo após o pai ter ido embora, ela continua a falar de sua pessoa, que estaria com saudades, inclusive dos irmãos, enfim, demonstrando todo amor e carinho de filha.”

Como se pode ver, as testemunhas foram uníssonas ao afirmar que o recorrente sempre teve conhecimento que a requerida não era sua filha, mas mesmo assim reconheceu espontaneamente a paternidade, registrando-a como filha, e somente após a separação da genitora que questionou a relação filial.

Inferese, ainda, que as depoentes referem que os vínculos entre as partes são fortes e constituem verdadeiro liame de filiação, sendo que ambos sempre se trataram como pai e filha, fato que se soma à longa relação do casal por mais de 10 anos, ou seja, período em que a paternidade nunca foi questionada e foi situação consolidada entre as partes e a comunidade.

Do conjunto probatório emerge a convicção de que o autor tinha ciência de que a criança não era sua, ou, ao menos assumiu o risco de que ela não fosse e mesmo assim, voluntariamente, sem que sua vontade estivesse viciada, reconheceu a paternidade.

Sendo assim, não há como desconstituir a paternidade somente em razão da ausência de vínculo biológico, mormente porque a paternidade foi espontaneamente reconhecida, sem qualquer vício ou engano, e a relação socioafetiva prepondera sobre a biológica e impera entre as partes, tendo sido construída ao longo de anos sem qualquer indagação, e que, a toda evidência, deve ser preservada em atenção ao princípio da afetividade inserto no Novo Código Civil, e ao postulado da segurança das relações jurídicas e familiares, em especial o estado de filiação.

Como bem ressaltou o nobre magistrado sentenciante, “A ausência de vínculo biológico entre o pai registral e a filha registrada, por si só, não tem o condão de taxar a nulidade da filiação constante no registro civil, pois, existe entre estes, liame de afetividade.” (f. 103).

Outrossim, com maestria, destacou a ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Irma Vieira de Santana e Anzoategui:

“O que ocorreu foi uma opção consciente do apelante pelo reconhecimento da paternidade de Gabrielle, apesar de possuir dúvida acerca da paternidade biológica, pois, mesmo ciente de que outro homem poderia ser o pai biológico, em prol de sua união com a mãe da criança, pretendendo formar uma família, optou por assumir a paternidade, dando ensejo a uma relação socioafetiva com a apelada.

(...)

Assim, a declaração da paternidade no ato do reconhecimento daquele que, mesmo na dúvida da filiação biológica decide receber a criança como filha, não encerra qualquer falsidade, mas sim a existência de um vínculo afetivo que gerou a paternidade.

Logo, com sua declaração, exprimindo a verdade sobre um vínculo socioafetivo, o apelante formalizou a situação jurídica da paternidade, com todos os ônus dela decorrentes, não lhe sendo possível agora a retratação.” (f. 138 e 142).

A r. sentença alinha-se com a jurisprudência pátria, confira-se:

“Ementa: Negatória de paternidade Irretratabilidade do reconhecimento de filho nascido fora do matrimônio - Vício do consentimento não comprovado - Apelação provida.” (TJSP - 9134259-66.2006.8.26.0000 Apelação Relator(a): Mauricio Vidigal Comarca: Indaiatuba Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 10/05/2011).

“Ementa: Negatória de paternidade Irretratabilidade do reconhecimento de filho nascido fora do matrimônio - Vício do consentimento ou falha formal não narrados na inicial - Apelação não provida, com alteração do dispositivo.” (TJSP - 9220760-52.2008.8.26.0000 Apelação Cível , Relator(a): Mauricio Vidigal, Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 17/03/2009).

“Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. FILHA MAIOR. ASSENTO REGISTRAL PROCEDIDO PELO AUTOR NA CONSTÂNCIA DE RELAÇÃO AMOROSA ENTRETIDA COM A GENITORA, QUE RESULTOU EM CASAMENTO, POSTERIORMENTE. ERRONÃO COMPROVADO NOS AUTOS. ASSENTO DE NASCIMENTO INALTERADO. PRECEDENTE. A alegação de que o pai registral teria incidido em erro ao proceder à declaração de paternidade para o Registro Civil não resulta comprovada nos autos, não concretizada nenhuma das hipóteses previstas nos arts. 138 a 165 do CCB. A ré nasceu na constância de relacionamento amoroso entretido pelo autor com a sua genitora, com a qual inclusive veio a contrair matrimônio posteriormente, e teve outra filha. Inobstante a prova genética da inexistência de vínculo biológico, deve prevalecer, in casu, a relação socioafetiva verificada entre as partes, a qual foi construída ao longo de quase 30 (trinta) anos. O contexto probatório não autoriza a alteração do status quo, devendo ser confirmada a sentença de improcedência da pretensão. APELO DESPROVIDO.” (Apelação Cível N. 70052614096, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 26/06/2013).

“Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. IRREVOGABILIDADE. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Da

apelação: Restou comprovado nos autos que o recorrente não é o pai biológico do apelado, mas os estudos sociais constataram a existência de vínculo socioafetivo. A relação jurídica de filiação foi construída também a partir de laços afetivos e de solidariedade. O mero arrependimento não constitui razão capaz de revogar ato de reconhecimento da paternidade, efetuado modo espontâneo, que é irrevogável. Do Agravo Retido: A paternidade é apreciada por diversos meios de prova, sendo incabível a perícia postulada, inclusive, porque seu resultado não seria suficiente para afastar o relacionamento paterno filial que se instaurou no curso do tempo. Apelo e agravo retido desprovidos.” (Apelação Cível N. 70047722079, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 22/05/2013).

Assim, certo de que a hipótese fática dos autos não caracteriza nenhuma das situações que possam autorizar a retificação do registro civil, deve ser mantida a sentença nos termos em que proferida.

Ante o exposto, com o parecer, conheço deste recurso de apelação e nego-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

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. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues, Juiz Vilson Bertelli e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, MS, 28 de janeiro de 2014.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0801595-16.2013.8.12.0008 – Corumbá
Relator Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – CESSÃO DE CRÉDITO – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR – ART. 290, DO CÓDIGO CIVIL – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANOS MORAIS – DANO *IN RE IPSA* – REQUISITOS PRESENTES – VERBA INDENIZATÓRIA MANTIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MANTIDOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Para fins de eficácia do negócio de cessão de crédito, o devedor deve tomar conhecimento do ato para efetuar o pagamento, mediante notificação, nos termos do art. 290 do Código Civil.

Considera-se presumido o dano (*in re ipsa*) quando se dá a inclusão do nome da pessoa em apontamento negativo em razão de dívida cobrada indevidamente.

Deve ser mantido o quantum indenizatório quando o valor apurado guarda correspondência com a extensão do dano e a capacidade econômica das partes.

Devem ser mantidos os honorários fixados em percentual sobre o benefício econômico auferido com a causa, atendendo aos requisitos do art. 20, §3º, do CPC, e levando em consideração as diretrizes contidas nas alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º do mesmo dispositivo legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, MS, 9 de janeiro de 2014.

Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues – Relator.

RELATÓRIO

Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues.

Fundo de Investimento em Direitos Creditórios não Padronizados NPL I interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá que, nestes autos de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c indenização por danos morais ajuizada por Ana Cristina Nunes, julgou procedentes os pedidos para declarar inexistente a relação jurídica e condenar a requerida ao pagamento do valor de R\$ 7.000,00 a título de danos morais.

O recorrente, em síntese, aduz que:

1 - a cessão de crédito ocorrida não necessitava de notificação da apelada como condição de validade, sendo portanto perfeito e válido o negócio jurídico;

2 - estando perfeita a cessão, a inclusão da recorrida no cadastro de inadimplentes ocorreu unicamente em razão da inadimplência, portanto, de sua inteira responsabilidade o incidente ocorrido;

3 - a apelada deixou de comprovar os prejuízos suportados capazes de ensejar o pagamento de indenização por dano moral, merecendo ser afastada a condenação imposta;

4 - não ocasionou o dano reportado pela apelada, inexistindo relação de causalidade entre o ato praticado e o prejuízo por esta experimentado;

5 - o valor da indenização foi fixado de forma exorbitante, merecendo ser reduzido, a fim de que seja arbitrado de forma razoável, observando a extensão do dano, sua gravidade e repercussão da ofensa;

6 – afronta à súmula 385, do STJ, eis que a autora pretende a reparação por danos morais decorrentes de negativação quando já possuía inscrições anteriores; e

7 - os honorários sucumbenciais fixados na sentença em 15% do valor da condenação devem ser arbitrados de forma equitativa, nos termos do art. 20, § 3º e 4º, do CPC.

Requer o conhecimento e provimento do apelo nos termos expostos.

A recorrida apresentou contrarrazões à f. 144/151, protestando, em suma, pela manutenção da sentença. Pede o prequestionamento da matéria.

VOTO

Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Fundo de Investimento em Direitos Creditórios não Padronizados NPL I, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, na ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c indenização por danos morais ajuizada por Ana Cristina Nunes.

Segundo consta, a apelada foi inscrita nos órgão de proteção ao crédito por débito no valor de R\$ 7.008,52, tendo como informante Fundo de Investimento em Direitos Creditórios não Padronizados NPL I (f. 11).

Referido débito supostamente tinha como credor originário Banco Santander S/A que, mediante cessão (f. 63/76), transferiu-os a Fundo de Investimento em Direitos Creditórios não Padronizados NPL I, a qual subrogou-se no direito de recebê-los.

Alega o apelado que referido débito seria ilegítimo, pois jamais teve qualquer vínculo com o cedente.

Inscrito o nome do apelado nos órgãos de proteção ao crédito, competia ao apelante comprovar a legitimidade do débito, com a efetiva demonstração de que o serviço tinha sido contratado por aquele, artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil.

Não obstante, o recorrente não se desincumbiu do ônus que lhe competia, visto que limitou-se a colacionar aos autos imagens de tela de programa de informática, documentos incapazes de ensejar o acolhimento da tese apresentada, e instrumento particular de contrato de cessão e aquisição de direitos

de crédito, em que não há qualquer menção à suposta devedora/autora e à origem do débito com o credor originário – documento esse indispensável para comprovar a legitimidade e veracidade da dívida que embasou a negativação.

Não havendo nos autos qualquer prova capaz de demonstrar que a apelada tenha celebrado qualquer contrato com a instituição cedente que originasse o débito apontado, é indevido o valor cobrado, bem como a inscrição do nome daquela no serviço de proteção ao crédito.

A empresa que contrata com o consumidor tem o dever de resguardo e incolumidade de seus clientes, devendo, no momento da celebração do contrato, acautelando-se dos artificios necessários a verificar a procedência dos dados e documentações apresentadas, tomando todo cuidado necessário a fim de evitar prejuízos aos consumidores.

No caso em tela, ainda que não tenha sido o apelante quem diretamente contratou com o requerido, com a cessão realizada assumiu os riscos dos créditos que lhes foram transpassados, portanto, também lhe foi repassado a responsabilidade que a empresa cedente mantinha sobre terceiros, em especial, da validade dos contratos entabulados – que poderiam ter sido realizados com documentos falsos.

A única forma de legitimar o procedimento de inscrição do débito no cadastro de inadimplentes seria através da apresentação do instrumento contratual bancário, o que não fez a recorrente.

Contrariamente ao que pretende a apelante, independentemente da origem do débito, basta a simples negativação do nome junto aos órgãos de proteção ao crédito para macular a imagem como sendo de mal pagador, de modo que, inscrita no cadastro de maus pagadores por débito a que não tenha dado origem, gera ao ofendido (apelada) o direito e ser indenizado por tratar-se da hipótese de dano moral puro.

Nesse sentido vem sendo o posicionamento adotado por este Tribunal:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – RESTRIÇÃO INDEVIDA - DÉBITO QUITADO – DANO MORAL PURO QUE INDEPENDE DE PROVA – VALOR DA INDENIZAÇÃO – FIXAÇÃO DE FORMA RAZOÁVEL – QUANTUM MANTIDO - RECURSO IMPROVIDO.

O dano moral decorrente da inscrição indevida do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito é presumido, não sendo necessária a produção de prova para sua demonstração.

A indenização por dano moral 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.” (Apelação Cível n. 2010.036081-1. Relator Desembargador Vladimir Abreu da Silva. Quinta Turma Cível. Julgado em 15.12.2010).

Por outro lado, a eficácia da cessão em relação ao devedor pressupõe a sua notificação pelo cedente ou cessionário, consoante se extrai do art. 290, do Código Civil, que assim dispõe:

“A cessão de crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este é noticiada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.”

Desse modo, não tendo sido providenciada a notificação, seja judicial, extrajudicial ou presumida, a cessão não produz efeito algum em relação a devedora, apelada.

O professor Sílvio Rodrigues leciona sobre o assunto:

“A notificação feita ao devedor constitui maneira veemente e incontestável de dar-lhe ciência da transmissão do crédito, bem como de vinculá-lo à nova relação jurídica. Antes dela o ajuste entre o cedente e o cessionário não lhe diz respeito e a própria lei proclama que a cessão de crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada (CC, art. 290, 1ª parte). Por conseguinte, tal ato, embora não seja elementar na cessão, representa meio indispensável para que o negócio, originalmente ligando cedente e cessionário, passe a prender também o cedido. Procura-se, dessa maneira, dar ciência oficial ao cedido de que o crédito, objeto da cessão, tem novo titular”. (Direito civil, v. 2, parte geral, ed.30ª, 2002, São Paulo: Saraiva, p. 96).

Ausente a notificação, é defeso ao apelante cobrar e tampouco executar o crédito supostamente cedido.

Nesse sentido se manifesta a jurisprudência do STJ e deste Tribunal:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CESSÃO DE CRÉDITO. SUBSTITUIÇÃO DE PARTES. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. CONHECIMENTO PELO DEVEDOR. ANUÊNCIA DESNECESSÁRIA.

A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a ele notificada, contudo, a manifestação de conhecimento pelo devedor sobre a existência da cessão supre a necessidade de prévia notificação. Precedentes desta Turma. (...).” (STJ, REsp. n. 588.321/MS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.08.2005).

“EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA E/OU DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CESSÃO DE CRÉDITO A EMPRESA DE COBRANÇA NA CADEIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR – ART. 290 DO CÓDIGO CIVIL – INEFICÁCIA EM RELAÇÃO AO DEVEDOR – MANUTENÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DO SPC/SERASA – REPERCUSSÃO MORAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA CONFIGURADAS – SITUAÇÃO QUE SUPERA O MERO ABORRECIMENTO – ABUSO DE DIREITO – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM ARBITRADO CORRETAMENTE – RECURSO IMPROVIDO.

Consoante dispõe o art. 290 do Código Civil, a eficácia da cessão em relação ao devedor requer a sua notificação pelo cedente ou cessionário, que se não providencia, seja extrajudicial ou presumida, a cessão não produz efeito para o devedor.

A inscrição indevida nos cadastrados restritivos de crédito não provoca “mero aborrecimento”, mas manifesto abuso de direito, ao arrepio de qualquer norma legal de prestação de serviço, o que hostiliza a vida privada, o ânimo, a honra e a imagem do consumidor; o que impõe a indenização pelos danos morais sofridos.” (Apelação Cível - Sumário - N. 2009.014493-8/0000-00 - Ponta Porã, Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Quinta Turma Cível, Julgamento: 15/10/2009).”

Ao não observar as formalidades legais quanto a cessão de crédito, o cessionário, Fundo de Investimento em Direitos Creditórios não Padronizados NPL I, assumiu toda a responsabilidade pelo apontamento do nome da apelada nos órgãos de proteção ao crédito, vez que inexistia relação jurídica entre as partes, tornando ilegítima a inscrição nos órgãos de proteção ao crédito.

Deixando de realizar os procedimentos para legitimar o crédito cedido e a consequente inscrição nos órgãos de proteção ao crédito oriunda de seu inadimplemento, por certo que o apelante ocasionou dano

ao apelado, que sem ter ciência da origem do débito, sofreu abalo de crédito no mercado, ficando com a imagem de mau pagador.

Independentemente da origem do débito, basta a simples negativação do nome junto aos órgãos de proteção ao crédito para gerar o dano moral, de modo que, inscrito no cadastro de maus pagadores por débito que não tinha o conhecimento da procedência, gera ao ofendido o direito de ser indenizado.

Uma vez demonstrado o dano moral ocasionado pelo apelante à apelada gera ao ofensor o dever de indenizar, nos termos do que prescreve o artigo 927, do Código Civil.

É certo que o valor fixado a título de dano moral não possui o condão de reparar a dor, mas de compensar de alguma forma o dano sofrido, minimizando os sofrimentos do beneficiário.

Assim, a indenização deve ser fixada de maneira equitativa e em conformidade com as circunstâncias do caso, a teor do que dispõe o parágrafo único, do artigo 953, do Código Civil. Com efeito, o valor da indenização não pode ser irrisório, de maneira que nada represente para o ofensor, e, tampouco, exorbitante, de modo a provocar o enriquecimento sem causa por parte da vítima.

Portanto, considerando o potencial econômico do causador do dano e a extensão do gravame, tem-se que a quantia de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), a título de dano moral, mostra-se razoável e está dentro dos parâmetros que atendem à finalidade do instituto, devendo ser mantida.

Por fim, inobstante o recorrente alegue violação à súmula 385, do STJ, não fez qualquer prova de que a autora já possuía anterior inscrição no cadastro de inadimplentes, nada havendo nos autos nesse sentido. Pelo contrário, o extrato retirado do SERASA e acostado à f. 11 demonstra que as duas negativações existentes foram inseridas pelo apelante, portanto com base na mesma cessão de direitos ora em discussão e desprovida de validade conforme elencado acima.

Quanto aos honorários de sucumbência, o juiz *a quo* fixou em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Em decorrência do trabalho desenvolvido pelo causídico, a apelada logrou êxito em ver declarada a inexistência de relação jurídica com a empresa apelante, bem como o recebimento de indenização por dano moral, o qual, inclusive, foi mantido em sede recursal.

De tal sorte, atentando-se para as disposições contidas no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, verifica-se que o juízo singular observou os requisitos insculpidos no referido dispositivo legal, sendo certo que, havendo condenação, não há que se falar em arbitramento equitativo como pretende o apelante.

Assim, é certo que o valor fixado a título de honorários sucumbenciais remunera satisfatoriamente o profissional pelos serviços prestados, merecendo ser mantido.

Logo, não merece reforma a sentença recorrida em nenhum ponto.

Quanto ao questionamento realizado, importa registrar que, tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente analisadas, resta dispensável a manifestação expressa acerca de cada dispositivo legal invocado.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues, Juiz Vilson Bertelli e Des. Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, MS, 09 de janeiro de 2014.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0053627-23.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DE TABELIÃO – NECESSIDADE COMPROVAÇÃO DE DOLO OU CULPA – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O FATO E O DANO – FATO DE TERCEIRO – INEXISTÊNCIA DO DEVER DE REPARAR – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Conforme preceitua o art. 22, da Lei n. 8.935/94, a responsabilidade dos oficiais de registro é subjetiva, respondendo apenas quando comprovados os atos culposos ou dolosos.

O direito à reparação do dano depende da concorrência de três requisitos, quais sejam, fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão, ocorrência de um dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Nos termos do artigo 333, do Código de Processo Civil, é da parte-autora o ônus da prova com relação ao fato constitutivo de seu direito, e à parte-ré, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado na petição inicial.

Se o fato foi cometido por terceiro, de maneira exclusiva, sem relação ou responsabilidade com a parte recorrente, deve ser afastada a obrigação de indenizar atribuída a esta, ainda que titular de serventia extrajudicial.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, vencido o Revisor, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 17 de dezembro de 2013.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator.

RELATÓRIO

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Paulo Antônio Serra da Cruz, irresignado com a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação de indenização por perdas e danos materiais e morais ajuizada por Jurema Cavaleiro Godoi Hamieh, a qual foi manejada também em face de Marcus Vinícius Almeida Maia, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 300-327, o recorrente alega que a inicial e os documentos são explícitos em apontar como cauda da negligência e imprudência da apelada e de seu marido a confiança que depositavam no corretor Almeidinha, requerido nos autos.

Destaca que a sentença ignorou a *causa petendi* ao justificar a conduta negligente da apelada no lastro de amizade entre as partes, sendo que deixou claro nos autos que tinha uma relação comercial com a autora e seu marido.

Menciona que a “*sentença resolveu classificar a amizade como mais uma excludente de culpa, embora não prevista em lei, estava obrigada a reconhecer que o apelante também não teve culpa, se graças à amizade então existente entre ele e o conceituado profissional do ramo de negócios imobiliários, foi possível a subtração da folha do livro de procurações (segundo a r. sentença).*” (f. 319).

Aduz que segundo à autora, Almeidinha admitiu a sua culpa e acertou com a autora a recomposição dos prejuízos por ela sofridos.

Esclarece que a apelada tem direito de receber os valores dos cheques emitidos por Almeidinha e não garantidos pelo Banco, tendo em vista o acordo de vontades celebrado entre eles com relação à transação dos dois imóveis mencionados nos autos.

Enfatiza que “*houvesse, a apelada, agido com um mínimo de cautela (cautela que se exige na compra de um bem imóvel), procurando se inteirar do motivo porque um documento pertencente ao Cartório, de onde não poderia sair, lhe fora apresentado sem conter a assinatura de quem o digitou e a subscrição do tabelião, e nenhum prejuízo teria sofrido. Daí porque os danos que a apelada sofreu, em relação ao apelante, devem ser tributados a sua culpa exclusiva.*” (f. 322).

Afirma que não há de se cogitar qualquer responsabilidade objetiva, porquanto não praticou qualquer ato de ofício, sendo que a responsabilidade civil do titular resulta de ato de ofício praticado por ele ou por seu preposto.

Sustenta que “*quando Almeidinha teve oportunidade de surripiar a folha do livro de procurações, ali estava não devido à amizade que mantinha com o apelante, mas porque, como corretor de imóveis, utilizava os serviços daquele tabelionato.*” (f. 324).

Obtempera que apesar de todos os cuidados implantados para garantir as atividades do Cartório, não foi possível evitar tal acontecimento, o qual se insere, sem dúvida, na classificação de caso fortuito ou força maior.

Ressalta que caso seja mantida a sua responsabilização, esta deve-se dar por culpa levíssima, diante do princípio da reciprocidade de culpas.

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recuso para julgar improcedente à ação em relação ao apelante. Caso contrário, pugna pela redução da indenização por danos materiais para 2/3, em razão da culpa levíssima para o fato, bem como a inexistência de reparação por danos morais.

Intimada, a requerente apresentou contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso (f. 335-345).

VOTO

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Paulo Antônio Serra da Cruz, contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação de indenização por perdas e danos materiais

e morais ajuizada por Jurema Cavalheiro Godoi Hamieh, a qual foi manejada também em face de Marcus Vinícius Almeida Maia, o qual não recorreu.

No apelo de f. 300-327, o recorrente alega que a inicial e os documentos são explícitos em apontar como causa da negligência e imprudência da apelada e de seu marido a confiança que depositavam no corretor Almeida Maia, requerido nos autos.

Destaca que a sentença ignorou a *causa petendi* ao justificar a conduta negligente da apelada no lastro de amizade entre as partes, sendo que deixou claro nos autos que tinha uma relação comercial com a autora e seu marido.

Menciona que a “*sentença resolveu classificar a amizade como mais uma excludente de culpa, embora não prevista em lei, estava obrigada a reconhecer que o apelante também não teve culpa, se graças à amizade então existente entre ele e o conceituado profissional do ramo de negócios imobiliários, foi possível a subtração da folha do livro de procurações (segundo a r. sentença).*” (f. 319).

Aduz que segundo à autora, Almeida Maia admitiu a sua culpa e acertou com a autora a recomposição dos prejuízos por ela sofridos.

Esclarece que a apelada tem direito de receber os valores dos cheques emitidos por Almeida Maia e não garantidos pelo Banco, tendo em vista o acordo de vontades celebrado entre eles com relação à transação dos dois imóveis mencionados nos autos.

Enfatiza que “*houvesse, a apelada, agido com um mínimo de cautela (cautela que se exige na compra de um bem imóvel), procurando se inteirar do motivo porque um documento pertencente ao Cartório, de onde não poderia sair, lhe fora apresentado sem conter a assinatura de quem o digitou e a subscrição do tabelião, e nenhum prejuízo teria sofrido. Daí porque os danos que a apelada sofreu, em relação ao apelante, devem ser tributados a sua culpa exclusiva.*” (f. 322).

Afirma que não há de se cogitar qualquer responsabilidade objetiva, porquanto não praticou qualquer ato de ofício, sendo que a responsabilidade civil do titular resulta de ato de ofício praticado por ele ou por seu preposto.

Sustenta que “*quando Almeida Maia teve oportunidade de surripiar a folha do livro de procurações, ali estava não devido à amizade que mantinha com o apelante, mas porque, como corretor de imóveis, utilizava os serviços daquele tabelionato.*” (f. 324).

Obtempera que apesar de todos os cuidados implantados para garantir as atividades do Cartório, não foi possível evitar tal acontecimento, o qual se insere, sem dúvida, na classificação de caso fortuito ou força maior.

Ressalta que caso seja mantida a sua responsabilização, esta deve-se dar por culpa levíssima, diante do princípio da reciprocidade de culpas.

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recuso para julgar improcedente à ação em relação ao apelante. Caso contrário, pugna pela redução da indenização por danos materiais para 2/3, em razão da culpa levíssima para o fato, bem como a inexistência de reparação por danos morais.

Intimada, a requerente apresentou contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso (f. 335-345).

Pois bem. A *vexata quaestio* da presente demanda cinge-se em saber se é possível a condenação do requerido, ora recorrente, ao pagamento de indenização por danos morais e materiais à requerente, em razão dos fatos noticiados nos autos.

No caso dos autos, depreende-se que a autora, ora recorrida, em janeiro de 2009, foi procurada pelo corretor de imóveis, requerido no feito, Marcus Vinícius Almeida Maia, o qual, na condição de procurador de Denis Barbieri, ofereceu-lhe um terreno no Bairro Cidade Jardim, pelo valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Interessada na compra do imóvel, a autora negociou a aquisição do mesmo através de escritura de compra e venda lavrada no 1º Tabelionato de Notas e Ofício de Registro de Imóveis da 1ª

Circunscrição de Campo Grande-MS (Livro n. 421, folha 96 – f. 15), cujo titular da serventia é o também requerido, ora recorrente, Paulo Antonio Serra da Cruz.

A autora alega que pagou em dinheiro e à vista a importância de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) ao corretor (recibo de f. 19), para a aquisição do imóvel. Todavia, em abril de 2009, teve o conhecimento, através da referida serventia, que o imóvel estava inscrito em nome de outra pessoa, qual seja, João Ramos. Em razão disso, procurou o corretor Marcus Almeida, o qual lhe devolveu a importância total de R\$ 48.500,00 (quarenta e oito mil e quinhentos reais), restando inadimplida a quantia de R\$ 11.500,00 (onze mil e quinhentos reais) pelo desfazimento do negócio.

Posteriormente, em 20.03.2009, ao adquirir um imóvel no Bairro Vila Paraíso, também oferecido pelo corretor Marcus Almeida, pagou a este o valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), tendo em vista a procuração lavrada no livro n. 164, folha 003, também do 1º Tabelionato de Notas e Ofício de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande-MS, que lhe foi apresentada, tomando conhecimento posterior de que a assinatura da parte outorgante Maxduts – Comércio e Representações Ltda, representada pelo sócio Paulo Fernando Weck, era falsificada. Em relação a este negócio nenhum valor lhe foi restituído.

Assim, em razão dos fatos supramencionados, os quais foram informados na exordial, a recorrida ajuizou a presente ação pretendendo a condenação dos réus à reparação por danos materiais na quantia de R\$ 81.500,00 (oitenta e um mil e quinhentos reais) e danos morais em valor que seria quantificado pelo julgador.

A sentença recorrida apenas pelo réu Paulo Antonio Serra da Cruz ficou concluída nos seguintes termos (f. 288-298):

“Posto isso, com fulcro no 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedente a pretensão inicial para: a) condenar o requerido Marcus Vinicius Almeida Maia ao pagamento de R\$ 11.500,00 (onze mil e quinhentos reais), a título de danos materiais em favor da requerente Jurema Cavalheiro Godoi Hamieh, referente ao negócio perpetrado para venda do imóvel localizado na Rua Gardência, lote 02, quadra 03, no Bairro Cidade Jardim, objeto da matrícula n. 29.821 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande / MS, valores esses que deverão ser corrigidos pelo IGPM/FGV desde o desembolso (13/01/2009) e acrescidos de juros de mora a partir da citação; b) condenar os requeridos Marcus Vinicius Almeida Maia e Paulo Antonio Serra da Cruz ao pagamento de R\$ 55.013,50 (cinquenta e cinco mil, treze reais e cinquenta centavos), a título de danos materiais em favor da requerente Jurema Cavalheiro Godoi Hamieh, referente ao negócio perpetrado para venda do imóvel representado pelo lote 12, quadra “A”, da Vila Paraíso, objeto da matrícula n. 154.266 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande / MS, valores esses que deverão ser corrigidos pelo IGPM/FGV desde o desembolso (20/03/2009) e acrescidos de juros de mora a partir da citação; c) condenar os requeridos Marcus Vinicius Almeida Maia e Paulo Antonio Serra da Cruz ao pagamento de R\$ 13.000,00 (treze mil reais) em favor da requerente Jurema Cavalheiro Godoi Hamieh, a título de danos morais, que deverão ser corrigidos pelo IGPM/FGV, a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ), e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da última transação realizada pelas partes, ou seja, 20 de março de 2009 (Súmula 54 do STJ).

Atenta ao princípio da sucumbência, considerando que a requerente decaiu de parte de seu pedido, condeno a demandante ao pagamento de 30% (trinta por cento) das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, que fixo, moderadamente, em R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais). Deverão os demandados arcar com as custas e despesas remanescentes (70%), bem como honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos do artigo 21, do Código de Processo Civil, compensados entre eles os honorários e as despesas.”

Pois bem. Tenho que a responsabilidade dos notários das serventias extrajudiciais é subjetiva e não objetiva. Explico.

Não desconheço a corrente jurisprudencial, especialmente do STJ, no sentido de adotar a responsabilidade objetiva dos notários. Contudo, filio-me a melhor doutrina que compreende a responsabilidade como sendo subjetiva. Neste caso, apenas o Estado responderia objetivamente, quando instado a reparar eventuais danos causados pelos oficiais de Cartório Extrajudicial. Sendo assim, caso a vítima opte por ingressar em juízo apenas contra o Serventuário do Cartório, deverá, portanto, comprovar a culpa ou dolo. Passo a explicar as razões da adoção de tal posicionamento.

Prevê o art. 236, da Constituição Federal:

“Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. (Regulamento)”

§1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Estabelece, ainda, a Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Extraí-se da regra constitucional que a vítima poderá acionar diretamente o Estado, que responderá objetivamente; e/ou o agente público, que, no entanto, será responsabilizado subjetivamente, vale dizer, mediante demonstração do dolo ou da culpa.

Seguindo os comandos constitucionais supramencionados, foi editada a Lei n. 8.935/94, dispondo sobre serviços notariais e de registro. O art. 22, da referida Lei, preceitua que *“os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos”.*

A meu ver, a interpretação que deve ser dada a este dispositivo, para definição da responsabilidade dos oficiais de registro, é a de que eles respondem somente se comprovados atos culposos ou dolosos.

Vale frisar que, para efeitos de responsabilidade civil, os notários, os oficiais de registro e respectivos prepostos são considerados “agentes públicos”, equiparados, pois, aos servidores públicos típicos, o que, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República, impõe sua responsabilidade subjetiva. Por outro

lado, o Poder Público responderá objetivamente pelos danos que os titulares das serventias extrajudiciais e seus prepostos nesta qualidade causarem a terceiros.

Nessa esteira, vale trazer à colação elucidativa doutrina sobre o tema, conferida por Rui Stoco, em comentário ao art. 22, da Lei 8.935/94:

“Por decorrência da redação do texto transcrito, partindo-se de sua exegese gramatical, certa corrente vem entendendo que a lei infraconstitucional adotou a teoria da responsabilidade objetiva dos notários e oficiais de registro.

Partiu-se do pressuposto de que se o elemento culpa foi previsto somente na parte final do artigo e apenas para assegurar a ação regressiva do titular da serventia, em face do preposto causador do dano, e somente quando este tiver agido (ou se omitido) com dolo ou culpa.

Daí resultaria, por exclusão, que, omitindo-se o preceito quanto ao referir-se ao elemento subjetivo com relação àqueles (os titulares), teria a norma estabelecido que esses agentes devem reparar o dano mesmo sem culpa, em qualquer caso.

Vem-se, pois, extraindo daquela regra a exegese de que a ausência de referência ao elemento culpa do titular da serventia, no corpo do artigo, só pode conduzir à conclusão de se prescindir desse elemento subjetivo para a obrigação de indenizar nele estabelecida.

Nada mais incorreto”³.

E conclui o mesmo autor:

“A verdadeira exegese do art. 22 da Lei 8.935/94 não pode ser extraída de sua literalidade, ou seja, não há como aplicar a interpretação literal ou gramatical e sim, teleológica, de modo que se harmonize e conforte com a regra constitucional que lhe antecedeu.

Do contrário, mostrar-se-á em antinomia com o § 6º, do art. 37 da CF/88 e, portanto, afetado pelo vício insanável da inconstitucionalidade.

(...)

Aliás, leitura atenta desse art. 22 da lei sub studio, em cotejo com a regra constitucional tantas vezes referida, conduzirá à conclusão inarredável de que o legislador não pretendeu modificar aquilo que ficou consagrado desde os primórdios, a partir da Constituição do Império até os dias atuais.

Não se estabeleceu a responsabilidade objetiva dos notários e registradores.

Apenas e tão-somente estabeleceu-se uma cadeia de direitos de regresso, de modo que, condenado o Estado, exsurge a obrigação de exigir do titular da serventia aquilo que pagou.

Como, ao contrário do titular, os demais funcionários ou prepostos do cartório submetem-se ao regime privado, assegurou-se àquele o direito de regresso contra o funcionário causador direto do dano a terceiro, e nada mais.

Importante ressaltar que a norma da lei infraconstitucional (art. 22) nada dispôs porque seria redundante, na consideração de que a lei não deve conter palavras inúteis,

³ Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores (Comentários à Lei 8.935, de 18.11.94. Revista dos Tribunais. Vol 714. Ano 84, abril de 1995. f. 49.

posto que a própria Constituição já estabelece o direito de regresso do Estado em face do servidor.

Como os funcionários dessas serventias extrajudiciais não são servidores, haveria a lei de prever expressamente o regresso, pena de não poderem ser responsabilizados a título nenhum”⁴.

Reforçando tal entendimento, tem-se o comentário de Carlos Roberto Gonçalves, *verbis*:

“Parece-nos que se justifica plenamente a inserção dos serventuários da Justiça no rol dos servidores públicos, dos funcionários públicos em sentido lato, a despeito do ‘caráter privado’ como são exercidos os serviços que lhe são pertinentes, pois ocupam cargos criados por lei, com denominação própria e em número certo, são nomeados pelo Poder Público, mediante concurso público; (...).

Parece-nos, entretanto, que a razão está com Arnaldo Marmitt, quando afirma que ‘A vítima não é obrigada a endereçar sua ação contra o poder público, mas, se a dirigir diretamente contra o servidor, deve comprovar a culpa ou dolo, vez que a responsabilidade objetiva só condiz com o poder público’⁵.

Ainda neste sentido, colhem-se julgados:

“CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. TABELIÃO. TITULARES DE OFÍCIO DE JUSTIÇA: RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais, exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa (C.F., art. 37, § 6º). II. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido” (STF, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 209354 ; Segunda Turma; Min. Carlos Velloso, julgado em 02/03/1999).

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - EVENTO DANOSO CAUSADO POR ATO DE TABELIONATO NÃO OFICIALIZADO - LEGITIMIDADE PASSIVA - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - AÇÃO DE REGRESSO - NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Provado nos autos que a fraudulenta alienação imobiliária só se realizou em face de apresentação de falsa procuração pública, cabe ao Estado responder pela indenização por ato ilícito do seu preposto.

2. Os tabelionatos são serventias judiciais e estão imbricadas na máquina estatal, mesmo quando os servidores têm remuneração pelos rendimentos do próprio cartório e não dos cofres públicos.

3. Embora seja o preposto estatal também legitimado para responder pelo dano, sendo diferentes as suas responsabilidades, a do Estado objetiva e a do preposto subjetiva, caminhou a jurisprudência por resolver em primeiro lugar a relação jurídica mais facilmente comprovável, ressaltando-se a ação de regresso para apurar-se a responsabilidade subjetiva do preposto estatal.

4. Nexo causal devidamente estabelecido pela perda de um negócio jurídico oneroso, só praticado pela apresentação de uma procuração falsa.

⁴ Ob. cit. p. 51.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 470/471.

5. *Recurso especial improvido*". (STJ; REsp 489511/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2004, DJ 04/10/2004, p. 235).

Além disso, após a edição da Lei n. 8.935/94, cujo art. 22, conforme visto, gerou tanta discussão no que tange à responsabilização dos oficiais de Cartório Extrajudicial, editou-se a Lei 9.492/97, que estabeleceu, em seu art. 38, ser subjetiva a responsabilidade dos tabeliães de protesto de títulos, interpretação que deve ser estendida também aos oficiais e registrários, vejamos:

"Art. 38. Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso".

Ora, sendo os tabeliães de protesto de títulos agentes com as mesmas prerrogativas e deveres dos notários, não há motivo para oferecer tratamento jurídico diverso para agentes públicos da mesma categoria.

Portanto, não resta dúvida acerca da aplicabilidade, ao caso, da teoria da responsabilidade civil subjetiva.

Visto isso, vale enfatizar, ainda, que segundo o novo Código Civil, o direito à indenização só passa a existir se estiverem presentes três requisitos. Diz o diploma civilista: "*Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*".

Merece destaque a lição proferida pelo jurista Carvalho Santos que, comentando o art. 159 do Código Civil de 1916, dispositivo este correspondente ao atual art. 186 do CC/02, lecionou:

"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, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 321).

Na hipótese dos autos, verifico que o conteúdo probatório colhido é muito frágil para fins de se reconhecer conduta dolosa ou culposa do apelante.

Como é cediço, no ordenamento jurídico brasileiro existe uma regra dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em síntese, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes. Conforme leciona Leo Rosenberg:

"(...) a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as consequências de tal insuficiência probatória".⁶

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

"A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar

6 La carga de la prueba. Buenos Aires: Ejea Apud Ovidio A. Batista da Silva. Curso de Processo Civil. 5 ed. v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 345.

favoravelmente. O Juiz deve julgar secundum allegatta et probata partium e não secundum propriam suam conscientiam - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus).

O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.⁷

Considerando que a norma jurídica é um comando abstrato que somente atua concretamente quando um fato da vida enquadra-se em sua incidência, estes fatos que provocaram a atuação da norma materializam-se no processo, que será o instrumento para levar até o magistrado os fatos ocorridos no mundo fenomênico. Sem o conhecimento de tais fatos, é impossível ao magistrado dizer a solução jurídica que a situação reclama, tendo o ônus suma importância.

In casu, conforme a documentação encartada nos autos, é possível perceber que os dois negócios firmados entre a autora e o primeiro requerido não se concretizaram porque o primeiro imóvel do Bairro Cidade Jardim não pertencia ao suposto vendedor, já que estava registrado em nome de um terceiro, tendo a transação do segundo imóvel, localizado na Vila Paraíso, sido realizada sem a anuência do proprietário, mediante procuração que foi subtraída nas dependências da serventia extrajudicial.

Como bem explicitou a douta magistrada *a quo*:

“Houve igual convergência no sentido da participação inequívoca do requerido Marcus Vinicius Almeida Maia nos fatos narrados na inicial, mormente atuação como corretor de imóveis e que tinha plena ciência de que os lotes oferecidos à autora não estavam sendo verdadeiramente disponibilizados pelos respectivos proprietários.

Conquanto a requerente não tenha, em tese, se cercado de todas as precauções necessárias para a aquisição dos imóveis, já que deveria ter verificado a situação real dos bens que pretendia adquirir mediante simples pesquisas aos cartórios de registros de imóveis onde estão matriculados, destaque-se que, à época da celebração do negócio, o demandado Marcus Vinicius apresentou documentos aparentemente idôneos, que conferiram ao ajuste um aspecto de legitimidade e incutiram na compradora, ora requerente, a certeza de que estava adquirindo os imóveis dos verdadeiros proprietários.

Pelo que se infere do depoimento de fls. 84/85, extraído do inquérito policial instaurado para investigar eventual delito oriundo dos fatos mencionados na inicial, existia certo grau de confiança entre a família da demandante e o então corretor de imóveis Marcus Vinicius Almeida Maia, tanto que foram feitas outras transações semelhantes e “nas primeiras negociações não houve problemas”.

Todavia, divirjo do entendimento da douta magistrada no sentido de responsabilizar o recorrente em razão do lastro de amizade que possuía com o corretor Almeida Maia antes da ocorrência dos fatos, o que supostamente contribuiu para a subtração de uma folha do livro de procuração do 1º Tabelionato de Notas e Ofício de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande-MS.

Ora, o fato de a autora não ter consultado as matrículas dos imóveis por confiar nos requeridos, em razão de suposta “amizade comercial” que tinha para com os mesmos, não justifica a celebração do negócio sem os cuidados normais para a sua concretização com segurança.

Veja-se que a referida procuração (f. 22), na qual foi aposta assinatura falsa do real proprietário, possivelmente foi surrupiada pelo primeiro requerido (revel nos autos) nas dependências da serventia, não

⁷ Teoria Geral do Processo. 7 ed. São Paulo: RT, 1990, p. 312.

configurando, portanto, o nexo de causalidade entre o dano suportado pela autora e a suposta prática de ato ilícito atribuído ao apelante, já que perpetrado pelo corretor Almeidinha.

Neste caso, em concreto, não pode ser reconhecida a presença de falha do serviço, desídia ou negligência do recorrente, havendo fato terceiro, que exclui o nexo de causalidade.

São excludentes da responsabilidade: “a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar.” (Silvio de Salvo Venosa, Direito Civil, volume 4, 3ª edição, Editora Atlas, p. 40). Essas circunstâncias rompem o nexo causal entre a conduta do agente e o resultado danoso.

Justifica-se a responsabilização do agente se este foi o causador do dano. Deve estar presente a relação entre a conduta faltosa ou descumprimento de uma obrigação e o resultado. Isto é, o agente deve ser o autor do fato danoso ou responder de forma indireta, conforme imposição legal (responsabilidade por fato de outrem, de animal ou da coisa).

Se o fato foi cometido por terceiro, de maneira exclusiva, no caso o primeiro requerido, sem relação ou responsabilidade com a parte recorrente, deve ser afastada a obrigação de indenizar atribuída a este, titular da supracitada serventia extrajudicial.

Como visto em todo o caderno processual, especificamente nos depoimentos colhidos nos autos e também no inquérito policial colacionado, é possível perceber que a autora depositou total confiança dos negócios firmados ao corretor Almeidinha e, em razão dos atos praticados por este, os mesmos não se realizaram, o que acarretou em prejuízos à recorrida e seu esposo.

Portanto, diante da ausência de provas de culpa ou dolo do notário, impede o decreto de procedência de ação indenizatória com relação ao titular do Cartório, ora apelante.

Aliás, em caso análogo, este Tribunal de Justiça assim decidiu:

“EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES – SUBJETIVA – CULPA NÃO DEMONSTRADA – IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO INDENIZATÓRIO – PREJUDICIALIDADE DAS DEMAIS QUESTÕES – RECURSOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E PROVIDOS.

1. Em consonância com entendimento sedimentado no âmbito da jurisprudência do STF, a responsabilidade civil pelos atos praticados por notários e registradores pode ser dirigida ao Estado, aos tabeliães ou a ambos. Será objetiva se direcionada ao Estado e subjetiva se voltada ao titular da delegação, tendo em vista sua condição equivalente à de servidor público. 2. Conquanto não demonstrada ou mesmo alegada a culpa dos tabeliães por danos decorrentes de fraude praticada na compra e venda de imóveis (falsário que se passou por proprietário e procurador dos alienantes), não há falar em responsabilidade civil.” (TJMS; Apelação Cível N. 2012.010534-5/0000-00 - Campo Grande; Relator Des. Sideni Soncini Pimentel; Quinta Câmara Cível; julgado em 3.5.2012).

No mesmo sentido, confira-se:

“Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. TABELIÃO. PROCURAÇÃO. FALSIDADE. Agravos retidos. A necessidade da prova está regulada pela regra do art. 130 do CPC. No caso, em face da solução a ser tomada, a prova é desnecessária. O titular do Cartório, oficial de registro, é responsável pelos danos causados a terceiros, conforme previsto no art. 22 da Lei 8.935/94. O nexo de causalidade é rompido pelo fato exclusivo de terceiro. No caso, o oficial tomou os cuidados exigíveis, sendo o fato devido a ato de terceiro.

Obrigações de indenizar não reconhecidas, em face da conduta de terceiro. Não havia como o oficial evitar o ocorrido. Falha do serviço não constatada no caso em concreto. De outro lado, a autora não tomou as precauções para realizar o negócio jurídico. Agravos retidos e apelação não providos.” (TJRS; Apelação Cível Nº 70055155683, Décima Câmara Cível, Relator Marcelo Cezar Muller, julgado em 29/08/2013).

“EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – CÍVEL E ADMINISTRATIVO – INDENIZAÇÃO – EMISSÃO DE CERTIDÕES FALSAS – RESPONSABILIZAÇÃO DO TABELIÃO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ENTE DELEGADO E OBJETIVA DO ESTADO TITULAR DA SERVENTIA – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA E O DANO PERPETRADO – AUSÊNCIA DE PROVA DO NEXO – RECURSO IMPROVIDO – RECURSOS ADESIVOS – HONORÁRIOS – EXASPERAÇÃO – FIXAÇÃO EQUITATIVA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSOS ADESIVOS IMPROVIDOS.

Embora a responsabilidade estatal seja objetiva, indispensável, à configuração do dever de indenizar, a prova do nexo causal entre o dano causado e a conduta praticada pelo agente público (sentido amplo). Ausente o nexo, não há que se falar em responsabilidade subjetiva do tabelião ou objetiva do Estado.

A condenação em honorários advocatícios que atendam aos requisitos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil não deve ser alterada, se fixada com equidade e em observância aos requisitos objetivos previstos nas alíneas do § 3º do mesmo artigo.” (TJMS; Apelação Cível - Ordinário - N. 2005.011248-9/0000-00; Segunda Turma Cível; Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges; julgado em 20.11.2007).

Assim, considerando a responsabilidade subjetiva e, inexistindo dolo ou culpa do apelante, incabível a condenação deste à reparação pelos danos suportados pela autora em razão da conduta praticada pelo primeiro requerido.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo requerido Paulo Antônio Serra da Cruz e dou-lhe provimento para, em reformando parte da sentença, julgar improcedente a ação com relação a este.

Em razão do desiderato alcançado, condeno à autora, ao pagamento de 50% das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência fixados na sentença.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Revisor)

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Paulo Antônio Serra da Cruz contra decisão proferida pelo juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais movida por Jurema Cavalheiro Godoi Hamieh.

Peço vênias ao insigne Relator, mas entendo que a sentença não merece qualquer censura, conforme passo a expor:

O enunciado no artigo 22 da Lei n. 8.935/94, que regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal⁸, dispondo sobre serviços notariais e de registro, estabeleceu que “os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos”.

⁸ Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. (Regulamento)

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

Como se vê, a responsabilidade do oficial de registro, na condição de delegatário de serviço público, por qualquer prejuízo causado no exercício da função, é pessoal e objetiva, respondendo o Estado, que concedeu a delegação, apenas subsidiariamente, quando assim a parte autora optar em também lhe dirigir a ação.

Diante disso, nossas Cortes Superiores pacificaram a jurisprudência nos sentido de que, em se tratando de atividade cartorária exercida à luz do artigo 236 da Constituição Federal, a responsabilidade do notário é objetiva.

Outro não é o entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MORAIS E MATERIAIS - REEXAME FÁTICO - SÚMULA N. 7 DO STJ - NOTÁRIOS E REGISTRADORES - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O entendimento desta Corte Superior é de que notários e registradores, quando atuam em atos de serventia, respondem direta e objetivamente pelos danos que causarem a terceiros.

2. Impossibilidade de reexame da matéria por importar novo enfrentamento do quadro fático delineado na lide. Incidência da súmula n. 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.”

(AgRg. no AREsp. n. 110.035/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 12/11/2012).

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO REGISTRADOR PÚBLICO. LAVRATURA DE ASSENTO DE NASCIMENTO COM INFORMAÇÕES INVERÍDICAS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. FILHA PRIVADA DO CONVÍVIO MATERNO. DANOS MORAIS. VALOR DA COMPENSAÇÃO. MAJORAÇÃO.

1. A doutrina e a jurisprudência dominantes configuram-se no sentido de que os notários e registradores devem responder direta e objetivamente pelos danos que, na prática de atos próprios da serventia, eles e seus prepostos causarem a terceiros. Precedentes.

2. Da falta de cuidado do registrador na prática de ato próprio da serventia resultou, inequivocamente, a coexistência de dois assentos de nascimento relativos à mesma pessoa, ambos contendo informações falsas. Essa falha na prestação do serviço, ao não se valer o registrador das cautelas e práticas inerentes à sua atividade, destoa dos fins a que se destinam os registros públicos, que são os de “garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”, assim como previsto no art. 1º da Lei n.º 8.935, de 1994.

3. O dano moral configurou-se ao ser privada a vítima, ao longo de sua infância, adolescência e início da vida adulta, do direito personalíssimo e indisponível ao reconhecimento do seu estado de filiação, conforme disposto no art. 27 do ECA, desrespeitando-se a necessidade psicológica que toda a pessoa tem de conhecer a sua verdade biológica. Consequentemente, foi despojada do pleno acesso à convivência familiar, o que lhe tolheu, em termos, o direito assegurado no art. 19 do ECA, vindo a lhe causar profunda lacuna psíquica a respeito de sua identidade materno-filial.

4. *É da essência do dano moral ser este compensado financeiramente a partir de uma estimativa que guarde alguma relação necessariamente imprecisa com o sofrimento causado, justamente por inexistir fórmula matemática que seja capaz de traduzir as repercussões íntimas do evento em um equivalente financeiro. Precedente.*

5. *Para a fixação do valor da compensação por danos morais, são levadas em consideração as peculiaridades do processo, a necessidade de que a compensação sirva como espécie de recompensa à vítima de sequelas psicológicas que carregará ao longo de toda a sua vida, bem assim o efeito pedagógico ao causador do dano, guardadas as proporções econômicas das partes e considerando-se, ainda, outros casos assemelhados existentes na jurisprudência. Precedentes.*

6. *Recurso especial provido.*”

(REsp. n. 1134677/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 31/05/2011).

E também da Corte Suprema:

“RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ESTADO. RECONHECIMENTO DE FIRMA. CARTÓRIO OFICIALIZADO. Responde o Estado pelos danos causados em razão de reconhecimento de firma considerada assinatura falsa. Em se tratando de atividade cartorária exercida à luz do artigo 236 da Constituição Federal, a responsabilidade objetiva é do notário, no que assume posição semelhante à das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos - § 6º do artigo 37 também da Carta da República.” (RE 201595/SP; STF, 2ª Turma; Relator: Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 28/11/2000; Votação: Unânime.)

Considerando que o Estado responde apenas solidariamente, evidente que em se tratando de ato praticado pelos notários, a responsabilidade também será objetiva, conforme inteligência do art. 37, § 6º, c/c art. 236, ambos da Constituição Federal.

Não á se falar em culpa exclusiva de terceiro, *in casu*, do requerido Almeidinha, uma vez que da responsabilidade do apelante a verificação de todas as informações que lhe são fornecidas e dados repassados.

Por evidente que se levado a erro por Almeidinha, pode valer-se dos meios processuais adequados para ver-se indenizado.

Entrementes, nestes autos, como bem salientado pela magistrada sentenciante, demonstrada a responsabilidade do recorrente, devendo responder solidariamente pelos danos suportados pela autora.

Aliás, por bem lançada a sentença da lavra da Juíza de Direito Sueli Garcia Saldanha, a fim de evitar tautologia, peço vênha para transcrever trecho que adoto como razão de decidir:

“O próprio demandado Paulo Antônio Serra da Cruz afirmou em juízo ‘que conhece a autora há mais de dez anos, sendo o relacionamento comercial, e com o marido dela, proprietário da Saddam Conveniências’ e que ‘se reuniam na conveniência, isto há mais de quinze anos, e era um grupo que às vezes estava ali, outras vezes, em outros locais’ (fl. 249).

O requerido ainda confirmou ter vendido um imóvel à requerente e, conquanto tivesse a intenção de atribuir aos fatos cunho estritamente negocial, deixou claro a existência

de uma confiança entre as partes, mormente pelos laços de amizade estabelecidos, tanto que “Foi procurado pelo esposo da autora em sua residência, ocasião em que ele estava chorando, e ele alegou que Almeida tinha ‘passado a perna’ nele num negócio de um imóvel”, isto é, existia convivência entre as partes além dos limites físicos do cartório.

Nesse sentido, houve contribuição preponderante do requerido para a ocorrência dos fatos narrados na inicial, notadamente porque é titular do 1º Tabelionato de Notas e Ofício de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande / MS e um documento emitido por essa serventia foi utilizado como instrumento de engodo na transferência de um imóvel que não pertencia aos demandados.

É imperioso ressaltar que a presente demanda não tem a finalidade de perscrutar a participação material ou intelectual do requerido na firma aposta no pacto de fls. 16/16v, mas sim analisar a conduta do requerido na função de Tabelião e Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Campo Grande/MS.

Nesse aspecto, não existem dúvidas de que deixou de agir em descompasso com o munus público confiado a ele.

(...)

Conquanto o demandado Paulo Antônio tenha afirmado que a folha de um dos livros foi subtraída pelo requerido Marcus Vinicius, a interpretação da norma citada permite concluir ser “o serventuário responsável civilmente pelo que se passa em seu cartório. Cabe-lhe culpa in vigilando, ou in eligendo, sobre os erros de ofício de seus subordinados” (RT 63/155).

(...)

Ora, restou patente que o demandado Marcus Vinicius teve acesso ao instrumento de fls. 22/22v, que sequer estava disponibilizado às partes, porque era amigo íntimo do cartório titular da Serventia Extrajudicial, pois “(...) sempre estava, e ficava ‘na segunda sala’,” e “Almeidinha entrava nas salas do cartório, e tinha acesso irrestrito a elas, se comportando como se fosse um funcionário do cartório” (fl. 251), o que teria perdurado por aproximadamente 10 (dez) anos.

Ao contrário do que sustentou o requerido Paulo Antonio às fls. 249/250, a circulação de Marcus Vinicius nas dependências internas do cartório podiam – e deviam – ser impedidas, vez que o cartório é público, mas possui limitações de acesso restrito aos funcionários, como ocorre em qualquer repartição pública afim.

Ou seja, a conduta omissa do titular é que permitiu amplo acesso de Marcus Vinicius Almeida às salas internas do Cartório Extrajudicial, inclusive ao documento utilizado para “alienar” o imóvel designado pelo lote n. 12, da quadra “A”, da Vila Paraíso, nesta cidade, sem a anuência do verdadeiro proprietário.

Destarte, patente a responsabilidade do requerido Paulo Antônio Serra Cruz, deve este arcar solidariamente com eventuais danos decorrentes do ato ilícito praticado, nos termos dos artigos 186, 389, 927 e 932, inciso III, todos do Código Civil, e artigo 22, da Lei n. 8.935/94.

Não há que se falar, ainda, que a culpa do requerido Marcus Vinicius Almeida é gravíssima, razão pela qual deve ser excluída ou, subsidiariamente, reduzida sua condenação.

Ora, como visto, a conduta omissiva do recorrente foi preponderante para os fatos relatados nestes autos, uma vez que, se não tivesse permitido o acesso livre de Marcus Vinícius Almeida às salas internas do Cartório Extrajudicial, certamente este não teria tido acesso à documentação interna, especialmente ao ao instrumento de f. 22 que sequer estava disponibilizado às partes e, conseqüentemente, não estaríamos diante destes autos.

Dito isso, diante da falsidade dos instrumentos públicos, ocorrida em razão de atitude omissiva do apelante e comprovados os danos suportados pela autora, deve ser mantida a condenação imposta.

Dessa forma, pedindo vênia ao ínclito Relator, nego provimento ao apelo.

Des. Marco Andre Nogueira Hanson (Vogal).

Eu iria pedir vista dos autos em razão da divergência dos nobres colegas, mas a matéria, em meu sentir, ficou muito bem esclarecida com o voto de Vossas Excelências, motivo pelo qual passo a proferir meu entendimento sobre o litígio, tendo em conta que já tenho convicção formada sobre a questão.

Acompanhei muito bem o raciocínio de ambos os ilustres julgadores e o que me chama atenção, primeiro, é que há a necessidade de nexo causal, sendo que o notário não responde objetivamente pelo dano, como bem afirmou o d. Relator.

Eu gosto muito de analisar fato em processo, pois acho que são os fatos que norteiam as nossas decisões, além das circunstâncias do processo, a natureza e origem do litígio etc.

O que me chama a atenção é que a autora, em duas oportunidades, declarando ser amiga de Almeida, foi ludibriada por ele. Primeiramente, em relação a um imóvel no Bairro Cidade Jardim onde lhe pagou o preço pela aquisição, mas foi descobrir que o alienante não era o titular do domínio. Em outra situação, igualmente houve um imbróglio no tocante a outro imóvel, no Bairro Vila Paraíso, onde o cidadão, corretor de imóveis, aproveitando-se talvez da amizade do notário, subtraiu das dependências da serventia extrajudicial uma procuração e, valendo-se desta, vendeu tal imóvel para a requerente sem a anuência do proprietário.

Neste caso, evidentemente que a culpa do representante do cartório fica mitigada pelas circunstâncias dos fatos.

Ora, quem poderia supor que um amigo ou alguém de seu relacionamento poderia cometer tal ato lesivo, sabendo que pode prejudicar grandemente o notário, que tem alta responsabilidade estatal, de conferir a identidade dos negociantes e seus atos, dando-lhes legitimidade e legalidade através, inclusive, do registro imobiliário do qual é titular.

Por evidente, diante da culpa exclusiva de terceiro, não vejo como reconhecer o nexo causal entre o dano da requerente e o ato do notário, sendo certo que a vítima tinha pleno conhecimento das condutas desviadas do Sr. Almeida, em razão do primeiro desacerto comprovado nos autos.

Friso que a suposta relação de amizade entre o causador do dano e o notário não leva à responsabilização deste último, sendo imprescindível, para tanto, a demonstração de negligência e imprudência, ocorrida por ato de ofício ou por conduta praticada por ele.

Em vista disso, acompanho integralmente o d. Relator, com a devida vênia e compreensão do e. Revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, vencido o Revisor, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, MS, 17 de dezembro de 2013.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0005649-92.2012.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE - TRATAMENTO RENAL URGENTE INDICADO PELO MÉDICO ASSISTENTE – PROTELAÇÃO DO PLANO DE SAÚDE QUE SE EQUIPARA À NEGATIVA DE TRATAMENTO – DEVER DE COBRIR O TRATAMENTO – DANO MORAL – DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – REEMBOLSO INTEGRAL – NÃO COMPROVAÇÃO DE LIMITES (ART. 333 DO CPC) – INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DA FORMA MAIS BENÉFICA PARA O CONSUMIDOR (ARTIGO 47 DO CDC) - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Não se afigura lícita a recusa (ou imposição de óbices) ao tratamento indicado pelo médico assistente, especialista e conveniado ao plano de saúde quando houver a cobertura contratual do tratamento. Ademais, cabe ao médico, e não o plano de saúde, a orientação terapêutica.

“Na esteira de diversos precedentes do STJ, verifica-se que a recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Recurso especial provido.” (REsp. 907718 / ES – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. em 07.10.2008).

Ao fixar o valor da indenização por danos morais, deve o julgador agir com bom senso, de acordo com as particularidades de cada caso, considerando a extensão do dano, a gravidade da culpa, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em nosso ordenamento uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato incumbe o ônus de demonstrar sua veracidade para que o fato dê origem a algum direito. Se no contexto contratual a interpretação das cláusulas contratuais for contraditória ou divergente, deve ser privilegiada a interpretação mais favorável ao consumidor, nos termos do que dispõe o artigo 47 do CDC.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, MS, 11 de março de 2014.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator.

RELATÓRIO

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. – UNIMED de Aquidauana, irresignada com a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial da *Ação de obrigação de fazer c.c. danos morais* que lhe propusera Jorge Augusto Ribeiro, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

Nas razões recursais que devolve a este Sodalício (f. 169-183), diz que não houve nenhuma negativa de pagamento do tratamento de saúde, sendo que o processo para pagamento estava em andamento, apenas aguardando o laudo de exame de imagem comprobatório da patologia, o que não foi feito pelo médico assistente do apelado.

Aduz que o recorrido “*o apelado optou por realizar o procedimento de forma particular por sua livre escolha, arcando com as despesas oriundas do mesmo, sem a intervenção do plano de saúde*” (f. 217).

Enfatiza que cumpriu com suas obrigações contratuais, inexistindo descaso ou inércia do plano de saúde.

Destaca que “*o reembolso das despesas realizadas de forma particular pelo usuário não é total, mas sim limitado aos valores pré-estabelecidos para tanto através do Manual de Intercâmbio, no que se refere a despesas hospitalares e Tabela AMB/92 no que se refere aos honorários médicos*” (f. 173). Acrescenta que o reembolso não é integral, ficando limitado aos valores indicados na tabela.

Quer seja afastada a condenação em reparação por danos morais, uma vez que não praticou qualquer ato ilícito, tendo agido no exercício regular de um direito.

Além disso, salienta que não restou demonstrado qualquer prejuízo concreto que justifique a reparação, sendo que meros dissabores do cotidiano não são indenizáveis.

Objetiva que, caso seja mantida a condenação em danos morais, que *quantum* fixado pelo juiz a quo seja reduzido.

Pede, no desfecho, o conhecimento e provimento do recurso, julgando-se improcedentes os pedidos contidos na inicial.

Intimado, o recorrido ofertou contrarrazões (f. 193-199), pugnando pelo não provimento do recurso.

VOTO

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. – UNIMED de Aquidauana, irresignada com a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial da *Ação de obrigação de fazer c.c. danos morais* que lhe propusera Jorge Augusto Ribeiro.

Nas razões recursais que devolve a este Sodalício (f. 169-183), diz que não houve nenhuma negativa de pagamento do tratamento de saúde, sendo que o processo para pagamento estava em andamento, apenas aguardando o laudo de exame de imagem comprobatório da patologia, o que não foi feito pelo médico assistente do apelado.

Aduz que o recorrido “*o apelado optou por realizar o procedimento de forma particular por sua livre escolha, arcando com as despesas oriundas do mesmo, sem a intervenção do plano de saúde*” (f. 217).

Enfatiza que cumpriu com suas obrigações contratuais, inexistindo descaso ou inércia do plano de saúde.

Destaca que “o reembolso das despesas realizadas de forma particular pelo usuário não é total, mas sim limitado aos valores pré-estabelecidos para tanto através do Manual de Intercâmbio, no que se refere a despesas hospitalares e Tabela AMB/92 no que se refere aos honorários médicos” (f. 173). Acrescenta que o reembolso não é integral, ficando limitado aos valores indicados na tabela.

Quer seja afastada a condenação em reparação por danos morais, uma vez que não praticou qualquer ato ilícito, tendo agido no exercício regular de um direito.

Além disso, salienta que não restou demonstrado qualquer prejuízo concreto que justifique a reparação, sendo que meros dissabores do cotidiano não são indenizáveis.

Objetiva que, caso seja mantida a condenação em danos morais, que *quantum* fixado pelo juiz *a quo* seja reduzido.

Pede, no desfecho, o conhecimento e provimento do recurso, julgando-se improcedentes os pedidos contidos na inicial.

Intimado, o recorrido ofertou contrarrazões (f. 193-199), pugnando pelo não provimento do recurso.

Por primeiro, faço alguns registros sobre os fatos narrados na exordial.

Consta dos autos que, em 15.08.2011, o recorrido foi diagnosticado como portador cálculo renal, o que acarretou uma infecção com risco de comprometimento do rim. O médico que acompanhava o estado de saúde do recorrido indicou tratamento. Diante da demora na liberação do procedimento prescrito e do agravamento do quadro infeccioso do apelado, este acabou arcando com os custos da intervenção cirúrgica, realizada na cidade de Curitiba-PR. O valor total do tratamento foi de R\$ 16.700,00 (dezesseis mil reais e setecentos centavos), tendo a Unimed reembolsado apenas R\$ 5.170,75 (cinco mil cento e setenta reais e setenta e cinco centavos). Por essa razão, o recorrido ajuizou a presente ação, pretendendo obter o reembolso da quantia remanescente de R\$ 11.530,00 (onze mil quinhentos e trinta reais), bem como danos morais no importe de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

O juiz de primeira instância julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, reconhecendo o dever de a requerida reembolsar o restante do valor gasto com o tratamento médico, bem como condenando a Unimed à indenização por danos morais, fixando o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Feitos tais esclarecimentos, há de se destacar que, *in casu*, incidem as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor. O art. 2º do citado *Codex* é claro ao dispor 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 prestação de serviços médicos e hospitalares (plano de saúde).”

Referido posicionamento é pacífico nos tribunais pátrios, sendo que trago à baila ementa de julgado bem esclarecedor sobre o tema:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – CASSEMS – FORNECEDORA DE SERVIÇOS DE SAÚDE – RELAÇÃO DE CONSUMO – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – EXAME MÉDICO NEGADO – ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS – NÃO TAXATIVIDADE – OBRIGAÇÃO DE AUTORIZAR A REALIZAÇÃO DO EXAME MÉDICO – SENTENÇA CONFIRMADA.

A identificação de pessoa jurídica como fornecedora de serviços de saúde para os seus beneficiários, os quais contribuem financeiramente pela assistência prestada, acarreta a existência de relação de consumo e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor entre as partes contratantes dos planos de saúde, independentemente de a pessoa jurídica possuir caráter de autogestão e não ter fins lucrativos. (...).” (TJMS - Apelação – N. 0002515-28.2011.8.12.0029 - 4ª Câmara Cível – Rel. Des. Josué de Oliveira – j. em 18 de dezembro de 2012).

Prosseguindo, 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 aspectos, 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 *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 incontrolláveis 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.

Desta 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”.

Também, há de se esclarecer que, como é cediço, na celebração dos contratos de planos de saúde, em regra, são utilizados um método comum de contratação, com o oferecimento de um instrumento contratual já impresso, prévio e unilateralmente elaborado para que a outra parte contratante aceite, simplesmente aderindo à vontade manifestada neste instrumento pela parte mais forte da relação jurídica, são os chamados contratos de adesão.

Segundo Limongi França, citado por Maria Helena Diniz, os contratos de adesão são “aqueles em que a manifestação da vontade de uma das partes se reduz à mera anuência a uma proposta da outra”. (*Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 861).

Não se olvide, ainda que o Código Civil estatuiu 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 a manutenção do equilíbrio contratual e evitando enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

Transpondo tais lições para o caso em epígrafe e, ainda, analisando os entendimentos jurisprudenciais hodiernos sobre a matéria, conclui-se não ter a recorrente atuado em exercício regular de direito; ao contrário, sua conduta foi ilegal.

De fato não há nos autos provas de que a Unimed tenha se negado à cobertura do tratamento. No entanto, restou patente, até mesmo das alegações contidas na contestação, de que houve uma demora da recorrente em cumprir sua parte na avença, qual seja custear integralmente o tratamento médico indicado pelo médico assistente da parte autora.

Nem se diga que a demora se justifica pelo fato de o médico do paciente não ter apresentado o exame de imagem comprobatória da patologia. Em audiência, o médico urologista Cristiano Ribeiro Xavier (f. 153) foi claro em ressaltar que o ultrassom e o RX, exames que foram apresentados à Unimed, incluem-se no conceito de imagem comprobatória. Ademais, ressaltou que o caso do apelado era de urgência, esclarecendo que a demora no tratamento pode implicar a perda do rim.

Com isso, as evasivas da parte ré a cobrir o tratamento indicado pelo médico, a toda evidência, violam o ordenamento jurídico e equipara-se mesmo a negativa do tratamento requerido.

Basta imaginar que as incansáveis solicitações de exames de imagem para liberar o tratamento poderiam culminar com a perda do objeto do exame, vale dizer, com a perda do rim, consequência gravíssima de sua inércia.

Não se afigura lícita a recusa - ou imposição de óbices, exigências diversas, passíveis de vilipendiar a saúde do consumidor com a demora injustificada - ao tratamento indicado pelo médico assistente, especialista quando houver a cobertura contratual do tratamento, como ocorreu no caso dos autos.

Desse modo, possível perceber que se cuida, a rigor, de conflito entre os interesses patrimoniais do plano de saúde - na medida que o plano inviabiliza a realização do tratamento, protegendo seu patrimônio (uma vez que não arcou, em tempo, com os custos do tratamento requerido) - e o direito a vida digna, saúde do consumidor, onde, deve prevalecer este último.

Com efeito, sobretudo a partir da CF/88 deve ser feita uma releitura de todo o ordenamento jurídico à luz da Constituição Federal de 1988, merecendo especial destaque o princípio da dignidade humana, de modo a preponderar os interesses existenciais em detrimento dos interesses patrimoniais em situações de conflito.

Com propriedade, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin Moraes (2010, p. 3) lecionam a respeito da matéria:

“Na atualidade, a crença no chamado “papel constitucional” do Código Civil e no “individualismo como verdadeira religião”, característicos das codificações liberais, dão lugar à tutela da pessoa humana de acordo com as suas necessidades existenciais, a partir de um releitura do direito civil à luz da Constituição, “de maneira a privilegiar (...) os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais” (Gustavo Tepedino, “Premissas”, p. 22). Assim, por intermédio da intensa legislação extracodificada, volta-se o ordenamento não mais para o “indivíduo”, abstratamente considerado, mas para a tutela da pessoa humana nas concretas e diferenciadas relações jurídicas em que se insere, como forma de assegurar os princípios constitucionais da solidariedade social (art. 3º, III) e da igualdade substancial (art. 3º, IV)”.

As palavras acima podem ser contextualizadas no caso sub examine, aplicando-se as relações travadas no âmbito consumerista.

A rigor, não prospera a argumentação do plano de saúde no sentido de ter solicitado exames de imagem para autorizar o tratamento renal, o que não teria sido providenciado pelo médico, já que restou evidenciado nos autos a apresentação, suficiente, dos documentos de imagem.

De outro tanto, a imprescindibilidade de primeiro se realizar o exame de imagem nos moldes solicitados pela Unimed, para após autorizar o tratamento, não subsiste diante da possibilidade de se agravar o quadro clínico do paciente. Volto a frisar, o tratamento havia sido avaliado como urgente pelo médico assistente, próximo ao caso, especialista na área de urologia.

Vale sublinhar que cabe ao médico especialista indicar qual o tratamento apropriado para o caso, não sendo crível à Unimed se imiscuir na função do profissional da saúde apto a escolher a alternativa que melhor convém à cura de seu paciente.

Sobre o tema, o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Carlos Alberto Menezes de Direito, quando relatou o REsp. n. 668.216 asseverou:

“(...) Isso quer dizer que o plano de saúde pode estabelecer que doenças estão sendo cobertas, mas não que o tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Assim, por exemplo, se está coberta a cirurgia cardíaca, não é possível vedar a utilização de stent, ou, ainda, se está coberta a cirurgia de próstata, não é possível impedir a utilização de esfíncter artificial para controle da micção. O mesmo se diga com relação ao câncer. Se a patologia está coberta, parece-me inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de que a quimioterapia é uma das alternativas possíveis para a cura da doença. Nesse sentido, parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor. Assim, no caso, não havendo exclusão do câncer na apólice do autor, não há como impedir a cobertura do seguro para o tratamento por quimioterapia em regime ambulatorial ou de internação.” - grifei.

Note-se que em casos análogos, este Tribunal tem se manifestado no mesmo sentido, reconhecendo ser ilegal a recusa do plano de saúde, *in verbis*:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. DANOS MATERIAIS E MORAIS – PLANO DE SAÚDE – QUIMIOTERAPIA COM MEDICAMENTO CARBOPLATINA 990MG – NEGATIVA INDEVIDA DA OPERADORA – PROCEDIMENTO INDICADO PELO MÉDICO QUE ACOMPANHA A PACIENTE – DANO MORAL CONFIGURADO – RECURSO NÃO

PROVIDO. Revela-se descabida a negativa de custear o medicamento correlato ao tratamento coberto, sob o argumento de ser experimental, ensejando a injusta recusa indenização por danos morais” (TJMS – Apelação – N. 0003171-69.2011.8.12.0001 - Campo Grande - 2ª Câmara Cível – Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade - j. em 27 de novembro de 2012)

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. NEGATIVA DE COBERTURA. CLÁUSULA ABUSIVA. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

Os contratos de planos de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, pois envolvem típica relação de consumo. Existindo previsão expressa de tratamento da doença do autor, como é o caso da neoplasia maligna, cabe à apelante a realização de todas as providências necessárias para o correto tratamento da enfermidade, inclusive com realização de tratamento das mais diversas espécies.” (TJMS - Apelação – N. 0009635-77.2009.8.12.0002 - 1ª Câmara Cível – Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins - j. em 12 de março de 2013).

Portanto, é dever da Unimed suportar integralmente as despesas havidas com o tratamento cirúrgico indicado pelo médico assistente da parte autora.

Prosseguindo, vejo, também, que são devidos os danos morais e que o valor arbitrado não merece reparos.

Rememore-se que, conforme lições de Sérgio Cavalieri Filho, “*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 nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situação não são tão intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.*” (Programa de responsabilidade civil. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 98).

A par dessas considerações, vislumbro presentes os danos morais na espécie.

Com efeito, em consulta aos precedentes do STJ, pude verificar que é forte e sedimentado o posicionamento da Superior Corte no sentido de exsurgir o dever de indenizar, configurando-se danos morais, quando há contrato de plano, seguro de saúde e a empresa contratada, ilicitamente, não adimple sua obrigação, negando autorização para cirurgia, tratamento v. g ou criando obstáculos para sua concretização.

Tal decorre não do inadimplemento contratual, mas sim do abalo, da angústia causada.

No ponto, acolho como razões de decidir, os fundamentos do REsp. n. 993.876/DF, julgado pela Terceira Turma, de relatoria da i. Min. Nancy Andrighi, *in verbis*:

“passou-se a adotar tese segundo a qual o dano moral pela indevida recusa em fornecer o serviço de seguro esperado pelo consumidor, em momento de extrema angústia como a que se analisa nos presentes autos, decorre diretamente desse próprio fato (...).

Embora se reconheça que a regra geral, nessa matéria, seja a de que o mero inadimplemento contratual não gera, por si só, dano moral, verifica-se que, nas hipóteses como a que por ora se examina, a jurisprudência do STJ tem aberto uma exceção, pois na própria descrição das circunstâncias que perfazem o ilícito material é possível verificar consequências bastante sérias de cunho psicológico que são resultado direto do inadimplemento culposos. O i. Min. Jorge Scartezzini proferiu voto bastante claro nesse sentido ao julgar o Resp n. 880.035/PR, consignando na própria ementa que “já tem decidido esta Corte, em casos como este ‘não é preciso que se demonstre a existência do dano extrapatrimonial. Acha-se ele in re ipsa, ou seja, decorre dos próprios fatos que deram origem à propositura da ação’”

Por oportuno, transcrevo a ementa dos seguintes julgados do STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO, ALÉM DE SE TRATAR DE DIVERGÊNCIA NOTÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECUSA INDEVIDA EM COBRIR TRATAMENTO DE SAÚDE DE SEGURADA. PRAZO DE CARÊNCIA. CLÁUSULA ANULADA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nas razões do especial, há nítido confronto entre as circunstâncias fáticas do caso com os arestos colacionados como paradigmas, evidenciando, ao fim, consequências jurídicas discrepantes. Se por isso não fosse, essa Corte Superior entende que as exigências de ordem formal a que se refere o art. 255 do RISTJ, podem ser dispensadas quando o dissídio jurisprudencial mostrar-se notório.

2. A jurisprudência desta Casa tem-se manifestado no sentido de que a simples recusa indevida à cobertura de tratamento médico urgente, ao argumento de não se ter implementado o prazo de carência, extrapola os limites do “mero aborrecimento”.

3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag 1064823 / RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. em 16.4.2009).

“Civil. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Negativa ilegal de cobertura, pelo plano de saúde, a atendimento médico de emergência. Configuração de danos morais. - Na esteira de diversos precedentes do STJ, verifica-se que a recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Recurso especial provido.” (REsp. n. 907718 / ES – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. em 07.10.2008).

Por ser bastante elucidativo, colho trecho publicado no Informativo n. 391 do STJ:

“(...) 02. Contrato. Plano. Saúde. Cláusula abusiva. O cerne da questão cinge-se à análise da existência de abuso na cláusula do contrato de plano de saúde que prevê limite de valor para cobertura de tratamento médico-hospitalar. In casu, a beneficiária de plano de saúde foi internada em hospital conveniado, em razão de moléstia grave e permaneceu em UTI. Todavia, quando atingido o limite financeiro (R\$ 6.500,00) do custo de tratamento previsto no contrato celebrado entre as partes, a recorrida (mantenedora do plano de saúde) negou-se a cobrir as despesas médico hospitalares excedentes. De fato, o sistema normativo vigente permite às seguradoras fazer constar da apólice de plano de saúde privadas cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados com o objeto da contratação, de modo a responder pelos riscos somente na extensão contratada. No entanto, tais cláusulas limitativas não se confundem com as cláusulas que visam afastar a responsabilidade da seguradora pelo próprio objeto nuclear da contratação. Na espécie, a seguradora de plano de saúde assumiu o risco de cobrir o tratamento da moléstia que acometeu a segurada.

Porém, por meio de cláusula limitativa e abusiva, reduziu os efeitos jurídicos dessa cobertura ao estabelecer um valor máximo para as despesas hospitalares, tornando, assim, inócuo o próprio objeto do contrato. É que tal cláusula não é meramente limitativa de extensão de risco porque excludente da própria essência do risco assumido. O Min. Relator ressaltou que não se pode equiparar o seguro-saúde a um seguro patrimonial, no qual é possível e fácil aferir o valor do bem segurado, criando limites de reembolso/indenização. Pois, quem segura a saúde de outrem está garantindo o custeio de tratamento de doenças que, por sua própria natureza, são imprevisíveis, sendo essa uma das razões que leva a pessoa a contratar seguro de saúde. Assim, seja por violação das normas do CDC (arts. 4º, 6º, 51) ou do disposto na Lei n. 9.656/1998 e no DL n. 73/1966, deve ser considerada abusiva a cláusula contratual de seguro-saúde que crie limitação de valor para o custeio de tratamento de saúde ou de internação hospitalar de segurado ou beneficiário. Com efeito, em observância à função social dos contratos, à boa-fé objetiva e à proteção à dignidade humana, deve ser reconhecida a nulidade de tal cláusula. Com essas e outras considerações, a Turma deu provimento ao recurso para, julgando procedente a ação e improcedente a reconvenção, condenar a seguradora ao pagamento das despesas médico-hospitalares (deduzindo-se as já suportadas pela recorrida) a título de danos materiais e dos danos morais decorrentes da cláusula abusiva e da injusta recusa da cobertura securitária pela operadora do plano de saúde, o que causou aflição à segurada (acometida de moléstia grave que levaria a estado terminal) que necessitava dar continuidade à sua internação em UTI e ao tratamento médico hospitalar adequado (REsp 735.750-SP / i-491). - grifei.

Este Tribunal já se posicionou no mesmo sentido:

“E M E N T A – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA E AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – JULGAMENTO SIMULTANEO DAS AÇÕES – SENTENÇA UNA – APELAÇÃO CÍVEL DA UNIMED – SOLICITAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS SOBRE O PROTOCOLO CLÍNICO ADOTADO PELO MÉDICO ASSISTENTE DO APELADO – NÃO COMPROVAÇÃO – NEGATIVA INJUSTIFICADA PARA FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO INDICADA POR MÉDICO COOPERADO PARA TRATAMENTO DE QUIMIOTERAPIA – MEDICAMENTO EXPERIMENTAL – NÃO COMPROVAÇÃO – EMERGÊNCIA E URGÊNCIA – SITUAÇÃO DEMONSTRADA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – POSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O contrato de prestação de serviços médico-hospitalares submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e, por conta disso, eventual dúvida na interpretação de cláusula contratual resolve-se a favor do beneficiário do plano de saúde. Considerando que houve autorização para a realização da primeira sessão do primeiro ciclo de quimioterapia, a negativa de continuidade da cobertura em fornecer os medicamentos indispensáveis para o sucesso daquele tratamento mostra-se em dissintonia com os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, em especial o da boa-fé contratual e equidade.

A recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, já que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, pois este, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. Ademais não é preciso que se demonstre a existência do dano extrapatrimonial. Acha-se ele in re ipsa, ou seja, decorre dos próprios fatos que deram origem à propositura da ação.” (TJMS – Apel. N. 0062088-18.2010.8.12.0001 - Campo Grande - 5ª Câmara Cível - Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - 22 de novembro de 2012) – grifei.

Portanto, tenho que, na presente hipótese, estão presentes os requisitos necessários à configuração do dano moral, pois restou devidamente comprovado que havia relação jurídica entre as partes, estando a Unimed obrigada a fornecer cobertura médica adequada, cobrindo o tratamento indicado pelo médico assistente, sem que fosse possível protelar a autorização para a realização do tratamento definido como de urgência.

A bem da realidade, a jurisprudência tem se mostrado firme quanto ao reconhecimento dos danos morais, verificado o abuso do plano de saúde ao deixar de prestar o serviço contratado, mostrando-se cabível sua condenação a reparação do dano moral, privilegiando-se a boa-fé no agir das partes, função social do contrato, perfeita execução dos pactos, evitando a banalização de descumprimentos injustificados.

Devida a indenização, resta a discussão sobre a sua quantificação, onde a Unimed pretende a minoração do valor fixado pelo juiz em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

O nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Cuida-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina. A respeito do tema, Arnaldo Rizzardo cita Carlos Roberto Gonçalves e faz o seguinte balizamento:

“Carlos Roberto Gonçalves aponta os seguintes critérios: ‘a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva’” (Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.270).

São esses os critérios comumente citados pela doutrina e jurisprudência e que serão observados por este Relator.

Portanto, considerando os critérios da razoabilidade, bem como as particularidades do caso sub judice, os precedentes jurisprudenciais do STJ e desta Corte, entendendo justo e razoável o quantum indenizatório arbitrado pelo magistrado a quo em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), montante que observa as condições econômicas da ofendida e do ofensor e do grau da ofensa e suas conseqüências.

Assim, considerando as peculiaridades do caso e na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido, entendo que a importância acima fixada não se apresenta excessiva e nem irrisória.

Por fim, reclama a recorrente que há limitação no valor das verbas a serem reembolsadas.

Conforme se verifica dos autos, a apelante protelou a cobertura pretendida, porém, não negou o dever de fazê-la, tanto que efetuou pagamento do valor que entende devido.

Aqui, a controvérsia limita-se ao custeio da integralidade do valor despendido pelo apelado.

O argumento utilizado pela Unimed para se negar a efetuar o pagamento integral, consiste no fato de que o contrato firmado entre as partes prevê que o reembolso seja calculado de acordo com os valores da tabela de referência da Unimed.

Dispõe a cláusula sexta do plano de saúde:

“6. nos casos de urgência e emergência quando restar comprovada a não possibilidade de utilização dos serviços próprios, contratados ou credenciados, dentro da área geográfica de abrangência, pelo Usuário, conforme artigo 12, inciso VI da Lei nº 9.656/98, este terá direito ao reembolso das despesas médicas decorrentes nos moldes e limitados aos valores atribuídos pela UNIMED aos serviços prestados, tendo como base a Tabela Hospitalar Referência da UNIMED para atribuições de valores a despesas hospitalares e Tabela da Associação Médica Brasileira para consultas, exames, procedimentos e honorários médicos de acordo com a UTC – Unidade de Trabalho e outros

índices vigentes. Os materiais e medicamentos serão reembolsados de acordo as Tabelas Brasíndice e SIMPRO na rubrica 'preço fábrica', que são os preços praticados junto a rede de atendimento da UNIMED."

O art. Art. 12 da Lei 9.656/98 até estabelece a possibilidade de limitação dos valores de reembolso de despesas feitas por hospitais não credenciados, vejamos:

"Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas.

(...)

II - quando incluir internação hospitalar:

a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos

(...)

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..."

No caso dos autos, o que se verifica é que a recorrente sequer trouxe aos autos a mencionada tabela de referência, deixando de fazer provas acerca da referida limitação de valores reembolsáveis.

Lembre-se que existe em nosso ordenamento uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato incumbe o ônus de demonstrar sua veracidade para que o fato dê origem a algum direito. Em síntese, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados. Conforme leciona Leo Rosenberg:

"(...) a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as consequências de tal insuficiência probatória".¹

O Código de Processo Civil, em seu art. 333, afirma que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

"A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo

¹ *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ejea Apud Ovidio A. Batista da Silva. *Curso de Processo Civil*. 5 ed. v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 345.

do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar secundum allegata et probata partium e não secundum propiam suam conscientiam - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus).

O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.²

Considerando que a norma jurídica é um comando abstrato que somente atua concretamente quando uma situação da vida enquadra-se em sua incidência, eventuais fatos que provocaram a atuação da norma materializam-se no processo, que será o veículo para levar ao magistrado os acontecimentos ocorridos no mundo fenomênico. Sem o conhecimento dos fatos, é impossível ao magistrado dizer a solução jurídica reclamada, tendo, portanto, o ônus, suma importância.

Ora, se a prestadora de serviço de Plano de Saúde não demonstrou que o contratante possuía algum tipo de limitação na utilização do serviço, não poderá reclamar do pagamento da integralidade da quantia despendida para o tratamento, lembrando, ainda, que as cláusulas do contrato devem ser interpretadas em benefício do consumidor (art. 47 do CDC).

Ante o exposto, conheço do recurso e, nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença de origem.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Revisor).

Acompanho o preclaro relator para negar provimento ao apelo, uma vez que a Unimed não logrou comprovar que o plano de saúde do autor possuía limitação no uso dos serviços que pretende ser indenizado, devendo, pois, ser ressarcidos pelas despesas suportadas na sua integralidade.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (Vogal).

Acompanho o voto do 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, MS, 11 de março de 2014.

² Teoria Geral do Processo. 7 ed. São Paulo: RT, 1990, p. 312.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0006910-21.2009.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – DOAÇÃO DE SANGUE – DESCARTE – HEPATITE C – AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DO DOADOR – ATO ILÍCITO – PORTARIA N. 1.376/1993, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO E DO NEXO CAUSAL – AUSÊNCIA DE PROVAS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vige no ordenamento jurídico a regra do artigo 333, do Código de Processo Civil, afirmando que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Para a caracterização do dever de indenizar do Estado por conduta omissiva faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos, quais sejam: o ato ilícito; a ocorrência de um dano patrimonial ou moral e o nexo de causalidade entre o dano e o ato ilícito praticado.

A simples ausência de notificação do doador de sangue sobre a anomalia apresentada em seu hemograma não é suficiente para a caracterização do dever de indenizar, eis que não evidenciado o nexo de causalidade entre a conduta omissiva do Estado e o agravamento da saúde do doador.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, MS, 7 de janeiro de 2014.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator.

RELATÓRIO

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Espólio de José Eduardo Sodré, representado pela Sra. Thelma Giatti Sodré, irredimido com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na exordial da *ação de reparação de danos* ajuizada em face de Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe recurso de apelação, objetivando sua reforma.

Em suas razões recursais, o apelante afirma que o próprio ente estatal confirma que não realizou a notificação do *de cujus* a respeito do diagnóstico apontado no exame de sangue.

Relata que a Portaria n. 1.376/1993, do Ministério da Saúde exige que o doador de sangue seja notificado sobre qualquer anomalia observada durante a avaliação clínica ou quando dos resultados dos testes laboratoriais, o que não foi cumprido no caso dos autos.

Assevera que é do Estado o dever de provar que realizou a notificação do *de cuius* a respeito da anomalia encontrada no hemograma.

Argumenta que “a ausência de notificação do requerente pelo Hemosul, quanto ao resultado positivo do exame sorológico para hepatite crônica C é uma omissão do Estado, que não dá cumprimento ao dever constitucional previsto no artigo 196 da Carta Magna; que deixa de observar o direito à informação, consagrado no inciso V do art. 7º da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990; e que viola inaceitavelmente o dever de notificar o doador acerca de anomalia observada na avaliação clínica ou nos resultados dos testes laboratoriais, insculpido nas disposições da Portaria nº 1.376, de 19 de novembro de 1990, do Ministério da Saúde” (f. 227-228).

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida, com o julgamento procedente do pleito indenizatório.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões (f. 234-242) pugnando pela manutenção da sentença com o não provimento do recurso.

VOTO

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator).

Espólio de José Eduardo Sodré, representado pela Sra. Thelma Giatti Sodré, irredimido com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na exordial da *ação de reparação de danos* ajuizada em face de Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe recurso de apelação, objetivando sua reforma.

Em suas razões recursais, o apelante afirma que o próprio ente estatal confirma que não realizou a notificação do *de cuius* a respeito do diagnóstico apontado no exame de sangue.

Relata que a Portaria n. 1.376/1993, do Ministério da Saúde exige que o doador de sangue seja notificado sobre qualquer anomalia observada durante a avaliação clínica ou quando dos resultados dos testes laboratoriais, o que não foi cumprido no caso dos autos.

Assevera que é do Estado o dever de provar que realizou a notificação do *de cuius* a respeito da anomalia encontrada no hemograma.

Argumenta que:

“a ausência de notificação do requerente pelo Hemosul, quanto ao resultado positivo do exame sorológico para hepatite crônica C é uma omissão do Estado, que não dá cumprimento ao dever constitucional previsto no artigo 196 da Carta Magna; que deixa de observar o direito à informação, consagrado no inciso V do art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990; e que viola inaceitavelmente o dever de notificar o doador acerca de anomalia observada na avaliação clínica ou nos resultados dos testes laboratoriais, insculpido nas disposições da Portaria n. 1.376, de 19 de novembro de 1990, do Ministério da Saúde” (f. 227-228).

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida, com o julgamento procedente do pleito indenizatório.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões (f. 234-242) pugnando pela manutenção da sentença com o não provimento do recurso.

Inicialmente, para a melhor compreensão da controvérsia dos autos, faz-se mister tecer alguns esclarecimentos.

Segunda narra a petição inicial, em uma manhã de verão do ano de 1993, o *de cujus* dirigiu-se ao Hemosul para a coleta de sangue para doação. Seu sangue foi coletado, examinado, condenado e descartado em razão da contaminação pelo vírus da Hepatite Crônica (Tipo C). Todavia, mesmo diante de tal diagnóstico e do descarte do sangue doado, nada foi comunicado ao doador para que pudesse dar início ao tratamento precoce da moléstia.

A exordial ainda afirma que o Sr. Sodré apenas soube que era portador do vírus da Hepatite C com a realização de exames de rotina, após o transcurso de mais de 20 (vinte) anos desde aquela doação. Tal situação agravou ainda mais a saúde do falecido, tendo havido a contaminação de sua esposa, Sra. Thelma Giatti Sodré, pelo vírus da doença hepática.

Em razão da omissão do Estado em notificar o doador a respeito da contaminação apontada em seu hemograma, o apelante afirma ter sofrido danos morais, mormente em razão da violação de normas constitucionais.

Após a instrução processual, foi proferida sentença de improcedência, entendendo o ilustre julgador que *“não houve a comprovação de que, de fato, o autor não tenha sido notificado do resultado do seu diagnóstico, sendo a simples alegação insuficiente para, por si só, demonstrar a conduta omissiva estatal”* (f. 211-212), o que justificou a interposição do presente recurso.

Pois bem, o cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se restaram demonstrados os requisitos para a caracterização do dever estatal de indenizar.

Trata-se aqui de demanda indenizatória que tem origem em comportamento omissivo do Estado, o qual teria deixado de comunicar a anomalia apontada no exame do sangue do doador.

Deve ser lembrado que há danos que decorrem da omissão das pessoas jurídicas de Direito Público (casos em que não agiu quando devia, agiu tardiamente ou agiu mal), aplicando-se a responsabilidade subjetiva. Neste caso, deve-se provar que elas tinham o dever de impedir o dano, sob pena de faltar-lhe razão para imposição do encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão.

Logo, a responsabilidade por ato omissivo é sempre por comportamento ilícito e, por conseguinte, subjetiva.

Rui Stoco, citando Celso Antônio Bandeira de Melo, leciona:

“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 o evento lesivo. (...)” (Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 960).

Acerca da Responsabilidade Subjetiva, veja-se a lição exposta por Marçal Justen Filho:

“É mais apropriado aludir a uma objetivação da culpa. Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio. Quando o Estado infringir este dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidade à ocorrência do dano,

estarão presentes os elementos necessários à formulação de um juízo de reprovabilidade quanto à sua conduta. Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadoras do dano. A omissão da conduta necessária e adequada consiste na materialização de vontade defeituosamente desenvolvida. Logo, a responsabilidade continua a envolver um elemento subjetivo, consistente na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir” (Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 797).

Fala-se, portanto, em culpa do serviço ou culpa administrativa, em que a prestação do serviço não funcionou por omissão, ou funcionou mal ou atrasado. A culpa administrativa possui contornos próprios. Não há a necessidade de individualização de culpa, que decorrerá, de forma genérica, da falta do serviço. Assim, considerar-se-á, para fins reparatórios, o nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano.

A doutrina confere a essa modalidade de culpa a denominação de “culpa anônima” ou “impessoal”.

“A noção civilista de culpa ficou ultrapassada, passando-se a falar em culpa do serviço ou falta do serviço (faute du service, entre os franceses), que ocorre quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado. Em outras palavras, basta a ausência do serviço devido ou o seu defeituoso funcionamento, inclusive pela demora, para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes aos administrados. De acordo com essa nova concepção, a culpa anônima ou falta do serviço público, geradora de responsabilidade do Estado, não está necessariamente ligada à idéia de falta de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa. Basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado.” (Programa de Responsabilidade Civil. Sergio Cavalieri Filho. 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 238).

Incrementa o ensino, Dirley da Cunha Jr.:

“Evidentemente que, se o Estado não causou o dano, ele não pode, a princípio, ser responsabilizado, de modo que sua responsabilidade só existirá se ele tinha o dever jurídico de agir para impedir o evento danoso e ficou-se inerte. Por outras palavras, embora o Estado não seja o causador do dano, ele tinha o dever jurídico de evitá-lo e não evitou tão-somente subjetivamente.

Só existe a responsabilidade do Estado, insista-se, quando houver uma correlativa obrigação de agir (há, em contrapartida, um dever de agir do Estado para evitar o dano). A omissão do Estado gera uma responsabilidade subjetiva por culpa anônima, caracterizada pela faute du service. Deve-se, portanto, demonstrar a culpa administrativa ou do serviço (mas não é a culpa ou o dolo individual do agente)...

Insiste-se, portanto, que a responsabilidade do Estado por suas omissões é de natureza subjetiva, calcada na culpa administrativa. Tal conclusão resulta, aliás, da exegese que se faz do § 6.º do art. 37 da Constituição, que utiliza a expressão causar (as pessoas jurídicas de direito público (...)) responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros), dando a idéia de que a responsabilidade objetiva nele adotada se limita aos danos derivados das ações do Estado” (Curso de Direito Administrativo. 4.^a ed. Salvador: Podivm, 2006. p. 292-293).

Assim sendo, a caracterização do dever de indenizar do Estado depende, dentre outros requisitos, da comprovação da ilicitude do ato que ensejou o dano narrado.

No caso, verifica-se que o autor, na petição inicial, afirma que a doação de sangue fora realizada no verão do ano de 1993. Todavia, toda a documentação encartada aos autos informa que a doação fora feita em maio de 1996, como se infere da declaração do Diretor da Hemorrede/MS (f. 99) e do Ofício n. 4046/2009 Hemosul/Hemorrede/SES (f. 164).

Assim, à época da doação, da avaliação e do descarte do sangue doado (e contaminado), já estava em vigor a Portaria n. 1.376/93, do Ministério da Saúde, dispondo, *verbis*:

“4.3. Notificação do Doador: no caso de rejeição do candidato, a causa motivante deve ser registrada na ficha de triagem. O candidato à doação deve ser notificado acerca de qualquer anomalia observada durante a avaliação clínica ou quando dos resultados dos testes laboratoriais, devendo-se garantir total sigilo das informações. Também deverá ser encaminhado a profissional ou órgão competente para elucidação diagnóstica e/ou seguimento clínico”.

Não se pode negar que era do Estado o dever de comprovar que realizou a notificação a que se refere o item 4.3 acima transcrito, o que não foi feito no caso dos autos.

Tanto é que o Ofício n. 4.046/2009 Hemosul/Hemorrede/SES, assinado pelo Coordenador Geral da Hemorrede/MS, informou que:

“Aqui neste Hemocentro foram encontrados a ficha do doador e o protocolo do resultado da sorologia (em anexo). Como não estávamos aqui neste período, ficamos sabendo que os exames reagentes ou inconclusivos eram digitados e encaminhados a Secretaria Estadual de Saúde para envio aos endereços fornecidos pelos candidatos a doação. Uma vez que o controle dos Correios ocorria por lá. Da mesma forma, estamos pesquisando a notificação compulsória, nestes casos, endereçados à Vigilância Epidemiológica do Estado e/ou do município no qual informava o HCV reagente” (f. 164).

Com efeito, para que seja admitida a responsabilidade civil estatal – ainda que na modalidade de responsabilidade subjetiva – faz-se necessária a presença de outros elementos (além do ato ilícito), quais sejam, (I) a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, e (II) o nexo de causalidade entre o dano e o ato ilícito praticado.

Frise-se, a simples constatação do ato ilícito não é suficiente para justificar uma condenação ao pagamento de indenização, devendo estar evidenciados, também, o efetivo dano e o nexo causal.

Sobre os requisitos para a caracterização da responsabilidade civil estatal, transcrevo os seguintes julgados:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. LEGITIMIDADE ATIVA DO ESPÓLIO CONFIGURADA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU. ART. 535 DO CPC. NÃO VIOLAÇÃO. DANO E NEXO DE CAUSALIDADE. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DANOS MATERIAIS CUMULAÇÃO COMPENSAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. POSSIBILIDADE.

(...)

2. *“A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, caracterizada a responsabilidade subjetiva do Estado, mediante a conjugação concomitante de três elementos - dano, omissão administrativa e nexo de causalidade entre o evento danoso e*

o comportamento ilícito do Poder Público -, é inafastável o direito do autor à indenização ou reparação civil dos prejuízos suportados.

Rever tal entendimento implica reexame da matéria fático-probatória, obstado pela Súmula 7/STJ.” (AgRg no Ag 1216939/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02/03/2011; REsp 1191462/ES, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14/09/2010).

(...)

Agravo regimental improvido” (STJ; AgRg no AgRg no REsp 1292983/AL, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 07/03/2012).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DA ADMINISTRAÇÃO. INSS. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. CABIMENTO. QUANTUM DEBEATUR. REDUÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

(...)

2. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, caracterizada a responsabilidade subjetiva do Estado, mediante a conjugação concomitante de três elementos - dano, negligência administrativa e nexo de causalidade entre o evento danoso e o comportamento ilícito do Poder Público -, é inafastável o direito do autor à indenização ou reparação civil dos prejuízos suportados.

(...)

4. Recurso Especial não provido” (STJ; REsp. n. 1228224/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/05/2011, DJe 10/05/2011).

No caso *sub judice*, mesmo se admitirmos que o Estado tenha agido de forma culposa ao deixar de notificar o doador de sangue sobre sua contaminação pelo vírus da Hepatite C, fato é que não há como estabelecer um nexo causal entre o comportamento omissivo estatal e o dano experimentado pelo falecido (agravamento de seu estado de saúde).

Depreende-se dos autos que a doação do sangue ocorreu em maio de 1996. Por outro vértice, os documentos encartados juntamente com a exordial – exames, relatórios e declarações médicas – informam que a contaminação do paciente, Sr. José Eduardo Sodré, teria entre 10 e 20 anos.

Ora, não é crível que entre a data da doação de sangue (maio de 1996) e a data do início do tratamento médico (2004) o falecido não tenha realizado sequer um exame de sangue que pudesse detectar a anomalia precocemente, aumentando significativamente as chances de controle da doença.

Na verdade, muito mais grave do que a omissão estatal foi a omissão do próprio Sr. José Eduardo Sodré para com os cuidados com sua própria saúde e vida.

Logo, o recorrente não cumpriu com o ônus da prova que lhe tocava, ou seja, não demonstrou o nexo de causalidade entre o dano suportado e a conduta omissiva do Estado, devendo ser mantida a sentença de improcedência.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, 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. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, MS, 07 de janeiro de 2014.

4ª Câmara Cível
Conflito de Competência n. 0804620-37.2013.8.12.0008 – Corumbá
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA – USUÁRIO DE DROGAS – DEMANDA QUE ENVOLVE DISCUSSÃO A RESPEITO DA CAPACIDADE E DO ESTADO DA PESSOA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA FAMÍLIA – CONFLITO PROCEDENTE.

A competência para processar e julgar a ação de internação compulsória para tratamento de usuário de drogas é do juízo das varas de família, por se tratar de questão que envolve a capacidade e o estado da pessoa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, julgar procedente o conflito de competência, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 21 de janeiro de 2014.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator.

RELATÓRIO

Des. Paschoal Carmello Leandro.

O Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá suscita conflito negativo de competência em face da Juíza de Direito 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, que se deu por incompetente para processar a ação de internação psiquiátrica compulsória ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra o Estado de Mato Grosso do Sul, o Município de Corumbá e Douglas Couto Flores.

Argumenta o suscitante que a ação tem por finalidade obter provimento jurisdicional para que os entes públicos requeridos providenciem a internação compulsória de Douglas em clínica especializada para tratamento de uso de drogas. Alega que compete a vara de família processar e julgar o pedido de internação compulsória, uma vez que a *“matéria de fundo recai sobre a capacidade da pessoa para reger e praticar todos os atos da vida civil, de modo que, somente com a prova de sua incapacidade e necessidade de tratamento médico a internação será realizada”*.

Instrui com os documentos de f. 01-43.

A suscitada, por sua vez, entendeu que a matéria posta em causa é da competência da Vara da Fazenda Pública, porquanto, além de envolver pessoa maior de idade e capaz, a ação fora ajuizada contra entes estatais (f. 51-53).

À Procuradoria-Geral de Justiça (f. 55-59), manifestou pela improcedência do incidente.

VOTO

Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Cuida-se de conflito negativo de competência que suscita o Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá em face da Juíza de Direito 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, que se deu por incompetente para processar a ação de internação psiquiátrica compulsória ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra o Estado de Mato Grosso do Sul, o Município de Corumbá e Douglas Couto Flores.

Argumenta o suscitante que a ação tem por finalidade obter provimento jurisdicional para que os entes públicos requeridos providenciem a internação compulsória de Douglas em clínica especializada para tratamento de uso de drogas. Alega que compete a vara de família processar e julgar o pedido de internação compulsória, uma vez que a *“matéria de fundo recai sobre a capacidade da pessoa para reger e praticar todos os atos da vida civil, de modo que, somente com a prova de sua incapacidade e necessidade de tratamento médico a internação será realizada”*.

A suscitada, por sua vez, entendeu que a matéria posta em causa é da competência da Vara da Fazenda Pública, porquanto, além de envolver pessoa maior de idade e capaz, a ação fora ajuizada contra entes estatais.

Inicialmente, cumpre frisar que o art. 9º da Resolução n. 221/1994 do E. TJMS define a competência das Varas da Comarca de Corumbá da seguinte forma:

“Art. 9º Na comarca de Corumbá a competência fica assim distribuída:

a) ao juiz da 1ª vara cível, processar e julgar os feitos e os incidentes relativos ao estado e à capacidade das pessoas; os feitos de natureza cível envolvendo a infância e a juventude; as ações relativas à união estável, ao companheirismo e ao concubinato; os feitos e os incidentes relativos a alimentos e a sucessões e dar cumprimento, juntamente com os juizes da 2ª e da 3ª vara cível, as cartas precatórias cíveis, mediante distribuição. (Alterada pelo art. 1º da Resolução n. 472, de 8.6.05, DJ-MS, de 15.6.05.)

(...)

f) o Juiz da vara de Fazenda Pública e Registros Públicos, processar e julgar:

1. os feitos de interesse das Fazendas Públicas, Estadual e Municipal, suas autarquias ou Fundações de Direito Público.

(...)

9. as ações relativas aos portadores de necessidades especiais;”

Como se vê, a Juíza da 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá é competente para processar e julgar as questões relacionadas ao Direito de Família, enquanto que o Juiz da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos os feitos de interesse dos entes estatais.

No caso em tela, verifica-se que a ação originária, em que o Ministério Público Estadual questiona a capacidade do requerido Douglas Couto Flores e postula o fornecimento de tratamento médico, engloba como tema principal matéria relacionada ao Direito de Família, por versar prioritariamente sobre questões relativas ao estado e a capacidade civil do indivíduo, ainda que envolva, secundariamente, questão atinente ao fornecimento de tratamento gratuito pelo Estado e Município.

A respeito, vejamos a jurisprudência de nossos Tribunais de Justiça, *in verbis*:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. TRATAMENTO À DROGADIÇÃO. DEMANDA QUE ENVOLVE DISCUSSÃO A RESPEITO DA CAPACIDADE E DO ESTADO DA PESSOA. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. Tratando-se de ação judicial que visa à internação compulsória do filho da parte autora para tratamento à drogadição, envolvendo, portanto, em última análise, discussão quanto ao estado e à capacidade civil do indivíduo, é competente para processar e julgar a demanda o juízo da vara da família e sucessões. Precedentes desta corte. Conflito negativo de competência procedente, por monocrática” (TJRS; CC 516784-34.2013.8.21.7000; Pelotas; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl; Julg. 12/12/2013; DJERS 16/12/2013).

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA EM QUE SE DISCUTE A CAPACIDADE E ESTADO DA PESSOA. COMPETÊNCIA DA VARA DE ÓRFÃOS E SUCESSÕES. VARA ESPECIALIZADA. INCOMPETÊNCIA DOS JUÍZOS DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL E JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA RECONHECIDA DE OFÍCIO. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO COMPETENTE. 1. A despeito de figurarem no pólo passivo ente público estadual, a ação originária versa sobre questão de estado da pessoa, o que atrai, no caso específico destes autos, a competência da vara de órfãos e sucessões, a teor do art. 62, I, ‘g’, do código de organização judiciária deste estado (Lei Complementar nº 234/2002). 2. Ainda que o pedido principal seja a internação compulsória de dependente químico de crack, como efeito inequívoco acarretará a interdição parcial e provisória do referido dependente, inclusive com a designação de curador provisório. 3. Conflito de competência conhecido, para declarar de ofício a incompetência absoluta dos juízos suscitante e suscitado para processar e julgar a causa, com a remessa dos autos à vara de órfãos e sucessões de cariaca (art. 113, § 2º, CPC), este reconhecido como o competente para processar e julgar a causa.” (TJES; CC 0002120-66.2013.8.08.0000; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Simões Fonseca; Julg. 07/05/2013; DJES 14/05/2013).

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. AÇÃO ENVOLVENDO ESTADO DA PESSOA. Trata-se a hipótese dos autos de ação judicial para internação compulsória ajuizada em favor de pessoa maior, não interditada, portadora de problemas psiquiátricos e que se nega a realizar tratamento médico. Desse modo, a matéria, com efeito, se insere na competência das varas de família, tendo em vista que envolve, antes de qualquer questão atinente ao fornecimento de tratamento gratuito pelo estado (latu sensu), a capacidade civil do favorecido. Conflito negativo de competência procedente, declarando-se a competência do juízo suscitado.” (TJGO; CC 0197000-31.2013.8.09.0000; Planaltina; Primeira Seção Cível; Rel. Des. Amaral Wilson de Oliveira; DJGO 14/08/2013; Pág. 159).

Outro não é o posicionamento deste Egrégio Sodalício:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTE QUÍMICO. PÓLO PASSIVO COMPOSTO POR ENTE PÚBLICO. NATUREZA DE INTERDIÇÃO PARCIAL E PROVISÓRIA. CAPACIDADE E ESTADO DA PESSOA. COMPETÊNCIA DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CORUMBÁ. CONFLITO IMPROCEDENTE. 1. A internação compulsória do dependente químico traz consigo natureza de interdição igualmente compulsória, ainda que parcial e provisória, já que o doente será obrigado a se submeter ao tratamento para a patologia que o acomete. Trata-se, pois, de demanda em que se discute o estado e a capacidade civil de paciente, sendo competente o juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de corumbá para processar e julgar o feito. 2. As varas da Fazenda Pública foram criadas para atender aos interesses materiais do estado, que se colocam em segundo plano quando se discute o direito à saúde de pessoa

de incapacidade provisória.” (TJMS; CC 0803696-26.2013.8.12.0008; Corumbá; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; DJMS 14/11/2013; Pág. 32).

Dessa forma, entendo que compete à jurisdição especializada em questões de família processar e julgar o pedido de internação hospitalar compulsória, haja vista que se trata de pessoa doente mental, em decorrência da dependência das substâncias entorpecentes, sem contar que a matéria de fundo está restrita a capacidade da pessoa de praticar atos da vida civil, já que o requerido Douglas é maior de idade e o pedido de internação é contra a sua vontade.

Ademais, vale ressaltar que a internação psiquiátrica compulsória traz a clara incapacidade do paciente, havendo necessidade de dar-lhe proteção, sendo tal questionamento próprio do Direito de Família, ficando evidenciada a necessidade de uma tutela assistencial, devendo ser buscada, possivelmente, a nomeação de um curador provisório ou a própria interdição.

Em que pese figurar no polo passivo da demanda o Estado do Mato Grosso do Sul e o Município de Corumbá, isto por si só não modifica a natureza da ação, uma vez que a ação envolve discussão a respeito da capacidade e do estado da pessoa, e não simplesmente questão relacionada à saúde.

Pelo exposto, contra o parecer, julgo procedente o presente conflito, a fim de declarar competente a Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá para o processamento e julgamento do feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, julgaram procedente o conflito de competência, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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

Campo Grande, MS, 21 de janeiro de 2014.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0802298-44.2013.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA—APELAÇÃO CÍVEL—AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS—FURTO DE MOTOCICLETA DEIXADA NO INTERIOR DE ESTACIONAMENTO DE PREFEITURA MUNICIPAL—LOCAL QUE NÃO DISPÕE DE VIGILÂNCIA ESPECIALIZADA—AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO—DECISÃO MANTIDA—RECURSO IMPROVIDO.

Se o estacionamento disponibilizado pela Prefeitura Municipal não é dotado de vigilância especializada, não tem poder público qualquer responsabilidade pelos danos ocorridos em veículos estacionados no referido local.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 11 de março de 2014.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator.

RELATÓRIO

Des. Paschoal Carmello Leandro.

Rogério da Silva Corrêa recorre da sentença prolatada pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Corumbá, que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que move em face do Município de Corumbá.

Sustenta, em síntese, que o apelado, ao afirmar que não mantém vigilância alguma no estacionamento da prefeitura, relatando que permite o uso indiscriminado, confessa sua culpa, tendo em vista que os funcionários e proprietários que ali deixam seus veículos ignoram o irregular procedimento, pois estão certos e convencidos de que se trata de estacionamento privativo. Salaria que o fato de ser uma concessão gratuita não o exime do dever de vigilância.

Ao final, roga pelo provimento do recurso.

O apelado, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Cuida-se de recurso de apelação manejado por Rogério da Silva Corrêa contra sentença prolatada pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Corumbá, que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que move em face do Município de Corumbá.

Segundo consta dos autos, o requerente, como de costume, no dia 14/05/2013 estacionou uma motocicleta de sua propriedade no pátio da Prefeitura Municipal de Corumbá, porquanto trabalha como vigilante da agência da caixa econômica Federal existente na localidade. Contudo, ao final de seu expediente, observou que sua motocicleta havia sido furtada. Pugnou, por fim, pela condenação do requerido ao pagamento de danos morais e materiais.

Como relatado, a pretensão não foi acolhida.

Nas razões de recurso, sustenta o apelante, em síntese, que o apelado, ao afirmar que não mantém vigilância alguma no estacionamento da prefeitura, relatando que permite o uso indiscriminado, confessa sua culpa, tendo em vista que os funcionários e proprietários que ali deixam seus veículos ignoram o irregular procedimento, pois estão certos e convencidos de que se trata de estacionamento privativo. Saliencia que o fato de ser uma concessão gratuita não o exime do dever de vigilância.

A matéria posta em discussão cinge-se em saber se é de responsabilidade do poder público os danos ocorridos em veículos localizados nos estacionamentos disponibilizados por estes.

Sobre esta questão, verifica-se que a doutrina e as jurisprudências majoritárias preconizam ser de responsabilidade do ente público zelar pela guarda do veículo que se encontra em estacionamento pertencente a estabelecimento público, desde que o local seja dotado de vigilância especializada para esse fim.

A propósito, o doutrinador Rui Stocco, na obra “Tratado de Responsabilidade Civil”, 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 1094, preleciona que:

“Ainda que possível fosse colocar óbice a esse entendimento, não se pode deslembrar que, em havendo furto de veículo estacionado nesses locais e neles a Administração mantenha guarita e vigilância interna feita por servidor ou empresa contratada, não se pode negar que o serviço falhou. Ocorreu a chamada ‘faute du service’, a culpa ‘in vigilando’. É que, em casos tais, a União, o Estado ou o Município assume o dever de zelar pelo bem que lhe foi entregue, colocando-se em condição contratual similar à do depositário, obrigado por lei a ter a guarda e a conservação da coisa depositada, com o cuidado e diligência que costuma ter com o que lhe pertence, segundo a dicção da art. 629 do Código Civil.

Em tal hipótese, a responsabilidade por dano causado ao proprietário do bem colocado sob sua guarda, não se funda no art. 37, § 6º, da Constituição, mostrando-se inadequado falar-se em responsabilidade objetiva, como, aliás, decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, mas de responsabilidade subjetiva, com fundamento na teoria da ‘faute du service’.”

No mesmo diapasão, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

“Responsabilidade civil do Estado: furto de automóvel em estacionamento mantido por Município: condenação por responsabilidade contratual que não contraria o art. 37, § 6º, da Constituição.

Ao oferecer à freguesia do mercado a comodidade de estacionamento fechado por grades e cuidado por vigias, o Município assumiu o dever específico de zelar pelo bem que lhe foi entregue, colocando-se em posição contratual similar à do depositário, obrigado

por lei 'a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence' (Cód. Civ., art. 1.266). Em tal hipótese, a responsabilidade do Município por dano causado ao proprietário do bem colocado sob sua guarda, não se funda no art. 37, § 6º, da Constituição, mas no descumprimento de uma obrigação contratual." (RE 255.731-5, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 26.11.1999).

Entretanto, no caso vertente, o conjunto probatório existente no feito, demonstrou que o estacionamento fornecido pelo requerido é aberto ao público e não possui fins lucrativos.

A toda evidência, trata-se apenas de um espaço disponibilizado pelo município para que os funcionários estacionem seus automóveis, gerando, assim, uma comodidade a estes e aos usuários do estabelecimento.

Desta forma, considerando que o recorrido não coloca à disposição estacionamento com serviços especializados de vigilância, não me afigura justo que recaia sobre ela o dever de guarda dos veículos que utilizam aquele espaço.

A respeito do tema, veja-se que não destoa o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE UNIVERSIDADE PÚBLICA.

1. O Poder Público deve assumir a guarda e responsabilidade do veículo quando este ingressa em área de estacionamento pertencente a estabelecimento público, desde que haja serviço especializado com esse fim.

2. No caso dos autos, o acórdão recorrido consignou a inexistência de serviço especializado e que a empresa responsável pela vigilância na cidade universitária, por contrato, não cumpriria essa função. Rever tal entendimento implicaria na incidência das Súmulas 5 e 7/STJ.

3. Recurso especial não conhecido" (REsp. n. 438.870/DF, rel. Min. Castro Meira, j. 12.04.2005). (grifo nosso).

A propósito, este Tribunal já se manifestou:

"APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR – AUSÊNCIA ADVOGADA DA AUTORA EM AUDIÊNCIA – ADIANTAMENTO DA AUDIÊNCIA – NÃO OCORRIDO – MÉRITO – INDENIZAÇÃO – MOTO FURTADA – ESTACIONAMENTO MUNICIPAL – RESPONSABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

A responsabilidade pelo furto de motocicleta em estabelecimento da prefeitura municipal só é admitida quando o local é dotado de vigilância especializada para esse fim ou auferir lucro com a guarda dos veículos". (Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.005268-0/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli).

"APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MORAIS E MATERIAIS – FURTO DE MOTOCICLETA EM ESTACIONAMENTO PRIVATIVO DOS FUNCIONÁRIOS DA PREFEITURA MUNICIPAL – EXPLORAÇÃO ECONÔMICA INEXISTENTE – DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA DESCABIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.

A responsabilidade pelo furto de motocicleta em estacionamento da prefeitura municipal só é admitida quando o local é dotado de vigilância especializada para esse fim ou auferir lucro com a guarda dos veículos". (Apelação Cível - 2011.020130-7 - Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade).

Em julgado de minha relatoria:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – FURTO NO INTERIOR DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DO POSTO DE SAÚDE – LOCAL SEM VIGILÂNCIA ESPECIALIZADA – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO – APELO PROVIDO – RECURSO ADESIVO – PREJUDICADO.

Se o estacionamento disponibilizado pelo posto de saúde não é dotado de vigilância especializada, o Município não tem qualquer responsabilidade pelos danos ocorridos em veículos estacionados no referido local.

Invertido o resultado do processo, o recurso adesivo, que pretende a condenação do Município na indenização por danos morais, resta prejudicado.” (Apelação Cível n. 2007.000668-7, j. 13.3.2007).

Destarte, diante das considerações acima, a manutenção do *decisum* é media que se impõe.

Diante do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, MS, 11 de março de 2014.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0031127-60.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. RESCISÃO DE CONTRATO E DEVOLUÇÃO PARCELAS PAGAS - PECÚLIO.

Incabível a devolução de parcelas pagas a título de pecúlio por invalidez ou morte em razão do risco de implementação e pagamento suportado pela contratada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 18 de fevereiro de 2014.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator.

RELATÓRIO

Des. Paschoal Carmello Leandro.

Ana Maria Alves dos Santos apela da sentença proferida pelo Juiz da 6ª Vara Residual Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de rescisão contratual c/c restituição de valores, Processo n. 0031127-60.2011.8.12.0001, que julgou improcedente o pedido inicial, condenando a parte autora nos ônus de sucumbência.

Explicita a natureza jurídica da relação havida entre as partes, alegando tratar-se de contrato de adesão, com incidência da legislação consumerista. Defende que as apeladas devem ser classificadas como entidade de previdência privada complementar, regulada pela Lei n. 6.435/77, sendo que o pacto não se resumiu a um contrato de seguro, pois que envolveu benefícios distintos, inclusive um plano de aposentadoria.

Alega que deve ser assegurado o direito de resgate das prestações pagas em razão da desistência, por ser abusiva as cláusulas restritivas, sob pena de viabilizar o enriquecimento sem causas das requeridas em detrimento do patrimônio da requerente e de se prestigiar o desequilíbrio das relações contratuais.

Sustenta que a disposição do artigo 115 do Código Civil considera inválidas as cláusulas que preveem a perda total ou considerável das prestações em contratos desta natureza, além de se mostraram em desconformidade com o disposto no artigo 51, inciso II, do CDC, tendo aderido ao plano de pecúlio em questão na expectativa de recebimento de alguma compensação posterior, como um prêmio ou uma pensão.

Requer que seja dado provimento ao recurso para julgar procedente a pretensão inaugural, declarando a nulidade das cláusulas abusivas, constante do art. 61, *caput*, alínea “a” e parágrafo único do

contrato padrão, assegurando a restituição do montante pago, devidamente atualizado, invertendo os ônus de sucumbência.

Contrarrazões às f. 407-436, pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator).

Consta dos autos que Ana Maria Alves dos Santos propôs uma ação de rescisão contratual c/c restituição de valores em face de CAPEMI – Caixa de Pecúlios, Pensões e Montepios e CAPEMISA Seguradora de Vida e Previdência S/A, pretendendo a condenação das demandadas à devolução integral dos valores pagos.

Entendeu o magistrado pela ausência de abusividade a ser reconhecida na relação negocial entabulada entre as partes, além de que, na modalidade do contrato formalizado o contratante se obriga a pagar as prestações enquanto a contratada se obriga a, caso ocorrer qualquer dos eventos/riscos previstos, pagar uma indenização ou pensão, sendo descabida a pretendida restituição.

A recorrente apela da sentença de improcedência, explicitando a natureza jurídica da relação havida entre as partes, alegando tratar-se de contrato de adesão, com incidência da legislação consumerista. Defende que as apeladas devem ser classificadas como entidade de previdência privada complementar, regulada pela Lei n. 6.435/77, sendo que o pacto não se resumiu a um contrato de seguro, pois que envolveu benefícios distintos, inclusive um plano de aposentadoria.

Alega que deve ser assegurado o direito de resgate das prestações pagas em razão da desistência, por ser abusiva as cláusulas restritivas, sob pena de viabilizar o enriquecimento sem causas das requeridas em detrimento do patrimônio da requerente e de se prestigiar o desequilíbrio das relações contratuais.

Sustenta que a disposição do artigo 115 do Código Civil considera inválidas as cláusulas que preveem a perda total ou considerável das prestações em contratos desta natureza, além de se mostraram em desconformidade com o disposto no artigo 51, inciso II, do CDC, tendo aderido ao plano de pecúlio em questão na expectativa de recebimento de alguma compensação posterior, como um prêmio ou uma pensão.

Requer que seja dado provimento ao recurso para julgar procedente a pretensão inaugural, declarando a nulidade das cláusulas abusivas, constante do art. 61, *caput*, alínea “a” e parágrafo único do contrato padrão, assegurando a restituição do montante pago, devidamente atualizado, invertendo os ônus de sucumbência.

Cinge-se a controvérsia devolvida no recurso sobre a possibilidade de restituição das contribuições efetuadas para a Caixa de Pecúlios, Pensões e Montepios aderida pela recorrente.

Em que pese os motivos e fundamentos apresentados nas razões do presente recurso, não vislumbro posicionamento diverso do que foi adotado pelo juízo *a quo* na sentença impugnada, pois que o contrato de pecúlio tem natureza aleatória, fazendo nascer obrigações para ambas as partes: a obrigação de efetuar a contribuição e a de, ocorrendo o risco previsto no contrato, pagar a quantia devida, que, no caso, é o pecúlio.

O conceito de pecúlio como espécie do gênero seguro, é um contrato de natureza securitária pelo qual o segurador se obriga, mediante cobrança de prêmio, a indenizar o segurado ou quem este estipular pela ocorrência de determinados eventos, como morte, incapacidade, etc. É a proteção econômica que o indivíduo busca para prevenir-se contra necessidade aleatória. É uma operação pela qual, mediante

pagamento da remuneração adequada uma pessoa faz prometer para si ou para outrem, no caso da efetivação de um evento determinado, uma prestação de uma terceira pessoa, o segurador que, assumindo o conjunto de eventos determinados, os compensa de acordo com as leis da estatística e o princípio de mutualismo.

Nesse sentido, vem decidindo reiteradamente o respectivo Tribunal, *verbis*:

“EMENTA – APELAÇÃO – RESCISÃO E RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS EM REGIME DE PECÚLIO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – DIREITO À RESCISÃO E RESTITUIÇÃO DOS VALORES – IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DE VALORES EM CONTRATO ALEATÓRIO – DANO MORAL – AFASTADO POR AUSÊNCIA DE FATO GERADOR PARA SUA EXISTÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há violação ao princípio da dialeticidade, ainda que os termos da petição inicial e recursal sejam idênticos, mas desde que o recorrente tenha incluído capítulo inovador no recurso de apelação, ainda que em poucas palavras, em apontando, a seu ver, o suposto erro judicial.

Se no contrato de pecúlio, há termos claros e precisos de pagamento para seguro de vida, tanto que com previsão expressa de recebimento somente após o evento morte, a relação negocial se enquadra como aleatória (art. 458 do CC/02). A consequência jurídica do contrato aleatório é que não demanda repetição e, por via de consequência, impede as partes de demandarem uma contra a outra a respeito desta álea, uma vez que quebraria a igualdade entre os contratantes.

Se o contrato aleatório não gera restituição de valores não se fala em dano moral tendo como fato gerador esta recusa, uma vez que se encontra a Instituição seguradora no exercício regular de um direito e figura esta, que não constitui ato ilícito (inciso I do art. 188 do CC/02).” (AC N. 0002956-59.2012.8.12.0001 – 4ªCC – rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – 10.12.213 – u.).

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. COBRANÇA – CONTRATO DE PECÚLIO – RESTITUIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PAGAS – IMPOSSIBILIDADE – CONTRATO ALEATÓRIO – COBERTURA DO RISCO DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO – RECURSO IMPROVIDO.

Tendo em vista a própria natureza do contrato de pecúlio, as contribuições pagas não são passíveis de devolução, uma vez que os riscos contratados ficaram cobertos pela seguradora durante a vigência do contrato.

A obrigação da caixa de pecúlio, pensões e montepios é condicional, pois depende da ocorrência de evento futuro e incerto, enquanto a do segurado é certa, correspondente ao dever de efetuar o pagamento do prêmio ao longo do tempo em que o contrato vigorar.

Do cumprimento dessa obrigação depende o direito do segurado de exigir do segurador o pagamento da quantia estipulada, caso se verifique o evento a que se subordina a obrigação deste, de sorte que se o risco esteve segurado não tem ele direito à devolução da quantia correspondente ao prêmio que pagou mensalmente, uma vez que a condição não se realizou.” (AC N. 0030029-11.2009.8.12.0001 – 4ªCC – Rel. Des. Josué de Oliveira – 1º.10.2013 -u.).

Como se vê dos documentos de f. 38-149, a apelante contribuía para que, caso ocorresse o evento morte ou invalidez, ter direito a perceber o pecúlio (em caso de invalidez) ou seus familiares (em caso de morte). Assim, o contrato prevê os requisitos e hipóteses para se dar o pagamento de qualquer dos

benefícios, indicativo de que as recorridas garantiram a contraprestação pactuada, consistente no risco da cobertura, circunstância que afasta o argumento de enriquecimento ilícito.

Nessa linha de raciocínio, acertada a sentença de improcedência da pretensão da devolução das quantias pagas, a qual deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Posto isso, 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. Dorival Renato Pavan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, MS, 18 de fevereiro de 2014.

1ª Câmara Cível**Agravo Regimental n. 0800087-69.2013.8.12.0029/50000 - Naviraí****Relator Des. Sérgio Fernandes Martins**

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTO. SANESUL. RECURSO PROVIDO DE PLANO. DECISÃO MANTIDA.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a imunidade recíproca abrange as sociedades de economia mistas que, dentre outros requisitos, não (I) distribuam lucros direta ou indiretamente a particulares; (II) tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva); e (III) não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência).

Portanto, como a SANESUL não distribui lucros a particulares e tem como objetivo principal o atendimento de políticas públicas de saneamento – não é seu objetivo auferir lucro ao Estado e tampouco exerce atividade em concorrência com empresas privadas -, deve ser reconhecida a abrangência da imunidade recíproca na hipótese.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, MS, 17 de dezembro de 2013.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator.

RELATÓRIO

Des. Sérgio Fernandes Martins.

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Município de Naviraí em face da decisão que deu provimento de plano à apelação cível interposta pela Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. – SANESUL.

O município agravante assevera, em apertada síntese, que a agravada não possui direito à imunidade tributária, porquanto trata-se de sociedade anônima regida por normas de direito privado.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou o encaminhamento do feito para julgamento colegiado.

VOTO

Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator).

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Município de Naviraí em face da decisão que deu provimento de plano à apelação cível interposta pela Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. – SANESUL.

Nego provimento ao recurso.

A decisão recorrida restou assim fundamentada:

“Dou provimento de plano ao recurso.

Verifico que a sentença recorrida encontra-se em manifesto confronto com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual dou provimento de plano ao presente recurso com fulcro no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Ocorre que, em que pese a interpretação literal do § 2º do inciso VI do artigo 150 da Constituição estenda a imunidade tributária apenas às autarquias e fundações, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal concordam que a imunidade em comento abrange as sociedades de economia mistas que não (I) distribuam lucros direta ou indiretamente a particulares; (II) tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva); e (III) não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência).”

Nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. AUTARQUIA. SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO. ATIVIDADE REMUNERADA POR CONTRAPRESTAÇÃO. APLICABILIDADE. ART. 150, § 3º DA CONSTITUIÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. 1. Definem o alcance da imunidade tributária recíproca sua vocação para servir como salvaguarda do pacto federativo, para evitar pressões políticas entre entes federados ou para desonerar atividades desprovidas de presunção de riqueza. 2. É aplicável a imunidade tributária recíproca às autarquias e empresas públicas que prestem inequívoco serviço público, desde que, entre outros requisitos constitucionais e legais não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares, ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva) e não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência). 3. O Serviço Autônomo de Água e Esgoto é imune à tributação por impostos (art. 150, VI, a e §§ 2º e 3º da Constituição). A cobrança de tarifas, isoladamente considerada, não altera a conclusão. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento.¹

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTO. APLICABILIDADE. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que a sociedade de economia mista prestadora de serviço público de água e esgoto é abrangida pela imunidade tributária recíproca, nos termos da alínea “a” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido.²

1 RE 399307 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 16/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-07 PP-01492 RTJ VOL-00216- PP-00529

2 RE 631309 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012.

Portanto, como a SANESUL não distribui lucros a particulares e tem como objetivo principal o atendimento de políticas públicas de saneamento – não é seu objetivo auferir lucro ao Estado e tampouco exerce atividade em concorrência com empresas privadas -, deve ser reconhecida a abrangência da imunidade recíproca na hipótese.

No mesmo sentido, veja-se o seguinte precedente da 3ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – TRIBUTO IPTU – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA ARGUIDA PELA EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATO GROSSO DO SUL (SANESUL) – ART. 150, VI, “A”, CF – AUSÊNCIA DE DIVISÃO DE LUCROS E DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM REGIME CONCORRENCIAL – IMUNIDADE RECONHECIDA EM FAVOR DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – SENTENÇA REFORMADA – EXECUTIVO FISCAL EXTINTO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Se não há a distribuição de lucros, na forma de dividendos, aos acionistas e nem prepondera o exercício de atividade econômica em regime concorrencial, a sociedade de economia mista, prestadora de serviço de serviço público, faz “jus” à imunidade tributária recíproca disposta no art. 150, VI, “a”, §2º da CF.³

Ante o exposto, com fulcro no § 1º-A do artigo 557 do CPC, dou provimento de plano ao presente recurso para, reformando a sentença recorrida, acolher os presentes embargos à execução fiscal e, por conseguinte, extinguir a execução fiscal embargada. Condene o apelado ao pagamento dos honorários arbitrados pelo magistrado singular em R\$ 600,00 (seiscentos reais). Sem custas ante a isenção legal.”

As razões apresentadas no presente agravo interno não alteram o entendimento anterior, devendo, portanto, ser mantida a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos, especialmente porque, nos termos dos precedentes supracitados do Supremo Tribunal Federal, a empresa agravada possui direito à imunidade tributária.

Ante o exposto, conheço do presente agravo regimental, porém nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Hildebrando Coelho Neto e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, MS, 17 de dezembro de 2013.

3 3ª Câmara Cível, Apelação - Nº 0600002-04.2012.8.12.0029 – Naviraí, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. Em 16 de julho de 2013.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0031000-59.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA - APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EMPRESA JORNALÍSTICA. OFENSA À HONRA. DANO MORAL CARACTERIZADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 15.000,00. VALOR MANTIDO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO CAUSADOR DO DANO. RECURSO DO JORNAL. NÃO PROVIDO. RECURSO DA PARTE AUTORA. PARCIALMENTE PROVIDO.

A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, entretanto, o direito à informação não é absoluto, sendo vedada a veiculação de notícia que exponha indevidamente a intimidade das pessoas.

Sabe-se que, na quantificação do dano moral, devem ser levados em conta critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas também o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento indevido para o ofendido, devendo prevalecer uma adequada proporcionalidade entre causa e efeito.

Os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso, conforme dispõe a súmula 54 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso do Correio do Estado S/A e dar parcial provimento ao recurso de Jair do Couto, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 7 de janeiro de 2014.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator.

RELATÓRIO

Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelações cíveis manejadas respectivamente pelas partes contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização que Jair do Couto move em face de Correio do Estado S.A.

O primeiro apelante alega, em síntese, que:

“ (...) O MM. Juiz julgou o feito antecipadamente, proferindo a sentença de f. 259/270 condenando a empresa jornalística Correio do Estado S.A., a pagar ao autor/apelado o valor de R\$ 15.000,00 a título de danos morais, em face da divulgação de matérias sobre o tráfico de drogas mencionando o nome do apelado, cujos valores devem ser corrigidos e incidir juros legais a partir da sentença (f. 207).

Todavia, no caso em tela, pedimos vênia para demonstrar que incorreu em lapso o eminente juiz, pois a empresa jornalística não obrou com excesso ou abuso na liberdade de manifestação do pensamento e informação, uma vez que as matérias limitam-se a retratar, de forma objetiva, notícia informativa verídica, sem qualquer intenção de macular a imagem do autor/apelado (f. 207).

Ao revés do que alega na sentença apelada, as notícias traçando um paralelo sobre a quantidade de apreensões de drogas no Estado de MS, publicadas pelo jornal Correio do Estado, não traz nenhum acréscimo negativo ao autor/apelado, vez que não faz qualquer comentário subjetivo a sua pessoa, retrata tão somente a verdade nua e crua (f. 208).

Nessas condições, embora as publicações dos fatos noticiosos causem algum embaraço ao autor/apelado permanece “na história em razão da grande repercussão”, contudo, censura o jornal por ter publicado notícia informativa, impondo condenação à empresa jornalística no elevado montante de R\$ 15.000,00 (f. 215).

Alternativamente, na hipótese remota de superada a questão de mérito do apelo, ainda que persista a sentença recorrida, o valor arbitrado a título de danos morais merece reparos face ao seu valor desproporcional e excessivo (f. 216).”

Por fim, requer provimento do recurso.

O ora apelado, devidamente intimado, apresentou contrarrazões (f. 264-277).

Jair do Couto, por sua vez, insurge-se contra a sentença, alegando, em síntese, que:

“O apelante ajuizou a competente ação de indenização por danos morais em face da empresa jornalística apelada, tudo em razão das insubsistentes matérias jornalísticas veiculadas inoportuna e indevidamente, responsáveis por imputar ao apelante fatos e atos injuriosos, violando sua dignidade pessoal, lhe causando indigestos e indecorosos abalos de ordem moral (f. 225).

Conforme se depreende da leitura do trecho acima transcrito, o MM. Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, MS, houve por bem julgar parcialmente procedente a demanda, fixando, a título de danos morais, a quantia ínfima de R\$ 15.000,00, acrescida de juros e correção monetária tão somente a partir da publicação da r. sentença (f. 228).

Deste modo, insurge-se o apelante contra os seguintes preceitos delineados na sentença: i) ínfima fixação do quantum indenizatório; ii) termo inicial para a incidência de juros de mora; e iii) inexistência de sucumbência recíproca (f. 228).

(...) o valor fixado a título de dano moral está excessivamente ínfimo, necessitando sua pronta majoração a patamar equivalente à R\$ 50.000,00, de modo a inviabilizar qualquer publicação de nova, perniciosa e indevida matéria correlacionada a pessoa do apelante (f. 235).

(...) os juros moratórios devem incidir a partir do evento danoso (f. 235).”

Requer, por fim, o provimento do recurso.

O Correio do Estado, devidamente intimado, apresentou contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso (f. 247-261).

VOTO

Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator).

Trata-se, como relatado, de apelações cíveis manejadas respectivamente pelas partes contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização que Jair do Couto move em face de Correio do Estado S.A.

Pois bem. Da análise dos autos verifico que Jair do Couto ajuizou a presente ação de indenização, sob a alegação de que foi ofendido moralmente por matérias jornalísticas veiculadas pelo Correio do Estado S.A., porquanto o referido jornal publicou de forma sucessiva matérias que relembram à sociedade crime cometido em 1995, o qual já teve a sua punibilidade extinta em razão de ter havido o cumprimento da pena.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando o periódico requerido ao pagamento de R\$ 15.000,00 a título de danos morais, com juros de mora de 12% ao ano, corrigidos monetariamente pelo IGPM, a partir da sentença.

Por primeiro, analiso o recurso interposto pelo Correio do Estado S.A.

O apelante insurge-se contra a sentença ao argumento de que a matéria jornalística não aviltou a moral, a honra e o nome do recorrido, Jair do Couto, afirmando, inclusive, que as informações veiculadas não são inverídicas e, por essa razão, não há dano moral a ser reparado.

Rememore-se, consoante o que foi relatado, que o ora apelado ingressou com a presente ação em razão de o requerido apelante ter publicado de forma sucessiva matérias jornalísticas com o intuito, segundo afirma o autor, de tão somente reavivar na memória dos leitores o crime que cometeu.

O direito à informação, como assentado pelos tribunais superiores, de fato, não é absoluto, sendo vedada a veiculação de notícia que venha a expor indevidamente a intimidade do indivíduo.

Na hipótese vertente, como demonstrado nos autos, quando da divulgação da notícia não havia nenhuma necessidade de reportar-se ao crime cometido pelo ora apelado, ainda mais de forma sucessiva, isto porque o fato ocorreu em 1995, razão pela qual, sem dúvida, ao assim agir, o jornal ora recorrente desbordou do seu direito de liberdade de informação e ofendeu a honra do recorrido.

Nesse sentido, eis a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA À HONRA DE ADVOGADO - LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO - DIREITOS RELATIVIZADOS PELA PROTEÇÃO À HONRA, À IMAGEM E À DIGNIDADE DOS INDIVÍDUOS - VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES E EXISTÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA DA EMPRESA JORNALÍSTICA - REEXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - QUANTUM INDENIZATÓRIO - REVISÃO PELO STJ - POSSIBILIDADE - VALOR EXORBITANTE - EXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

I - A liberdade de informação e de manifestação do pensamento não constituem direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos, bem como ofenderem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

(...) ¹”

1 STJ; REsp 783139/ES; Quarta Turma; Ministro Massami Uyeda; 18/02/2008.

Destarte, contrário ao afirmado pelo diário apelante, na hipótese, há sim dano moral a ser reparado, como, aliás, bem anotou o magistrado de origem na sentença impugnada, ao afirmar que:

“ (...) A imagem exposta traz acréscimos negativos ao requerente. Apesar de apresentar fato verdadeiro e fazer um paralelo de crimes ocorridos no Estado e que permanecem na história em razão da grande repercussão, não há razão para expor o nome do autor em matéria de caráter visivelmente informativo a respeito de tráfico de drogas de grande vulto, lembrando a todo tempo à sociedade o crime cometido por pessoa específica, tornando este fato impedimento para sua reintegração social.

(...)

De acordo com documento apresentado à f. 27, foi extinta a punibilidade do requerente em 5 de junho de 2008, pelo crime de tráfico de drogas e verifica-se que no curso de um mês, no ano de 2010, foram publicadas três matérias contendo o nome do requerente lembrando o fato (f. 165).

Ponderando os valores em conflito, prepondera, no caso concreto, a garantia da inviolabilidade da honra e imagem do requerente, tendo em vista que, dos textos publicados (f. 30-40), o requerido não se manteve estritamente no exercício regular de direito de informação constitucionalmente garantido, uma vez que extrapolou os limites da liberdade de imprensa, ao ferir o direito individual consagrado pelo artigo 5º, inciso X, da CF, praticando, assim, ato ilícito (f. 164-165).”

Nego, portanto, como dito, provimento ao recurso de apelação em epígrafe.

Do recurso interposto por Jair do Couto.

O recorrente limita-se a postular em sede recursal a majoração do *quantum* fixado a título de danos morais, pedido este, entretanto, que não merece prosperar.

Com efeito, sabe-se que, na quantificação do dano moral, devem ser levados em conta critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas também o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento indevido para o ofendido, motivo pelo qual exige-se, no caso, a existência de razoável proporcionalidade entre causa e efeito relativamente à ofensa e à indenização.

Na hipótese vertente, considerando sobretudo as condições econômicas do ofensor e do ofendido, tenho que o valor da condenação fixado pela sentença em R\$ 15.000,00 mostra-se adequado para fins de reparação do dano causado.

Entretanto, no que tange ao termo inicial para a incidência dos juros de mora, mister reconhecer que assiste razão ao autor apelante, posto que estes devem incidir desde o evento causador do dano, nos termos do que dispõe a Súmula 54 do STJ, assim redigida:

“Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

Assim, neste ponto, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Jair de Couto.

Anote-se, por fim, que os ônus de sucumbência recíproca fixados pelo juízo de origem em 70% para o réu e 30% para o autor devem ser mantidos, pois, tanto um quanto outro, restaram sucumbentes, aplicando-se no caso os exatos termos do art. 21 do Código de Processo Civil, assim redigido:

“Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.”

Desse modo, acertada a proporção estabelecida pelo magistrado sentenciante, que, atento à representatividade de cada pretensão material deduzida em juízo, distribuiu equitativamente os ônus sucumbenciais.

Igualmente, por fim, não merece reparo o *quantum* dos honorários advocatícios fixado pelo juízo de piso em 20% sobre o valor final da condenação, pois o montante encontra-se em estreita consonância com o disposto no artigo 20, § 3º, do CPC.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo Correio do Estado S.A. e dou parcial provimento ao recurso interposto por Jair do Couto, neste caso tão somente para determinar que o termo inicial para fins de incidência dos juros de mora seja contado a partir do evento causador do dano, mantendo, no mais, incólume a sentença ora hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso do Correio do Estado S/A e deram parcial provimento ao recurso de Jair do Couto, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Hildebrando Coelho Neto e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, MS, 07 de janeiro de 2014.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0000817-81.2011.8.12.0030 - Brasilândia
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA INSUFICIENTE - POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DOS EMBARGOS - POSTERIOR REFORÇO DE PENHORA - VIABILIDADE - ARTIGO 15 DA LEF - IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO *EX OFFÍCIO* PELO JUIZ - RECURSO PROVIDO.

A insuficiência da penhora efetuada nos autos principais, por si só, não tem o condão de inviabilizar o recebimento dos embargos à execução fiscal, consoante exegese do artigo 15, inciso II, da Lei n. 6.830/1980, o qual autoriza o reforço da penhora a ser efetivado em qualquer fase do processo de execução.

O reforço da penhora não pode ser deferido *ex officio*, a teor do que dispõem os artigos 15, II, da LEF e 685 do CPC, devendo ser demonstrada a sua necessidade pela Fazenda Pública exequente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 11 de março de 2014.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator.

RELATÓRIO

Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Aldo Silva da Conceição contra sentença (fls. 47-49) que não acolheu os embargos à execução fiscal opostos em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

O ora apelante alega, em síntese que:

“Mister esclarecer que os documentos que comprovam o devido recolhimento do ICMS pelo apelante somente estão sendo juntados neste momento, pois estavam em poder do advogado que atuava anteriormente nestes autos e, enquanto possuía os poderes que lhe foram outorgados pelo embargante, deixou de apresentar tal documentação em momento oportuno (f. 63).

(...) ao contrário do que quer fazer crer a Fazenda Pública Estadual, constata-se a penhora de bens nos autos da Cautelar de Execução Fiscal, proposta anteriormente à ação executiva (f. 65).

Por esta razão, como já houve a penhora na Cautelar não houve novo pedido de penhora na Execução Fiscal, o que não impede que se conclua pela evidência da penhora efetuada pelo Fisco Estadual. Portanto, o Juízo estava garantido (f. 65).

Assim, havendo bens penhorados nos autos da Cautelar de Execução Fiscal, ainda que em valor inferior ao crédito tributário exigido pelo ora apelado, resta garantido o crédito tributário, o que, consequentemente, permite o prosseguimento dos Embargos à Execução Fiscal opostos pelo ora apelante (f. 65).

[...] diante da possibilidade de oferecimento dos Embargos à Execução Fiscal pelo executado, ainda que insuficiente a penhora em relação ao valor do débito exequendo, e com fulcro nas garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, merece ser reformada a r. sentença objurgada, a fim de serem acolhidos os Embargos à Execução Fiscal opostos pelo executado-embargante, ora apelante, determinando o retorno dos autos à Vara de origem para regular prosseguimento do feito (f. 68).

(...) a r. sentença objurgada merece ser corrigida também, no que se refere à condenação em honorários advocatícios e custas processuais, uma vez que o valor arbitrado não atende aos requisitos dispostos no art. 20 e §§ 3.º e 4.º, do CPC (f. 70).

Por fim, requer:

“(...) 1. seja a presente apelação recebida em seus efeitos devolutivo e suspensivo; 2. seja dado provimento à presente apelação, para que seja integralmente reformada a sentença de fls., com o acolhimento dos Embargos à Execução Fiscal opostos pelo ora apelante e, com fulcro no art. 515, § 3º, do CPC, julgar desde logo a lide, vez que a causa versa sobre questão exclusivamente de direito e está em condições de imediato julgamento, considerando-se que restou comprovado o pagamento do ICMS relativos aos anos de 2004 e 2005 (objeto da Execução Fiscal); 3. alternativamente, requer seja dado provimento à presente apelação, para que seja integralmente reformada a sentença de fls., com o acolhimento dos Embargos à Execução Fiscal opostos pelo ora apelante e dessa forma, determinando-se o retorno dos autos à Vara de origem para regular prosseguimento do feito; 4. sejam excluída a condenação em honorários advocatícios e custas processuais (...)” (f. 71).

O Estado de Mato Grosso do Sul, ora apelado, devidamente intimado, apresentou contrarrazões (fls. 122-124).

VOTO

Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator).

Cuida-se, como relatado, de apelação cível interposta por Aldo Silva da Conceição contra sentença (fls. 47-49) que deixou de acolher os embargos à execução fiscal opostos em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

A análise do andamento processual demonstra que, no presente caso, ocorreu penhora de bens nos autos da ação originária.

O apelante recorre afirmando que é possível o recebimento dos embargos à execução mesmo quando a garantia do juízo revelar-se inferior ao valor executado.

Dou provimento ao recurso.

Com efeito, o §1º, do art. 16, da Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/1990), impõe como condição de admissibilidade dos embargos à execução a garantia do juízo através da penhora, revelando-se excesso de zelo obstar o recebimento dos referidos embargos em razão tão somente de insuficiência da penhora, porquanto, quando houver insuficiência, como é o caso presente, pode a mesma ser suprida mediante posterior reforço, o qual, nos termos do art. 15, inciso II, da Lei n. 6.830/1980, pode ser efetivado em qualquer fase do processo da execução.

De outro lado, o reforço de penhora, na hipótese, por ser um pedido que deve ser demonstrado necessário pela Fazenda Pública, a teor do que dispõem os artigos 15, inciso II, e 685, do CPC, não pode ser determinado *ex officio* pelo juiz do feito.

Eis, a propósito, a redação dos supramencionados dispositivos legais:

“Art. 15 - Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz:

I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária; e

II - à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.

Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária:

I - reduzir a penhora aos bens suficientes, ou transferi-la para outros, que bastem à execução, se o valor dos penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exequente e acessórios;

II - ampliar a penhora, ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos penhorados for inferior ao referido crédito.”

Destarte, como se extrai dos textos legais supratranscritos, o magistrado sentenciante equivocou-se ao negar-se a receber os embargos à execução opostos pelo ora apelante.

A propósito, este tem sido o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. GARANTIA DO JUÍZO. REQUISITO PARA APRESENTAÇÃO DE EMBARGOS. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO SOB O REGIME PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. 1. ‘Efetivada a penhora por oficial de justiça e dela sendo intimado o devedor, atendido estará o requisito de garantia para a oposição de embargos à execução.’ (REsp 758.266/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 22/8/2005). 2. A Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 1.127.815/SP, em 24/11/2010, Relator Ministro Luiz Fux, feito submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, reafirmou entendimento no sentido de que uma vez efetuada a penhora, ainda que insuficiente, encontra-se presente a condição de admissibilidade dos embargos à execução, haja vista a possibilidade posterior da integral garantia do juízo, mediante reforço da penhora. 3. Agravo regimental não provido.¹

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DETERMINAÇÃO DE REFORÇO DE PENHORA PELO JUIZ EX OFFICIO.

¹ STJ - AgRg no REsp 1092523/PR. Primeira Turma. Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 03.02.2011. Publicado em 11.02.2011.

IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO PELA FAZENDA EXEQUENTE, IN CASU. INSUFICIÊNCIA DA PENHORA. ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. O reforço da penhora não pode ser deferido ex officio, a teor dos artigos 15, II, da LEF e 685 do CPC. (Precedentes: REsp 958.383/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 17/12/2008; REsp 413.274/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01.06.2006, DJ 03.08.2006; REsp 394.523/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.04.2006, DJ 25.05.2006; REsp 475.693/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25.02.2003, DJ 24.03.2003; REsp nº 396.292/SC, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, DJ de 03.06.2002; REsp nº 53.652/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJ de 06.02.1995; REsp nº 53.844/SP, Rel. Ministro HÉLIO MOSIMANN, DJ de 12.12.1994) 2. O artigo 15, da Lei nº 6.830/80, dispõe que: Art. 15 - Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz: I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária; e II - à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente. 3. A seu turno, o art. 685 do CPC prevê, verbis: Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária: I - reduzir a penhora aos bens suficientes, ou transferi-la para outros, que bastem à execução, se o valor dos penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exequente e acessórios; II - ampliar a penhora, ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos penhorados for inferior ao referido crédito. 4. Destarte, consoante a dicção dos artigos 15, II, da LEF e 685 do CPC, não é facultada ao Juízo a determinação de substituição ou reforço da penhora, ao fundamento de insuficiência do bem constrito. 5. É que o princípio do dispositivo, que vigora no Processo Civil, pressupõe que as atividades que o juiz pode engendrar ex officio não inibem a iniciativa da parte de requerê-las, não sendo verdadeira a recíproca. Em consequência, por influxo desse princípio, nas atividades que exigem a iniciativa da parte, o juiz não pode agir sem provocação. (...).² “

Outro não é o posicionamento desta Corte:

“PENHORA INSUFICIENTE. GARANTIA DO JUÍZO PARA EMBARGAR. DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. ARTIGO 16, § 1º DA LEF. MÉRITO. PENHORA DE VEÍCULO IMPRESCINDÍVEL AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE LABORAL DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. BEM IMPENHORÁVEL. APLICAÇÃO DO ART. 649, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO IMPROVIDO. A insuficiência da penhora frente ao débito exequendo não possui o condão de impossibilitar a oferta de embargos pelo executado, por ser o meio posto a disposição para preservação de seu suposto direito, ainda considerando-se que são constitucionalmente assegurados o contraditório e a ampla defesa e a insuficiência da penhora não pode impedir o exercício dessas garantias, também que, nos termos do artigo 15, II da LEF, é possível, em qualquer fase do processo, o deferimento de eventual pedido de reforço da penhora, se insuficiente. Precedentes.³ “

Ante o exposto, como afirmado, dou provimento ao recurso de apelação cível interposto por Aldo Silva da Conceição para reformar a sentença ora combatida e determinar o recebimento e regular processamento dos embargos à execução opostos pelo apelante.

² STJ - REsp 1127815/SP. Segunda Seção. Ministro Luiz Fux. Julgado em 24.11.2010. Publicado em 14.12.2010.

³ TJMS - Apelação Cível n. 2009.026904-1/0000-00, 4ª Turma Cível, Relator: Desembargador Paschoal Carmello Leandro, Julgado em 27.10.2009.

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. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Hildebrando Coelho Neto e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, MS, 11 de março de 2014.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0037369-98.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – TRAIÇÃO – FALTA DE PROVA DA OFENSA GRAVE – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A sedução de homem casado ou amasiado, no entanto, não consiste em ato ilícito. O dever de fidelidade se impõe aos cônjuges e não a terceiros, de modo que não há qualquer óbice legal ao envolvimento de alguém com pessoa casada. O adultério não é mais tipificado como crime desde a revogação do art. 240 do Código Penal pela Lei n. 11.106/2005, já pelo desuso. A sedução ou corrupção sexual só é punível quanto praticada contra menores.

2. A traição em si não configura ato ilícito, exceto quando extrapola os limites da razoabilidade, implicando em grave ofensa ao cônjuge traído, diante da humilhação pública, constrangimento excessivo, enfim, se ultrapassa os transtornos normais de uma separação pelo surgimento de um novo relacionamento.

3. As alegações das partes e todos os elementos de prova existentes nos autos levam ao convencimento de que a apelante foi muito feliz em seu casamento e não se conformou com o rompimento, procurando então o ex e a apelada para obter satisfações e manifestar sua contrariedade, havendo daí agressões e ofensas recíprocas, o que também não enseja indenização por danos morais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 19 de dezembro de 2013.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator em substituição legal.

RELATÓRIO

Des. Sideni Soncini Pimentel.

S. M. do C. interpõe recurso de apelação objetivando a reforma da sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais que promove em face de A. dos S.. Sustenta que vivia em união estável com S., com quem teve um filha; que sua convivência era harmoniosa até seu companheiro conhecer a apelada; que então sua vida mudou drasticamente. Afirma que a apelada era sua manicure e amiga e usando de sua confiança dominou por completo seu companheiro, que começou a maltratá-la e até ameaçá-la de morte, conforme comprova o Boletim de Ocorrência. Alega que em decorrência da mudança de sua vida, provocada pela conduta da apelada, encontra-se depressiva; que a apelada não se

conteve em assumir o relacionamento com S., mas tornou isso um verdadeiro inferno para a apelante e que a apelada é totalmente responsável pela condição em que se encontra a apelante. Defende que sua vida foi “*virada de cabeça pra baixo*”, está abalada psicologicamente, teve sua honra denegrida, o que ofende sua honra e dignidade; que a prova se verifica no fato de que a apelada se passando por amiga agiu com dolo em prejudicá-la; que a apelada aproveitando-se da sua ingenuidade conquistou seu companheiro, o qual diante de uma nova paixão passou a desprezá-la e ameaçá-la de ser queimada e que por isso vive adoentada, necessitando de medicamentos e auxílio de familiares. Enfim, pugna pelo provimento do recurso a fim de que seja julgado procedente o pedido inicial.

A apelada apresentou contrarrazões pelo improvimento do apelo.

VOTO

Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

S. M. do C. interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais que promove em face de A. dos S.

A apelante alega ter sido vítima da apelada que teria, aproveitando-se de sua confiança e amizade, frequentado sua casa como sua manicure e seduzido seu companheiro, destruindo seu casamento e abalando a estrutura familiar. Argumenta que em virtude disso seu companheiro a abandonou e passou a ser agressivo, inclusive ameaçando-a de morte. Afirma que também sofreu agressões por parte da apelada e que, por sua vida ter “*virado de cabeça para baixo*”, sofre de depressão, devendo então ser indenizada por danos morais.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido inicial, bem como a reconvenção ajuizada pela apelada dizendo-se vítima, sob o fundamento de que no caso em apreço a requerida não praticou ato ilícito, nem agiu com dolo e também não existe prova de que a requerente/reconvinda tenha praticado ilícito.

A sentença não merece reforma.

São pressupostos do dano indenizável a comprovação do dano, a culpa ou dolo do agente e o nexo de causalidade entre a conduta ilícita e a lesão experimentada.

Pois bem. Primeiramente é preciso ressaltar que grande parte do sofrimento descrito pela apelante na petição inicial e reiterado nas razões recursais foi causado diretamente pelo ex-companheiro e não pela apelada, pois foi ele que a traiu, agrediu, abandonou e passou até mesmo a ameaçá-la de morte, no entanto, sequer é incluído no pólo passivo da demanda.

O ato ilícito imputado à ré/apelada na petição inicial consiste na sedução do companheiro da autora/apelante, em abuso de confiança e em razão da amizade que mantinham e posteriores insultos e ameaças praticados.

A sedução de homem casado ou amasiado, no entanto, não consiste em ato ilícito. O dever de fidelidade se impõe aos cônjuges e não a terceiros, de modo que não há qualquer óbice legal ao envolvimento de alguém com pessoa casada. O adultério não é mais tipificado como crime desde a revogação do art. 240 do Código Penal pela Lei n. 11.106/2005, já pelo desuso. A sedução ou corrupção sexual só é punível quanto praticada contra menores.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA. 1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um “não fazer” ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. 3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, caput e § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4. Recurso especial não conhecido.” (REsp. n. 1122547/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 27/11/2009).

A traição em si não configura ato ilícito, exceto quando extrapola os limites da razoabilidade, implicando em grave ofensa ao cônjuge traído, diante da humilhação pública, constrangimento excessivo, enfim, se ultrapassa os transtornos normais de uma separação pelo surgimento de um novo relacionamento.

Dispõe o art. 187 do Código Civil:

“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Não se pode olvidar que no caso em exame as partes são maiores e capazes e livres para fazer suas escolhas amorosas. É lamentável que o rompimento da união do casal tenha se dado em razão de uma nova paixão. Não se nega aqui o sofrimento do cônjuge traído, que é inclusive presumido, porém não é indenizável por ausência de ilicitude, justamente por não haver prova de que foram extrapolados os limites do exercício regular de direito.

No que se refere às agressões, a prova testemunhal evidencia que a autora/apelante, inconformada com o fim de seu relacionamento, procurava a ré/apelada no salão de beleza de propriedade desta para xingá-la, o que obrigou esta última a mudar o endereço de seu empreendimento, de modo que a apelante seria então agressora e não vítima.

Os dois boletins de ocorrência (f. 19/20) foram registrados com base em declarações unilaterais da autora/apelante em face da ré/apelada e não encontram lastro nas demais provas dos autos.

As alegações das partes e todos os elementos de prova existentes nos autos levam ao convencimento de que a apelante foi muito feliz em seu casamento e não se conformou com o rompimento, procurando então o ex e a apelada para obter satisfações e manifestar de sua contrariedade, havendo daí agressões e ofensas recíprocas, o que também não enseja indenização por danos morais.

Com isso, diante do exposto, conheço e nego provimento ao recurso de apelação, mantendo incólume a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa 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, MS, 19 de dezembro de 2013.

4ª Seção Cível**Mandado de Segurança n. 4013542-56.2013.8.12.0000 - Campo Grande****Relator Des. Sideni Soncini Pimentel**

EMENTA—MANDADO DE SEGURANÇA—RESERVA DE VAGAS PARA CANDIDATOS QUE SE DECLARAREM NEGROS – POSSIBILIDADE DE RESERVA POR CIDADE OU REGIÃO – LEGALIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO – DISTRIBUIÇÃO DE VAGAS EM CONCURSO PÚBLICO – ATO DISCRICIONÁRIO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM DENEGADA.

A disponibilização de vagas em concurso público para aqueles que se declaram da “raça” negra é ato que depende exclusivamente de juízo de oportunidade e conveniência da Administração Pública, ato discricionário, portanto. É admitida, por disposição expressa de lei, a reserva de 10% das vagas por cidade ou região. Ademais, o princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da Constituição Federal, não permite que o Poder Judiciário faça as vezes de Administrador e diga quantas vagas deverão ser disponibilizadas para a realização do referido curso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, MS, 24 de fevereiro de 2014.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator.

RELATÓRIO

Des. Sideni Soncini Pimentel.

Laís Lopes de Oliveira impetrou Mandado de Segurança contra ato praticado pelo Secretario de Estado de Administração do Estado de Mato Grosso do Sul e Outro, que deixou de convocá-la para o exame psicotécnico no Concurso Público para Ingresso no Curso de Formação de Soldados da Polícia Militar. Alega concorrer às vagas destinadas aos negros (10%). Aduz que foram disponibilizadas 524 vagas no total, das quais 105 são destinadas às mulheres. Alega ter alcançado o 2º lugar na classificação das candidatas negras que optaram pelo Município de Campo Grande, sendo que 6 vagas eram reservadas a elas e apenas 1 foi convocada. Destaca que o edital prevê a convocação de candidatos classificados até o número equivalente a 3 vezes o número de vagas oferecidas, para realizar a segunda etapa. Conclui, assim, que deveriam ser convocadas 156 candidatas negras, posto que atingiu 46 pontos na prova objetiva, o que a coloca em 2º lugar na classificação. Destaca que mesmo adotada a interpretação dada pelas autoridades apontadas como coatoras, no sentido de que a reserva de 10% deve ser aplicada por município e gênero, ainda assim teria direito à convocação, considerando a regra de 3 candidatos por vaga. Requer a concessão da segurança para o fim de reconhecer seu direito a concorrer com os demais candidatos aprovados.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 307-308). O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou informações, pleiteando a denegação da segurança (f. 321-339). O Ministério Público opinou pela denegação da segurança (f. 383-384).

VOTO

Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

Admito o ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul no pólo passivo da presente lide. Anote-se.

Pretende a impetrante a concessão da ordem para compelir a autoridade apontada como coatora a submetê-la ao exame de aptidão mental e, caso considerada apta, prosseguir no certame (concurso público para ingresso no curso de formação de soldado PM), tendo em vista o direito às vagas reservadas à negros, prerrogativa que lhe foi assegurada. Para tanto, sustenta que o concurso prevê 524 vagas, das quais 10% é reservada a negros. Assenta que o item 9.1 do edital determina a convocação de 3 candidatos por vaga oferecida, de sorte que deveriam ser convocados 156 candidatos para o exame de aptidão mental. Esclarece, ainda, que o edital distinguiu também vagas para mulheres e por região. Partido dessas premissas, conclui que 6 vagas estariam reservadas às mulheres negras que optaram por Campo Grande e que, tendo alcançado o 2º lugar na classificação, teria direito líquido e certo a prosseguir no certame.

A impetração é improcedente. A pretensão inicial escora-se na tese de ilegalidade de ato administrativo que convocou os candidatos aprovados na prova objetiva do concurso para ingresso nas fileiras da polícia militar para a fase de aptidão mental, devido exclusão da ora impetrante.

Contudo, o ato está em perfeita consonância com as normas constantes do edital, da Lei Estadual 3.594/08 e Decreto 13.141/11, que a regulamentou.

Em conformidade com o edital acostado com a inicial, o certame prevê 524 vagas, sendo 419 destinadas ao sexo masculino e 105 para o feminino (item 1.1, f. 24). O edital também prevê reserva de 10% das vagas aos candidatos que se declararem negros, em igualdade de condições com os demais candidatos, inclusive quanto aos critérios de classificação (item 3.4, f. 24-25).

O item 9.1 do edital estabelece a convocação de 3 candidatos por vaga oferecida, conforme consta do item 1.1 (f. 36), incluídos os candidatos beneficiados com reserva de vagas.

Nesse sentido, dada a relevância, transcrevo o dispositivo:

“9.1. Serão convocados, mediante edital, para realização do Exame de Aptidão Mental (Exame Psicotécnico) os candidatos aprovados na Prova Escrita Objetiva, na proporção de 3 (três) candidatos por vaga oferecida, conforme consta no item 1.1, obedecendo do rigorosamente a ordem de classificação publicada no Edital, e o estabelecido no item 8.5.1, incluindo os candidatos do programa de reserva de vagas que obtiveram parecer favorável na entrevista de verificação, observada esta proporção.”

Pois bem, o edital previa a existência de 6 vagas para o sexo feminino para a cidade de Campo Grande (f. 57). De sorte que, aplicando-se a cláusula de barreira constante do item 9.1 do certame, transcrito, foram convocados 18 candidatas para a segunda fase do certame. Aplicando-se a reserva de 10% tem-se que apenas 1 candidata que se declarou negra deveria ser convocada para a fase seguinte.

Essa divisão de vagas por cidade é amplamente admitida pelo ordenamento jurídico e tem previsão expressa no Decreto Estadual n. 13.141/2011:

“Art. 1º. Ficam reservadas 10% (dez por cento) e 3% (três por cento), respectivamente, para negros e índios, das vagas oferecidas em todos os concursos públicos realizados pelo Poder Executivo Estadual para provimento de cargos e empregos públicos da administração direta e indireta.

(...)

*§ 2º. Nos editais de concursos públicos deverá constar a previsão de reserva de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento) das vagas oferecidas, respectivamente, para negros e índios entre os candidatos aprovados, por cargo, **função e por localidade** (destaquei), quando for o caso.”*

Essa orientação foi adotada por esta Corte:

“MANDADO DE SEGURANÇA VAGA PARA NEGRO EM CONCURSO PÚBLICO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO PRELIMINAR REJEITADA POLÍTICA DE COTAS, ISONOMIA E INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REGIONALIZAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO SEGURANÇA DENEGADA. A impetração de mandado de segurança objetivando nomeação de candidata em concurso público pela regra da reserva de vagas destinadas a negros, e não contra a ordem de classificação geral do certame, afasta o litisconsórcio passivo necessário dos demais candidatos. A política de cotas em concurso público busca dar efetividade à isonomia, mediante adoção de medidas discriminatórias em favor das minorias e dos socialmente desfavorecidos, mas referidas medidas não podem ir ao ponto de inviabilizar, por completo, a participação de outros candidatos em concurso público. De fato, o concurso público propicia um encontro de interesses, de um lado, da Administração Pública, que procura selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas, e, de outro, dos candidatos, que almejam ocupar referidos cargos e funções. A política de cotas em concurso público constitui, a rigor, uma vantagem a mais concedida a pessoas que se enquadram em alguma dessas categorias, em detrimento daquelas que não se encaixam em nenhuma delas. Trata-se, então, de uma oportunidade a mais propiciada aos socialmente desfavorecidos. Ressalte-se, porém, que o candidato não está obrigado a se valer dessa prerrogativa. Ele só a utiliza se assim lhe convier. Mas, evidentemente, tal vantagem, tal oportunidade não tem natureza absoluta, nem se destina a atender exclusivamente aos interesses das minorias, devendo ser oferecida apenas na medida em que seu manejo não inviabilize a participação de outros candidatos nem se afaste do interesse da Administração Pública. É lícita a adoção do critério de regionalização nos concursos públicos, mediante distribuição das vagas por pólos.”. (TJMS. Mandado de Segurança N. 4007961-60.2013.8.12.0000 Campo Grande. Rel. Des. Josué de Oliveira. Órgão Especial. Julgado em 2 de outubro de 2013).

Bastante pertinente a lição de José dos Santos Carvalho Filho sobre o tema:

“Com efeito, o controle de mérito é privativo da Administração Pública e, logicamente, não se submete à sindicabilidade no Poder Judiciário. A razão é simples. Se esse controle tem por objeto a avaliação de condutas administrativas, há de traduzir certa discricionariedade atribuída aos órgãos administrativos. Somente a estes incumbe proceder a essa valoração, até porque esta é inteiramente administrativa. Ao Judiciário somente é cabível o controle de legalidade, vez que constitui sua função decidir sobre os confrontos entre as condutas administrativas e as normas jurídicas.” (Manual de Direito Administrativo, 21ª ed., 2009, Lumen Juris, p. 897).

Sedimentou-se, nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR INATIVO. DESIGNAÇÃO PARA O SERVIÇO

ATIVO. ATO DISCRICIONÁRIO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A designação de policiais militares da reserva remunerada do Estado de Mato Grosso do Sul para o serviço ativo é ato discricionário do Governador do Estado. Inteligência da Lei Complementar Estadual 53/90 e do Decreto 9.659/99. 2. No controle dos atos discricionários, o Poder Judiciário deve, em regra, limitar-se ao exame da legalidade do ato, sendo vedada a análise dos critérios de conveniência e oportunidade adotados pela Administração. 3. Recurso ordinário improvido.” (RMS 25.001/MS, j. 18/08/2009, do qual foi relator o Min. Arnaldo Esteves Lima).

Ainda,

“RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. EXAME DE LEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL, NA VIA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO ATO DEMISSÓRIO. APLICAÇÃO PELA CORTE DE ORIGEM DA PENA DE SUSPENSÃO. JULGAMENTO ULTRA PETITA. OCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DE LEI LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. 2. Não há confundir a análise do mérito administrativo, que é de exclusividade da Administração por exigir juízo de valor acerca da conveniência e oportunidade do ato, com o exame de eventual ofensa ao princípio da proporcionalidade, que acarreta na ilegalidade e nulidade do ato e, portanto, é passível de ser examinada pelo Poder Judiciário.” (REsp 876.514/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 08/11/2010).

Também nesta Corte já se decidiu:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO – ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA – MÉRITO ADMINISTRATIVO – IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO – RECURSO IMPROVIDO. Ao administrador público incumbe a observância de todos os aspectos legais para o exercício do ato administrativo, possuindo, ainda, a discricionariedade de estabelecer critérios de oportunidade e conveniência para esta prática, sendo desuso ao Judiciário substituí-lo nesta seara.” (Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.014306-4/0000-00 - Campo Grande, Relator - Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro, 4ª Turma, j. 19.10.2010).

E mais,

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DE FECHAMENTO DE ESCOLA LOCALIZADA EM ASSENTAMENTO RURAL – NÃO DEMONSTRAÇÃO DA ILEGALIDADE DO MENCIONADO ATO – CONVENIÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DOS ALUNOS PARA OUTRA ESCOLA, MAIS DISTANTE, QUE NÃO PODE SER CENSURADA PELO PODER JUDICIÁRIO – RECURSO IMPROVIDO. O poder judiciário exerce o controle judicial sobre atos administrativos do poder executivo. A sua competência se restringe ao controle da legalidade e da legitimidade, o que não corresponde ao caso em questão, haja vista que não restou demonstrada a ilegalidade na justificativa apresentada pelo executivo municipal para o fechamento da escola, com o consequente remanejamento dos alunos para uma unidade melhor equipada para receber o corpo discente. Impedir o fechamento da escola sem a demonstração da ilegalidade do ato implica em censurar o mérito administrativo, ou seja, implica em substituir o administrador na conveniência e oportunidade do fechamento da unidade em questão.” (Apelação Cível - Lei Especial - N. 2010.022881-2/0000-00 – Itaquiraí, Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, 5ª Turma, j. 16.9.2010).

Dessarte, a disponibilização de vagas para aqueles que se declaram da “raça” negra em concurso público é ato que depende exclusivamente de juízo de oportunidade e conveniência da Administração Pública, ato discricionário, portanto.

É admitida, por disposição expressa de lei, a reserva de 10% das vagas por cidade ou região.

Ademais, o princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da Constituição Federal, não permite que o Poder Judiciário faça as vezes de Administrador e diga quantas vagas deverão ser disponibilizadas para a realização do referido curso.

Posto isso, com o parecer, denego a segurança. Sem custas e sem honorários, porque incabíveis na espécie (Súmulas nºs. 105/STJ e 512/STF).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

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, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, MS, 24 de fevereiro de 2014.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0820416-26.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CERCEAMENTO DE DEFESA - AFASTADO – PLANTAÇÃO DE CANA-DE-AÇÚCAR - ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS-TEORIA DA IMPREVISÃO REJEITADA – MULTA DE 10% EXPRESSAMENTE CONTRATADA – REDUÇÃO INDEFERIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM AÇÃO EXECUTIVA – BASE DE CÁLCULO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

1. Não há se falar em cerceamento de defesa quando constatado que ainda que fossem produzidas prova oral não se alteraria os fundamentos da sentença.

2. Em se tratando de atividade de plantação de cana-de-açúcar, as alterações do clima por si só não constituem fato imprevisível, principalmente quando a região de plantio é conhecida por apresentar, em alguns períodos, forte onda de frio (geada) e chuvas em excesso.

3. Verificando-se que a multa de 10% foi previamente estipulada entre as partes para o caso de não haver pronto pagamento, não restando demonstrada a concordância da credora quanto a sua isenção, ainda que o atraso fosse de apenas alguns dias, o que não é o caso (mais de 100 dias), devida se mostra a aplicação da penalidade sobre a parcela vencida em 15/06/2012 e também sobre a parcela com vencimento para 15/12/2012, em razão da sua antecipação e consecutiva propositura de ação executiva. E nem se diga que no caso em tela aplicar-se-ia o disposto no art. 413 do CC, (redução equitativa da multa) em razão do cumprimento da maior parte da obrigação, uma vez que, como bem ressaltado pelo juiz *a quo*, aludida multa incidiu apenas sobre as parcelas vencidas e não sobre a totalidade do contrato.

4. Finalmente, constatado que por ocasião da propositura da ação executiva e também do despacho de f. 224, onde foram fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da execução, encontrava-se em aberto não só a parcela com vencimento em 15/06/2012, mas também a parcela de 15/12/2012, vencida antecipadamente, acrescida dos respectivos encargos, não merece prosperar a alegação de que o percentual de 10% fixado na execução deveria incidir apenas sobre o valor de R\$ 49.539,63, correspondente a 108 dias de atraso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 3 de outubro de 2013.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator.

RELATÓRIO

Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tonon Bioenergia S/A e Tonon *Holding* S/A, interpuseram recurso de Apelação em face de Energética Santa Helena Ltda, objetivando a reforma da sentença que rejeitou os embargos à execução. Sustentaram, preliminarmente, cerceamento de defesa, uma vez que restou indeferida a produção de prova testemunhal, único meio jurídico pelo qual provariam a ocorrência de geadas acima da média histórica e o excesso de chuvas, que atingiram a plantação de cana-de-açúcar, resultando em perda da produtividade. No mérito, alegaram a ocorrência de evento extraordinário (força maior), em razão da queda brusca de mais de 20% da produção, refletindo no fluxo de caixa da apelante; que o pequeno atraso no cumprimento da obrigação não justifica a cobrança desproporcional da multa de 10% sobre o valor da sexta e sétima parcela; que houve composição entre as partes, de forma extrajudicial, em relação a sexta parcela vencida em 15/06/2012, com o depósito na conta da apelada em 01/10/2012, oportunidade em que as apelantes desconheciam a propositura da presente ação e que não há se falar em mora contratual. No mais, insurgiram-se contra a fixação dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor dado à execução; que eventual condenação das apelantes deverá incidir sobre o período em que ocorreu o atraso, ou seja, de 15/06/2012 a 31/09/2012, somando 108 dias – R\$ 49.539,63. Prequestionaram os arts. 5º, *caput*, LIV e LV, da Cf; arts. 393, 401, I, 413, 1.425, III, todos do CC. Ao final, requereram o provimento do recurso, com a anulação da sentença, por cerceamento de defesa, ou ainda, que seja afastada a cobrança da multa de 10%, correção monetária, mora e honorários advocatícios, e, subsidiariamente, a redução da multa em até 0,5%, bem como o arbitramento dos honorários advocatícios no mínimo legal.

Em contrarrazões, a apelada requereu o improvimento do recurso.

VOTO

Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator).

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Tonon Bioenergia S/A e Tonon *Holding* S/A em face de Energética Santa Helena Ltda, objetivando a reforma da sentença que rejeitou os embargos à execução.

Do cerceamento de defesa

Sustentam as apelantes que o indeferimento da produção de prova testemunhal ocasionou enorme prejuízo a sua defesa, uma vez que pretendiam comprovar a ocorrência de geadas acima da média histórica e o excesso de chuvas, que atingiram a plantação de cana-de-açúcar, resultando em perda da produtividade, refletindo diretamente no fluxo de caixa.

Ao sentenciar o feito, o juiz *a quo* destacou:

“No que interessa a isenção dos encargos pelo fundamento da teoria da imprevisão, mais uma vez as embargantes não tem êxito, por que estando suas atividades relacionadas ao cultivo da cana de açúcar, não é crível desconhecerem a possibilidade de geadas em determinadas regiões de Mato Grosso do Sul, bem como de que em quase todo o país, a estação do verão resulta em grande quantidade de chuvas. É portanto risco da atividade das embargantes o fato climático e, isso não chega a excepcionalidade da força maior. A imprevisibilidade só tem espaço diante do estritamente imprevisível, eis que do contrário, estará sendo prestigiado um caráter especulativo em detrimento da boa fé contratual. As circunstâncias climáticas, não são portanto, motivos ensejadores para legitimar na excepcionalidade a inadimplência.” (f. 332).

Portanto, ainda que fossem produzidas provas orais a fim de comprovar a ocorrência de geadas e chuvas em excesso, tais provas não alterariam os fundamentos da sentença.

Em casos como este, dispõe o art. 130 do CPC:

“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” destaquei.

Diante do exposto, não merece prosperar a alegação de cerceamento de defesa.

Do mérito

Sustentam as apelantes que em razão da ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis (geada e chuvas em excesso), houve queda brusca de 20% da produção, refletindo no caixa das apelantes, o que resultou no descumprimento da obrigação assumida perante a apelada e que todo o setor sucroalcooleiro suportou prejuízos resultantes de fatores climáticos (força maior).

Como bem destacado pelo juiz *a quo*, em se tratando de atividade de plantação de cana-de-açúcar, as alterações do clima por si só não pode ser considerado fato imprevisível, principalmente quando a região de plantio é conhecida por apresentar em alguns períodos forte onda de frio (geada) e chuvas em excesso. Aliás, vale aqui destacar que a obrigação assumida com a apelada, qual seja, o pagamento de R\$ 7.000.000,00, deveria se dar em sete parcelas, sendo a primeira com vencimento para 05/11/2010 e as duas últimas para 15/06/2012 e 15/12/2012, portanto, ao vincular o cumprimento da obrigação a plantio futuro, deveriam as apelantes ter considerado a possibilidade de intempéries do tempo.

Em relação à matéria posta, este Tribunal já decidiu:

*“APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO TÍTULO EXECUTIVO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – AFASTADA – CHEQUE – CAUSA DEBENDI – IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO – PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA – NÃO INCIDÊNCIA DO CDC – AQUISIÇÃO DE INSUMOS AGRÍCOLAS – TEORIA DA IMPREVISÃO AFASTADA – RISCOS INERENTES À ATIVIDADE DE PLANTIO – CARACTERIZADA A MORA DO DEVEDOR NO ATRASO DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – JUROS DE MORA DEVIDOS – PERCENTUAL DE 1% AO MÊS - RESCISÃO OU REVISÃO CONTRATUAL INDEVIDAS – NÃO CARACTERIZADA A ABUSIVIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, sem a produção de prova pericial, quando o juiz sentenciante entender que o feito encontra-se pronto para ser julgado, dispensando as provas que entender desnecessárias para a formação de seu convencimento. Admite-se a mitigação do princípio pacta sunt servanda, revisando-se o contrato firmado entre as partes, quando evidente o confronto com o ordenamento jurídico. Não configura relação de consumo a aquisição de insumos agrícolas para investimento em atividade produtiva. A Teoria da Imprevisão como forma de revisar judicialmente o contrato somente será aplicada quando restar demonstrada a ocorrência, após a vigência do contrato, de evento imprevisível e extraordinário que onere excessivamente uma das partes contratantes e não pode ser vista como meio para se subtrair da obrigação assumida. Neste sentido, **inconstâncias climáticas não podem ser consideradas fator imprevisível na atividade agrícola**. Uma vez caracteriza a mora do devedor, este deve responder pelos encargos dela decorrentes. Os juros de mora não devem ser reduzidos para 1% ao ano, devendo tal encargo obedecer ao percentual de 1% ao mês, consoante aplicação conjunta do artigo 406 do Código Civil de 2002 e artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Não verificada a abusividade na cobrança dos encargos, não há se falar em resolução ou revisão contratual.”* (Apelação Cível 2011.007947-0. Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli. 2ª Câmara Cível. J. 09/08/2011) destaquei.

E também o STJ:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS. ART. 130 DO CPC. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. FACULDADE DO JUIZ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. TEORIA DA IMPREVISÃO. INTEMPÉRIES CLIMÁTICAS. INAPLICABILIDADE. PRODUTOR RURAL. COMPRA E VENDA DE INSUMOS AGRÍCOLAS. REVISÃO DE CONTRATO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA. COBRANÇA ABUSIVA DE JUROS. CAPITALIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. Compete ao magistrado zelar pela necessidade e utilidade da produção das provas requeridas, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil. Além disso, saber se a prova cuja produção fora requerida pela parte é ou não indispensável à solução da controvérsia, de modo a permitir ou não o julgamento antecipado da lide, é questão que exige o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a atrair o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica em afirmar que a Teoria da Imprevisão como forma de revisão judicial dos contratos somente será aplicada quando ficar demonstrada a ocorrência, após a vigência do contrato, de evento imprevisível e extraordinário que onere excessivamente uma das partes contratantes, **não se inserindo nesse contexto as intempéries climáticas**. 3. “Esta Corte Superior consolidou o entendimento no sentido de que no contrato de compra e venda de insumos agrícolas, o produtor rural não pode ser considerado destinatário final, razão pela qual, nesses casos, não incide o Código de Defesa do Consumidor” (AgRg no AREsp 86.914/GO, Relator o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 28/6/2012). 4. O Tribunal a quo, com base no suporte fático-probatório dos autos, foi categórico em afirmar a inexistência de capitalização de juros. Desse modo, a alteração do julgado, quanto ao ponto, encontra óbice nas Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 155.702/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 27/06/2013) destaquei.*

Daí que não merece prosperar a arguição da Teoria da Imprevisão, como forma de ilidir o inadimplemento contratual.

Já no que se refere a aplicação da multa de 10% sobre as duas últimas parcelas, consta dos autos que em razão do não pagamento da parcela com vencimento para 15/06/2012, a credora propôs ação de execução em 30/08/2012. Em 01/10/2012, as apelantes depositaram na conta da apelada o valor da parcela vencida, ou seja, R\$ 625.000,00, sem qualquer acréscimo. Apesar das apelantes terem afirmado que o depósito se deu em razão de negociação com a credora, esta negou qualquer isenção em relação aos encargos moratórios (f. 285).

Ao sentenciar o feito, o juízo *a quo* consignou:

“Quanto aos encargos da mora, estão todos estabelecidos no contrato e não há que se cogitar de redução proporcional, porque no caso a multa toma em conta o valor da parcela inadimplida e não, um índice sobre todo o contrato. Trata-se portanto, de específico apenamento previamente ajustado entre as partes.” (f. 332)

De fato, em consonância com a cláusula 2.2, restou avençado:

“O descumprimento de qualquer uma das parcelas descritas acima, acarretará o vencimento antecipado das demais com o pagamento pela “TONON BIOENERGIA ou CESSIONÁRIA” de multa contratual no valor equivalente a 10% (dez por cento) do saldo remanescente, bem como em pagamento de juros de 1% (um por cento) ao mês, mais correção monetária, sem prejuízo da possibilidade da “TAG AGRÍCOLA ou CEDENTE” rescindir o presente instrumento.” (f. 250)

Daí que, tratando-se de pena previamente estipulada entre as partes para o caso de não haver pronto pagamento, não restando demonstrada a concordância da credora quanto a sua isenção, ainda que o atraso fosse de apenas alguns dias, o que não é o caso (mais de 100 dias), devida se mostra a aplicação da multa no percentual de 10% sobre a parcela vencida em 15/06/2012 e também sobre a parcela com vencimento para 15/12/2012, em razão da sua antecipação e consecutiva propositura de ação executiva.

E nem se diga que no caso em tela aplicar-se-ia o disposto no art. 413 do CC, (redução equitativa da multa), em razão do cumprimento da maior parte da obrigação, uma vez que, como bem ressaltado pelo juiz *a quo*, aludida multa incidiu apenas sobre as parcelas vencidas e não sobre a totalidade do contrato.

Finalmente, alegam as embargantes que os honorários advocatícios fixados no percentual de 10% na ação executiva deveriam incidir sobre o período em que ocorreu o atraso, ou seja, de 15/06/2012 até 31/09/2012, somando 108 dias, o que equivaleria a R\$ 49.539,63, e não sobre o valor da execução – R\$ 1.393.920,59.

Razão alguma assiste às apelantes, uma vez que, conforme já apurado anteriormente, por ocasião da propositura da ação executiva e também do despacho de f. 224, onde foram fixados os honorários advocatícios, encontrava-se em aberto a parcela com vencimento em 15/06/2012, ensejando no vencimento antecipado da parcela de 15/12/2012, acrescido dos respectivos encargos, cujo montante alcançou a cifra de R\$ 1.393.920,59 (f. 222).

Feitas essas considerações, dou por analisado explícita ou implicitamente a matéria prequestionada.

Posto isto, conheço do presente recurso de apelação, porém, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, MS, 03 de outubro de 2013.

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0004575-54.2008.8.12.0004/50001 - Amambai
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA - AGRAVO INTERNO – COBRANÇA – PLANO DE SAÚDE – CIRURGIA BARIÁTRICA – AUSÊNCIA DE CUNHO ESTÉTICO – NEGATIVA DA COBERTURA INDEVIDA – DEVER DE REEMBOLSO RECONHECIDO.

É de ser mantida a decisão monocrática que negou seguimento ao recurso de apelação, quando as razões expostas no recurso de agravo interno são insuficientes para alterar o entendimento nela exposto.

Provimento negado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, MS, 25 de fevereiro de 2014.

Juiz Vilson Bertelli – Relator.

RELATÓRIO

Juiz Vilson Bertelli.

Unimed Dourados - MS - Cooperativa de Trabalho Médico interpôs agravo interno contra a decisão monocrática que negou seguimento ao recurso de apelação, mantendo a condenação da ré-agravante ao pagamento da quantia de R\$ 12.073,00, referente aos gastos suportados pela autora para a realização da cirurgia bariátrica.

Em suas razões recursais, alegou que o julgamento da apelação pelo relator não observou os ditames do artigo 557 do Código de Processo Civil. Requeveu o prequestionamento de diversos dispositivos legais.

VOTO

Juiz Vilson Bertelli (Relator).

O agravante alega violação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, por entender que não foram citados precedentes suficientes para justificar o julgamento monocrático.

Em que pese as alegações do agravante, o *caput* do 557 do Código de Processo Civil dispõe claramente que o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou

em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

No caso, conforme se extrai da decisão agravada, a matéria vertida nos autos encontra-se sedimentada neste Tribunal de Justiça e em outros Tribunais Estaduais, o que autoriza a aplicação do dispositivo legal citado, para, antevendo o desfecho que seria conferido pelo julgamento colegiado, negar seguimento de plano ao agravo de instrumento em confronto com a jurisprudência dominante desta Corte.

Assim sendo, não se verifica a nulidade alegada. As razões expostas no apelo são insuficientes para modificar a decisão monocrática proferida nos termos seguintes:

“Trata-se de recurso de apelação interposto pela Unimed Dourados - MS - Cooperativa de Trabalho Médico contra a sentença que julgou procedente o pedido de cobrança formulado por Neli Maria Moresche Soares, para condenar a ré-apelante ao pagamento da quantia de R\$ 12.073,00, referente aos gastos suportados pela autora para a realização da cirurgia bariátrica.

A controvérsia cinge-se em verificar a legalidade da negativa da ré-apelante em custear a realização da cirurgia bariátrica indicada para o tratamento da obesidade mórbida associada à hipertensão e artrose nos joelhos que acomete a autora-apelada.

Inicialmente, cumpre destacar que incidem as normas de proteção ao consumidor ao contrato de adesão entabulado entre as partes, haja vista que a avença estabelece o fornecimento oneroso de serviços médicos ao autor e aos demais usuários do plano de saúde na condição de destinatários finais.

Não cabe à ré invocar sua natureza de cooperativa para afastar o risco da atividade por ela desenvolvida. O caráter de associação civil da Unimed não retira da atividade por ela desenvolvida (prestação de serviços médico-hospitalares) a natureza de plano de saúde, nem mesmo o caráter consumerista da relação firmada com seus associados.

Dessa forma, os planos de saúde submetem-se às regras do Código de Defesa do Consumidor; inclusive no que se refere à interpretação das cláusulas contratuais da maneira mais favorável ao consumidor.

Logo, deve-se repelir do contrato firmado entre as partes toda e qualquer cláusula que implique em contrariedade à boa-fé e ao equilíbrio contratual. E mais: é necessário observar que o contrato de serviços de saúde tem por finalidade a transferência de riscos inerentes à futura necessidade médica ou hospitalar e sua efetiva cobertura, razão pela qual o consumidor cumpre rigorosamente as normas pré-estabelecidas no contrato para, nas hipóteses de necessidade, obter a sua contraprestação almejada.

Nesse contexto, não há como afastar a cobertura para a cirurgia bariátrica realizada pela autora após recomendação médica, pois o conjunto fático-probatório bem demonstra a natureza de tratamento médico (e não meramente estético) que lhe foi indicado.

Conforme se observa dos atestados e laudos médicos que acompanham a inicial, a autora-apelada era portadora de obesidade grau 3, com índice de massa corporal equivalente a 44,9 kg/m² e artrose dos joelhos agravada pelo excesso de peso. Diante desse quadro clínico, a não cobertura da intervenção cirúrgica pleiteada não encontra justificativa na cláusula genérica que impede o custeio de “tratamentos para emagrecimento” pelo plano de saúde.

A cirurgia bariátrica era medida necessária para o restabelecimento da saúde da autora; não tinha por finalidade primordial o emagrecimento. Logo, o procedimento inseria-

se na cláusula contratual que estabelece cobertura para cirurgias gastroenterológica, tendo a apelante violado as disposições contratuais e os deveres laterais de lealdade e boa-fé ao recusar o custeio do tratamento.

Assim, não merece reforma a sentença que julgou procedente o pedido formulado na inicial, para condenar a ré-apelante a restituir para a autora as despesas decorrentes do procedimento cirúrgico cuja cobertura foi indevidamente negada.

ANTE O EXPOSTO, com fundamento no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil e dadas as peculiaridades do caso, nego provimento ao recurso de apelação.”

Em relação ao valor do reembolso, cumpre anotar que não houve controvérsia sobre essa questão no juízo de origem. O agravante não impugnou a quantia pretendida pela autora na contestação, do que decorre a presunção de veracidade dos gastos mencionados na inicial.

Não fosse isso bastante, o dever de reembolsar integralmente dos valores despendidos pela autora decorrem da inércia da operadora do plano de saúde em autorizar o custeio do tratamento oportunamente. Tivesse a agravante autorizado a cobertura contratual, certamente teria pago ao hospitais e aos profissionais da saúde os valores acordados com o convênio. Não tendo agido dessa forma, deverá devolver à consumidora todos os valores desembolsados por ela no tratamento realizado na condição de paciente não assistido por plano de saúde, no montante de R\$ 12.073,00.

Finalmente, todas as questões de direito pertinentes às matérias veiculadas na presente demanda foram analisadas em decisão fundamentada. Não está o julgador obrigado a rebater um a um os argumentos do recorrente para fins de préquestionamento.

Ante o exposto, nego provimento agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos Jose de Brito Rodrigues.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Vilson Bertelli, Des. Atapoã da Costa Feliz e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, MS, 25 de fevereiro de 2014.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0013261-75.2007.8.12.0002 - Dourados
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO – DESPEJO – DENÚNCIA VAZIA – CONTRATO DE LOCAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO – AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE – NOTIFICAÇÃO DO LOCATÁRIO – AUSÊNCIA DE DESOCUPAÇÃO VOLUNTÁRIA – ORDEM DE DESPEJO CONCEDIDA.

Não é abusiva a cláusula que estabelece a locação não-residencial por prazo indeterminado.

Demonstrada a denúncia do contrato, por escrito, pelo locador, e tendo sido concedidos ao locatário trinta dias para a desocupação, deve ser mantida a sentença que decretou o despejo.

Recurso concedido e 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, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 18 de fevereiro de 2014.

Juiz Vilson Bertelli – Relator.

RELATÓRIO

Juiz Vilson Bertelli.

Stefanello & Cia Ltda interpôs recurso de apelação contra a sentença (f. 96/98) que julgou procedente o pedido formulado por Ipiranga Produtos de Petróleo S.A., para decretar a extinção da locação e determinar o despejo da ré-apelante do prédio locado, com base nos artigos 9º, II, e 57 da Lei n. 8.245/91.

Em suas razões recursais (f. 109/118), o apelante arguiu a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, por entender que a produção de provas em audiência era imprescindível para esclarecer os termos do contrato que rege a relação jurídica entre as partes. Sustentou a abusividade da cláusula contratual que declarou a locação vigente por tempo indeterminado, impedindo a propositura de ação renovatória de locação. Alegou que não sabe qual instrumento contratual rege a locação atualmente, uma vez que as partes firmaram um contrato no ano de 1994 e outro no ano de 2003. Requereu o prequestionamento do artigo 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal.

Contrarrazões às f. 142/175.

VOTO

Juiz Vilson Bertelli (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Stefanello & Cia Ltda contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado por Ipiranga Produtos de Petróleo S.A., para decretar a extinção da locação e determinar o seu despejo do prédio locado, com base nos artigos 9º, II, e 57 da Lei n. 8.245/91.

O apelante arguiu a nulidade da sentença, por entender que o julgamento antecipado da lide impossibilitou a produção de provas imprescindíveis para a solução da controvérsia, em cerceamento ao seu direito de defesa.

No entanto, o destinatário final da prova é o juiz, a quem cabe avaliar a conveniência e a necessidade da produção de determinada prova, advindo daí a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias, em consonância com o artigo 130 do Código Processo Civil.

O apelante argumenta de forma bastante genérica sobre a necessidade de provas para esclarecer os termos do contrato que regula a locação. Ocorre que os contratos celebrados entre as partes estão acostados aos autos. Aliás, o próprio apelante reconhece que a segunda avença, firmada no ano de 2003, é em tudo semelhante ao instrumento contratual celebrado em 1994. Nesse contexto, sequer é possível vislumbrar as razões porque seria necessária a designação de audiência.

Além disso, era facultado ao juiz conhecer diretamente do mérito, em conformidade com o artigo 330, II, do Código de Processo Civil, em vista da intempestividade da resposta apresentada pelo apelante e da consequente aplicação dos efeitos da revelia.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade de sentença por cerceamento de defesa.

Quanto à dúvida do apelante a respeito do contrato em vigor, cumpre reiterar que os instrumentos contratuais celebrados entre as partes em 1994 (f. 11/18) e 2003 (51/61) são extremamente parecidos e ambos estabeleceram a vigência da locação por prazo indeterminado, facultando a ambos os contratantes dar por finda a avença, mediante simples notificação extrajudicial dirigida ao outro com antecedência de 30 (trinta) dias. Logo, não há prejuízo ao direito de retomada do locador ou ao direito de defesa do réu.

Não se revela abusiva a cláusula contratual que determinou a vigência da locação por prazo determinado.

Cláusulas abusivas são aquelas opressivas, vexatórias, excessivas, que implicam claro e injustificado desequilíbrio entre os direitos e obrigações dos contratantes. No caso, as cláusulas que estabelecem a locação por prazo indeterminado não impõe onerosidade excessiva a nenhum dos contratantes. Ao contrário, é uma cláusula costumeiramente pactuada em contratos de locação e que encontra respaldo no artigo 57 da Lei n. 8.245/91. Outrossim, denota simples acerto visando atender às peculiaridades do negócio e aos interesses dos contratantes.

Portanto, diante da denúncia por escrito, pelo locador, do contrato de locação por prazo indeterminado, e tendo sido concedidos ao locatário trinta dias para a desocupação, deve ser mantida a sentença que decretou o despejo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Vilson Bertelli, Des. Atapoã da Costa Feliz e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, MS, 18 de fevereiro de 2014.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0108336-18.2005.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Juiz Vilson Bertelli

EMENTA – USUCAPIÃO – EMBARGOS DE TERCEIRO – AUSÊNCIA DE POSSE COM ÂNIMO DE DONO – SUBSISTÊNCIA DA HIPOTECA E DA PENHORA.

01. A partilha amigável dos bens deixados pelo *de cujus*, na qual o domínio do imóvel usucapiendo foi transmitido ao réu com a anuência do autor, afasta a alegação de posse mansa, pacífica e com ânimo de dono, tornando inviável o reconhecimento da usucapião.

02. Eventual posse de terceiros não tem nenhum efeito em relação ao credor hipotecário.

Recurso conhecido e 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, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, MS, 11 de fevereiro de 2014.

Juiz Vilson Bertelli – Relator.

RELATÓRIO

Juiz Vilson Bertelli.

Antônio Lino Pereira Neto interpõe recurso de apelação contra a sentença (f. 468/473) que julgou improcedente o pedido de usucapião do imóvel e improcedente o pedido de levantamento de penhora formulado nos embargos de terceiro autuados em apenso.

Em suas razões recursais, o apelante sustenta que o julgamento antecipado da lide cerceou o seu direito de defesa, pois manifestou interesse em produzir provas testemunhais e periciais para comprovar o tempo de posse mansa e pacífica e o *animus domini*. Sustenta que exerce a posse justa do imóvel usucapiendo há mais de vinte anos e que a hipoteca e a penhora gravadas sobre o imóvel não interromperam a prescrição aquisitiva. Defende a existência dos requisitos para a usucapião. Assevera que a sua posse legítima e a turbação decorrente da penhora implicam a procedência do pedido formulado em embargos de terceiro. (f. 477/520).

Contrarrazões às f. 525/536.

VOTO

Juiz Vilson Bertelli (Relator).

O recurso de apelação foi interposto contra a sentença que julgou improcedente o pedido de usucapião do imóvel rural denominado “Fazenda Cascatinha”, de propriedade de Amércio Rezende de Oliveira e gravado de hipoteca em favor de Betty Alves Corrêa, assim como julgou improcedente o pedido de levantamento da penhora incidente sobre esse bem, formulado nos embargos de terceiro opostos pelo apelante contra a credora hipotecária.

I. Da preliminar de nulidade da sentença

Inicialmente, não prospera a preliminar de nulidade da sentença em virtude de cerceamento de defesa.

O magistrado tem o poder-dever de julgar a lide se verificar que não há necessidade de produção de outras provas. Incumbe ao juiz zelar pela rápida solução do processo, de modo que a dilação probatória só deve ocorrer após a análise de sua pertinência, no confronto com os fatos controversos e das demais provas já produzidas.

No caso, as provas trazidas aos autos já se mostram suficientes para a solução do conflito, tornando desnecessária a produção de outras provas em audiência.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

II. Da ação de usucapião

Na inicial, o autor alega que exerce a posse da área rural descrita nos autos desde meados de 1980. Reconhece que o domínio do imóvel foi transmitido ao réu por força de sentença de partilha no dia 05/07/1985, mas afirma que continuou a exercer a posse mansa e pacífica e com ânimo de dono do bem que coube ao seu irmão.

Não obstante suas alegações, os elementos probatórios existentes nos autos demonstram que o autor-apelante não se encontra na posse do imóvel usucapiendo com ânimo de dono e pelo tempo necessário para a aquisição do domínio por usucapião extraordinária.

O autor e o réu são irmãos e restou incontroverso nos autos que o bem objeto do pedido de usucapião integrava um acervo hereditário do qual figuravam como herdeiros.

Nos termos do parágrafo único do artigo 1.791, até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio. Outrossim, até julho de 1985, as partes eram condôminas do imóvel descrito na inicial.

É pacífico na jurisprudência que, a despeito do disposto no artigo 1.199 do Código Civil, admite-se excepcionalmente a usucapião entre condôminos quando a posse exclusiva de um dos condôminos/herdeiros sobre a coisa comum manifesta-se claramente aos demais condôminos, durante todo o lapso temporal exigido em lei. Nesse caso, deve estar evidenciado que o usucapiente não reconhece a soberania alheia ou a concorrência de direitos sobre a coisa comum, a fim de evitar surpresas. O que não se pode admitir é que em situações normais, nas quais um dos irmãos co-herdeiros ocupa o imóvel com aquiescência dos demais, converta-se a propriedade sem dar aos condôminos a oportunidade de interromper a prescrição aquisitiva.

No julgamento do Resp 668.131/PR, o Superior Tribunal de Justiça bem esclareceu que a comunhão pode deixar de existir de fato quando o condômino tem a posse manifesta e exclusiva e com animo de dono:

“O regime de condomínio, contudo, é posto de lado no momento em que houver de fato a posse exclusiva por parte de um só condômino, que passa a ter a coisa como sua (“pro suo”), com exclusão dos demais, agindo, inclusive, por meio de uma série de atos indicativos de seu animus domini a fim de afastar por completo qualquer ato passível de ser interpretado como ato praticado em nome da coletividade. Isso porque, muito embora a comunhão continue a existir de direito, ela deixou de existir de fato. (Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado, p. 124/128)”.

No caso, contudo, não há mínimos indícios de que o autor exercia a posse exclusiva da área rural reclamada, afastando por completo eventuais direitos dos co-herdeiros, durante a tramitação do inventário.

Não fosse isso bastante, a matrícula do imóvel (f. 07) comprova que a propriedade do bem foi transmitida ao réu por força de partilha amigável no dia 05 de julho de 1985. A simples anuência do autor-apelante quanto à partilha evidencia a inexistência da posse *ad usucapionem*, visto que certamente concordou em atribuir o domínio do bem ao seu irmão.

Poder-se-ia alegar a transmutação do título da posse após a partilha. Porém, para isso seria necessária a prova da conduta inequívoca de que o autor se portava como dono do imóvel perante o esbulhado, inexistente no caso.

Ademais, o autor tinha pleno conhecimento de que o imóvel que pretende usucapir se encontra gravado por hipoteca regularmente inscrita no Cartório de Registro de Imóveis desde 02 de setembro de 1993 (f. 07-verso) e é objeto de penhora levada a efeito no dia 05 de setembro de 1996 (f. 07-verso), conforme indicam a certidão de matrícula e o fato de o réu, na ação de execução que originou a penhora, ser assistido pela esposa do apelante.

A reunião de todos estes elementos de convicção mostra claramente que o autor-apelante tinha perfeita noção dos limites sobre os quais exercia seus poderes possessórios sobre o imóvel, sabendo-os não conflitantes com os poderes inerentes à posse indireta exercida pelo réu. Assim, ainda que o tenha ocupado, o fez na qualidade de mero detentor do bem, não sendo possível o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

III. Dos embargos de terceiro

O autor da ação de usucapião autuada em apenso também ajuizou embargos de terceiro em face de Betty Alves Corrêa e Amércio Rezende de Oliveira, com o objetivo de levantar a penhora incidente sobre o imóvel que pretendia usucapir.

A improcedência do pedido de usucapião implica a inafastável improcedência do pedido de levantamento da penhora formulado nos embargos de terceiros autuados em apenso.

Com efeito, a hipoteca devidamente registrada constitui direito real de garantia com eficácia *erga omnes* que confere ao credor hipotecário o direito de sequência. Logo, sem o reconhecimento de que o apelante exerce a posse do imóvel como dono, com *animus domini*, desde a data alegada, não há que falar em levantamento da penhora em prejuízo à credora hipotecária.

A alegação do embargante de que a sua posse seria suficiente para afastar a penhora não encontra fundamentação consistente, diante do reconhecimento da natureza injusta dessa posse.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Antônio Lino Pereira Neto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Vilson Bertelli, Des. Atapoã da Costa Feliz e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, MS, 11 de fevereiro de 2014.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0002494-05.2012.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS – BLOQUEIO INDEVIDO DOS SERVIÇOS DE TELEFONIA – PORTABILIDADE NÃO REQUERIDA PELO CONSUMIDOR – PROFISSIONAL AUTÔNOMO – EXISTÊNCIA DE OUTRAS LINHAS TELEFÔNICAS PARA CONTATO – DANO NÃO COMPROVADO – MERO ABORRECIMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

O bloqueio indevido dos serviços de telefonia em razão de portabilidade realizada sem a autorização do consumidor não gera dano moral puro, devendo ser comprovado o prejuízo por, via de regra, tratar-se de mero aborrecimento possível frente a relações do cotidiano.

Havendo a publicidade de outras linhas telefônicas para contato com o profissional autônomo, não se sustenta defender a ocorrência do dano moral *in re ipsa* unicamente sob a justificativa da qualidade de sua profissão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 19 de dezembro de 2013.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator.

RELATÓRIO

Des. Vladimir Abreu da Silva.

Carlos Lucas Mali interpõe recurso de apelação, irredutível com a sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente a ação de obrigação de fazer c/c indenizatória ajuizada em face de Brasil Telecom S/A e Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A - Embratel.

Sustenta que o tempo em que teve suspenso seus serviços de telefonia e internet ocasionaram diversos prejuízos, pois é profissional autônomo e depende demasiadamente da comunicação com seus clientes.

Defende que a suspensão indevida dos serviços viola os dispositivos consumeristas, em especial se for considerado que o imbróglio surgiu justamente após a portabilidade de seu número para a segunda requerida sem sua autorização.

Aduz que a situação se enquadra nas hipóteses de dano moral puro, portanto, indenizável.

Por fim, pugna pela reforma da sentença para que seja julgada procedente a ação indenizatória.

Contrarrazões pela manutenção da decisão singular.

VOTO

Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Carlos Lucas Mali, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente a ação de obrigação de fazer c/c indenizatória ajuizada em face de Brasil Telecom S/A e Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A - Embratel.

Segundo consta, o apelante possui a linha telefônica há mais de vinte anos, sendo que 20/12/2011 o telefone de seu escritório simplesmente parou de receber e efetuar ligações, assim como houve o bloqueio de acesso à internet.

Após ter ciência que o motivo da interrupção dos serviços foram em razão da transferência de seu número para a segunda requerida, via portabilidade, tentou por diversas vezes resolver a situação, posto que a transferência teria ocorrido sem sua autorização, tendo inclusive aberto procedimento administrativo perante o Procon/MS.

Não resolvido o problema naquela esfera, ajuizou a presente ação, obtendo liminar para que os serviços fossem restabelecidos, o que efetivamente ocorreu em 10/01/2012.

Argumenta que como é autônomo (arquiteto), sua atividade restou prejudicada pelo fato de que seus contatos profissionais tinha aquela linha telefônica como referência, além do que ficou todo este tempo sem acesso a seus *emails*.

Citadas, as requeridas alegaram que o atraso ocorreu em razão da demanda administrativa, além do que teria ocorrido em período de férias/recesso de fim de ano, o que diminui consideravelmente a intensidade da queixa registrada.

O magistrado, certo de que a reclamação não ultrapassa os limites do mero aborrecimento, julgou improcedente.

Em que pese os argumentos despendidos, tenho que a sentença não merece reparos.

A existência da interrupção do serviço de telefonia e de internet é inconteste, entretanto, os documentos juntados aos autos e o tempo de interrupção do serviço de trinta dias acrescem às razões de que o fato não passou de um descontentamento previsível nas relações comerciais contemporâneas.

De modo algum está a se justificar que desmandos praticados por empresas em flagrante desrespeito às normas consumeristas não devam sofrer represálias do Judiciário, pois geradoras de danos indenizáveis, todavia, há de ser relevada as circunstâncias concretas do caso, sob pena da proteção normativa do consumidor transformar-se em verdadeiro desalento à atividade comercial, provocando assim repercussões muito mais gravosas à comunidade.

Em sua demanda, reforça a importância da linha bloqueada (3342-6114) na sua atividade comercial, sendo que seus clientes mantinham contato com ele através dela, todavia, analisando os documentos trazidos aos autos, é possível constatar que o apelante tornava pública sua atividade a seus clientes também por outras linhas de telefone: 3324-3517 e 8406-5752 (f. 33), e 342-5242 (f. 39-43).

Neste passo, simplesmente sustentar ser hipótese de dano moral puro em razão de tratar-se de profissional autônomo é um tanto temerário, necessitando da comprovação dos efetivos danos experimentados.

Ademais, não se nega que fornecedores que desrespeitam os princípios consumeristas mereçam algum tipo de repreensão, entretanto, neste caso deve ela ser alcançada apenas na esfera administrativa do Procon por falta de elementos para sua responsabilização civil.

Diante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento para manter incólume a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, MS, 19 de dezembro de 2013.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0100631-66.2005.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO – RESÍDUO CONTRATUAL – CORREÇÃO MONETÁRIA ANUAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Se há previsão contratual de saldo residual onde a correção das parcelas obedeça à periodicidade anual, a cobrança deve ser considerada legal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Quinta Turma Cível.

É considerado título executivo extrajudicial, o instrumento particular de compra e venda formulado entre as partes, que, expressamente, faz menção ao pagamento do saldo devedor residual, quando apurada a sua existência.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, MS, 23 de janeiro de 2014.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator.

RELATÓRIO

Des. Vladimir Abreu da Silva.

Wesley Marcos Santos interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou “improcedente o pedido formulado nos presentes embargos. Contudo, revejo, de ofício, a cláusula quarta, parágrafo primeiro, do contrato pactuado a fim de declarar sua ilegalidade apenas no tocante à forma de aplicação da correção monetária, afastando-se a incidência mensal, ficando estabelecida a incidência anual, determinando o prosseguimento da execução, mediante a elaboração de novo cálculo, obedecendo-se aos parâmetros ora traçados. Por conseguinte, condeno o embargante ao pagamento das custas e de honorários advocatícios, arbitrados, por equidade, em R\$ 2.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.” (f. 180).

Alega que para se chegar ao valor da dívida se faz necessário recorrer a elementos que estão fora do título executivo ou depende de acerto entre as partes.

Afirma que o contrato que embasa a inicial, contém, também, obrigações recíprocas e sucessivas, cuja certeza e liquidez, dependerá de acerto mediante processo cognitivo, para se apurar eventuais responsabilidades decorrentes do contrato, bem como o direito à devolução de parcelas já adimplidas pela outra parte.

Assevera que a inadequação não é do procedimento (CPC, art. 295, V) mas do processo, em que o caso é de carência de ação, porque a conversão do processo importaria autêntica reformulação do pedido.

Pondera que ao desacolher os embargos do devedor e determinar o prosseguimento da execução para obrigá-la a pagar quantia certa, a sentença objeto do recurso incide em manifesta violação aos arts. 929 do Código Civil de 1916 (439 do Novo CC); 125, 1ª parte, 126 (não aplicação das normas legais), 583, 614, I e 618, I (ausência de título executivo adequado a embasar a execução) do CPC.

Frisa que a sentença afrontou o princípio da segurança jurídica, desdobramento do princípio do devido processo legal, com óbvia ofensa ao art. 5º, inciso LIV, da CF.

Requer seja dado provimento ao recurso para *“acolher os embargos do devedor a fim de declarar a nulidade da execução (por ausência de título executivo líquido, certo e exigível adequado a embasar a pretensão), invertendo-se ônus da sucumbência para condenar a Apelada-embargada recorrida no pagamento das custas do processo e de honorários advocatícios a serem arbitrados consoante apreciação equitativa, nos termos do art. 20, § 4º in fine do CPC”* (f. 195).

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator).

Trata-se de apelação cível interposta por Wesley Marcos Santos em face da sentença prolatada pelo Juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou *“improcedente o pedido formulado nos presentes embargos. Contudo, revejo, de ofício, a cláusula quarta, parágrafo primeiro, do contrato pactuado a fim de declarar sua ilegalidade apenas no tocante à forma de aplicação da correção monetária, afastando-se a incidência mensal, ficando estabelecida a incidência anual, determinando o prosseguimento da execução, mediante a elaboração de novo cálculo, obedecendo-se aos parâmetros ora traçados. Por conseguinte, condeno o embargante ao pagamento das custas e de honorários advocatícios, arbitrados, por equidade, em R\$ 2.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.”* (f. 180).

Requer seja dado provimento ao recurso, para *“acolher os embargos do devedor a fim de declarar a nulidade da execução (por ausência de título executivo líquido, certo e exigível adequado a embasar a pretensão), invertendo-se ônus da sucumbência para condenar a Apelada-embargada recorrida no pagamento das custas do processo e de honorários advocatícios a serem arbitrados consoante apreciação equitativa, nos termos do art. 20, § 4º in fine do CPC”* (f. 195).

A apelada ingressou com ação de execução em face do ora apelante, objetivando o recebimento da quantia de R\$ 18.094,19 (dezoito mil, noventa e quatro reais e dezenove centavos).

Em impugnação aos embargos à execução, a apelada aduziu que *“em virtude do vencimento da última parcela do financiamento, foi apurado saldo residual, conforme previsto no parágrafo quarto da Cláusula Oitava, que resultou em um total de 47 (quarenta e sete) parcelas. Cumpre ressaltar que o saldo residual apurado foi maior; porém a cobrança está limitada a 47 (quarenta e sete) parcelas de um salário mínimo (1/3 de 141), eis que este é o teto máximo permitido no contrato (parágrafo terceiro e quarto da cláusula quarta).”* (f. 35).

A cobrança de saldo devedor residual, devidamente pactuado no contrato particular de compra e venda, é admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode averiguar dos julgados abaixo:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LEGALIDADE DA COBRANÇA DO SALDO RESIDUAL REFERENTE AO RESÍDUO INFLACIONÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ. AgRg no AREsp n. 35088/MS. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. J: 27/08/2013).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COBRANÇA DE VALOR RESIDUAL PREVISTO NO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

1.- Nos contratos de compra e venda de bem imóvel, a cobrança de resíduo ao final do período de financiamento é legal, desde que a correção seja anual e haja expressa previsão contratual, como no caso concreto. Precedentes.”

2.- Agravo Regimental improvido. (STJ. AgRg no Resp 1188773/MS. Rel. Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma. J: 06/08/2013).

Tendo em vista inúmeras e recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, é legal a cobrança do resíduo quando prevista contratualmente, onde a correção se faça nos moldes do artigo 28 da Lei n. 9.069/1995, ou seja, com periodicidade anual.

Dispõe o Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda em seu parágrafo quarto da cláusula quarta:

“CLAUSULA QUARTA: O preço certo e ajustado para esta Promessa de Compra e Venda da unidade descrita na Cláusula Segunda, é de R\$ 19.995,00 (dezenove mil, novecentos e noventa e cinco reais).

(...).

Parágrafo Quarto: - Por ocasião do pagamento integral do preço, apurar-se-á a existência ou não de resíduo, sendo certo que, se for inferior a 2% (dois por cento) do valor total do contrato, quer em favor da “VENDEDORA” ou do “COMPRADOR”, será considerado inexistente, nada podendo reclamar um do outro. Se, porém, for superior a 2% (dois por cento) será objeto de renegociação as parcelas, sempre o limite máximo da parcela prevista no parágrafo anterior; bem como o prazo não poderá ser superior a 1/3 do prazo previsto inicialmente nesta Cláusula”.

Assim, mostra-se exigível o chamado resíduo inflacionário, desde que respeitada a periodicidade anual prevista na Lei n. 9.069/1995, em seu artigo 28.

Esta 5ª Turma Cível também assim tem decidido:

“APELAÇÃO CÍVEL – INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA – FINANCIAMENTO DE IMÓVEL – TAXA DE FRUIÇÃO PELO PERÍODO DE UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL – TERMO A QUO DE INCIDÊNCIA – COBRANÇA DE RESÍDUO – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

(...)

Nos contratos de compra e venda de bem imóvel, a cobrança de resíduo ao final do período de financiamento é legal, desde que a correção seja anual e haja expressa previsão

contratual. Precedentes do STJ.” (Quinta Turma Cível – Apelação Cível – Execução – N. 2006.002842-2/0000-00 – Campo Grande – Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva).

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – RESÍDUO CONTRATUAL – CORREÇÃO MONETÁRIA ANUAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Nos contratos de compra e venda de bem imóvel, a cobrança de resíduo ao final do período de financiamento é legal, desde que a correção monetária seja calculada em periodicidade anual e haja expressa previsão contratual.” (Apelação Cível n. 2008.036463-0/0000-00 – Campo Grande – Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j. 27.8.2008).

Logo, diante da legalidade da cobrança do saldo devedor residual, não há óbice em se ingressar com a ação de execução, objetivando o recebimento desta quantia.

No presente caso, vê-se que a execução se encontra lastreada com título executivo extrajudicial, já que presente os requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade, não havendo falar, portanto, em procedência do pedido formulado nos embargos à execução, extinguindo o feito executivo.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, MS, 23 de janeiro de 2014.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0003549-88.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – PRELIMINAR REJEITADA – TRATAMENTO FISIOTERÁPICO DOMICILIAR – AUSÊNCIA DE EXCLUSÃO NO PLANO DE SAÚDE – STJ – INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Não há ofensa ao princípio da dialeticidade nos casos em que ao analisar-se o recurso interposto, é possível a compreensão do objetivo da pretensão recursal, mormente quando expostos satisfatoriamente os fundamentos que ensejariam a reforma do *decisum*.

Verificado pelo Plano de Assistência Médico-Hospitalar ao Médico Cooperado que entre os serviços prestados pela Unimed e acobertados pelo plano encontra-se a fisioterapia, não havendo nenhuma cláusula que especifique se somente as realizadas nas clínicas ou também as domiciliares, deve-se concluir que ambas estão acobertadas pelo plano de saúde da paciente.

O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que, por se tratar os contratos que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde de contrato de adesão, a interpretação das cláusulas deve ser feita de maneira mais favorável para o consumidor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, MS, 13 de março de 2014.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator.

RELATÓRIO

Des. Vladimir Abreu da Silva.

Unimed Campo Grande MS Cooperativa de Trabalho Médico interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou “procedente o pedido inicial, ratificando a antecipação de tutela de f. 31/36, e condeno a ré na obrigação de fornecer e custear à autora Antonia da Costa Franco a fisioterapia domiciliar de que esta necessita, em três sessões semanais, até que o seu médico entenda pela desnecessidade do tratamento ou até seu falecimento.

Condenou, ainda, a ré, com fundamento no art. 20 do CPC, ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios à autora, que, nos termos dos §§3º e 4º do CPC, arbitrados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Alega que nunca foi negada qualquer autorização para tratamento fisioterápico nas Clínicas e profissionais da Rede Credenciada, mas tão somente o atendimento domiciliar ao qual a autora não necessita e tampouco tem direito.

Afirma que o detentor do dever de prover assistência ilimitada à saúde é do Estado e não do plano de assistência privada escolhida pela apelada.

Assevera que a indenização por danos morais imposta no *decisum* objurgado viola o espírito da própria norma que a estabelece e mais considera que a apelante teria praticado ilicitude ao aplicar, a princípio, cláusula contratual válida.

Esclarece que a recorrida adquiriu um plano com coberturas mínimas, e nesta ação obteve ampliação de cobertura contratual de forma arbitrária, unilateral, ferindo os princípios constitucionais e sem qualquer reajuste pecuniário em sua mensalidade.

Pondera que onerar o plano de saúde, tratando-o como se ente público fosse é impor ao particular uma obrigação que constitucionalmente pertence ao Estado.

Prequestiona os arts. 5º, incisos LV, LIV e XXXVI, 6º, 196, 197, 198, 199 e 200 da CF e os arts. 1º, 6º, VIII, 47 e 118 da Lei n. 8.078/90; art. 55 da Lei n. 9.099/95; art. 269, I, do CPC; arts. 422 a 424 do CC e, por fim, art. 1º do Decreto-Lei n. 4.657/1942.

Requer seja dado provimento ao recurso, a fim de julgar improcedente o pedido formulado na presente ação, revertendo o ônus da sucumbência.

Em contrarrazões, os apelados manifestam-se, preliminarmente, pela ofensa ao princípio da dialeticidade e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

VOTO

Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator).

Trata-se de apelação cível interposta pela Unimed Campo Grande MS Cooperativa de Trabalho Médico em face da sentença prolatada pelo Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou “procedente o pedido inicial, ratificando a antecipação de tutela de f. 31/36, e condeno a ré na obrigação de fornecer e custear à autora Antonia da Costa Franco a fisioterapia domiciliar de que esta necessita, em três sessões semanais, até que o seu médico entenda pela desnecessidade do tratamento ou até seu falecimento.

Condenou, ainda, a ré, com fundamento no art. 20 do CPC, ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios à autora, que, nos termos dos §§ 3º e 4º do CPC, arbitrados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Requer seja dado provimento ao recurso, a fim de julgar improcedente o pedido formulado na presente ação, revertendo o ônus da sucumbência.

Inicialmente, torna-se necessário analisar e decidir a preliminar suscitada.

O princípio da dialeticidade encontra-se insculpido no artigo 514, inciso II, do Código de Processo Civil, o qual apregoa que a apelante deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais entenda deva ser anulada ou reformada a sentença recorrida, sem as quais o recurso não pode ser conhecido.

Contrariamente ao que aduz os apelados, ao manejar suas razões recursais, a apelante insurgiu-se, com presteza, contra os fundamentos que ensejariam a reforma da sentença, não havendo nenhuma ausência de fundamentos fáticos ou jurídicos que vicie seu pleito.

Por outro lado, mesmo que assim não fosse, havendo a possibilidade de extrair-se da essência das argumentações os fatos que ensejariam a reforma da sentença, compreendendo-se a pretensão deduzida, não incorreria em ofensa ao princípio da dialeticidade, que apenas teria lugar naqueles recursos em que as argumentações e fundamentos não sejam expostos de maneira concatenada, ou não mantenham correlação com o provimento jurisdicional.

Por tais razões, afasto a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade.

No mérito, não merece provimento o presente recurso.

Pelo que se pode observar dos autos, em especial do laudo pericial, a apelada Antonia da Costa Franco necessita de tratamento fisioterápico contínuo, para prevenção de perda de massa muscular e doenças pulmonares.

Contudo, não apresenta condições clínicas para ser retirada de seu domicílio para tratamento fisioterápico, sob o risco de piorar seu estado de saúde (f. 244).

Portanto, evidente a necessidade de que o tratamento fisioterápico seja feito no domicílio da paciente, tendo em vista o seu atual quadro clínico.

Verifica-se do Plano de Assistência Médico-Hospitalar ao Médico Cooperado que entre os serviços prestados pela Unimed e acobertados pelo plano dos apelados encontra-se a fisioterapia, não havendo nenhuma cláusula que especifique se somente as realizadas nas clínicas ou também as domiciliares, deve-se concluir que ambas estão acobertadas pelo plano de saúde da paciente.

A cláusula quinta, a qual faz menção a apelante, dispõe a não cobertura da enfermagem em caráter particular na residência ou em hospital, situação diversa a do caso em apreço, já que se trata de tratamento fisioterápico, a ser administrado pelo profissional especializado que não se trata de um enfermeiro.

Logo, o que se vê é a tentativa da apelante de se eximir de sua obrigação, sob o argumento de que o plano de saúde da apelada Antonia da Costa Franco não comporta o tratamento fisioterápico na residência da paciente.

Além disso, caso o contrato celebrado entre as partes possuísse cláusula limitativa do tratamento fisioterápico a ser realizado apenas nas Clínicas credenciadas, o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que, por se tratar de contrato de adesão, a interpretação das cláusulas deve ser feita de maneira mais favorável para o consumidor.

A propósito, confirmam-se os julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. TRATAMENTO ESSENCIAL. RECUSA. REEMBOLSO DE DESPESAS. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458, II, E 535, II, DO CPC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS MAIS FAVORÁVEIS AO CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A alegação genérica de violação aos arts. 458, II, e 535, II, do CPC convoca a incidência da Súmula 284 do STF. Precedentes. 2. O Tribunal a quo negou provimento ao

apelo interposto pela ora agravante, sob o fundamento de que, nas relações de consumo, as cláusulas limitativas de direito serão sempre interpretadas a favor do consumidor, desse modo, ao assim decidir, adotou posicionamento consentâneo com a jurisprudência desta egrégia Corte, que se orienta no sentido de considerar que, em se tratando de contrato de adesão submetido às regras do CDC, a interpretação de suas cláusulas deve ser feita da maneira mais favorável ao consumidor, bem como devem ser consideradas abusivas as cláusulas que visam a restringir procedimentos médicos. 3. O eg. Tribunal a quo seguiu a jurisprudência desta Corte no sentido de considerar que “a exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato” (Resp 183.719/SP, Relator o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 13.10.2008).

4. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ. AgRg no AREsp 279354 /DF. Rel Min. Raul Araújo. Quarta Turma. J: 17/10/2013).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AUTORIZAÇÃO. NEGATIVA DE COBERTURA. TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO DOMICILIAR. CARÁTER ABUSIVO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO CDC. SÚMULA 83/STJ. PRECEDENTES.

1. A col. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as matérias que lhe foram submetidas, motivo pelo qual o acórdão recorrido não padece de omissão, contradição ou obscuridade. Não se vislumbra, portanto, a afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2. O eg. Tribunal estadual, ao estabelecer a obrigatoriedade de o plano de saúde proceder a tratamento domiciliar, decidiu em conformidade com a jurisprudência desta Corte no sentido de considerar que “a exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato” (Resp 183.719/SP, Relator o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 13.10.2008).

3. O v. aresto atacado está assentado na afirmação de que, em se tratando de contrato de adesão submetido às regras do CDC, a interpretação de suas cláusulas deve ser feita da maneira mais favorável ao consumidor, bem como que devem ser consideradas abusivas as cláusulas que visam a restringir procedimentos médicos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no AREsp n. 292259 / SP. Rel. Min. Raul Araújo. Quarta Turma. J: 25/06/2013).

Consigne-se que, embora seja admitida, nos contratos que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor, tais cláusulas devem ser escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão.

Por fim, vale destacar, com relação ao prequestionamento, que se a questão encontra-se suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir das seguintes ementas desta Corte, *in verbis*:

“E M E N T A – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – PREQUESTIONAMENTO – MENÇÃO EXPRESSA AOS DISPOSITIVOS DE LEI – DESNECESSIDADE – REJEITADOS.

Não se exige do julgador a menção expressa aos dispositivos legais ou constitucionais invocados pelas partes, bastando a apreciação das questões objeto da insurgência, sendo notadamente desnecessária tal providência, mesmo para fins de prequestionamento. “

(Embargos de Declaração em Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.030469-6/0001-00 - Campo Grande, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, julgado em 28.06.2012).

“E M E N T A – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO – REJEITADOS.

Tendo o acórdão tratado suficientemente da matéria aventada no recurso e não havendo nenhuma ofensa aos dispositivos prequestionados, impõe-se a rejeição dos declaratórios.” (Embargos de Declaração em Apelação Cível - Execução - N. 2006.004151-6/0001-00 - Campo Grande, Relator Des. Divoncir Schreiner Maranhão, Julgamento: 17/10/2006).

“E M E N T A – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO – OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO – INEXISTÊNCIA – PREQUESTIONAMENTO – INTENÇÃO DE REDISCUSSÃO DE MATÉRIA SUFICIENTEMENTE ABORDADA NO ACÓRDÃO EMBARGADO – INADMISSIBILIDADE – CARÁTER PROTETATÓRIO – MULTA – ART. 538 DO CPC – REJEITADOS.

O acolhimento ou rejeição dos fatos e fundamentos de direito invocados pela parte é próprio da atividade jurisdicional, de modo que o mero inconformismo da sucumbente não torna o decisum omissivo, obscuro ou contraditório.

Os embargos de declaração não se prestam ao prequestionamento de eventual violação legal, mormente quando sequer foi anteriormente suscitada.

Consoante o entendimento da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento não reclama a expressa referência a dispositivos legais, cujas matérias tenham sido suficientemente debatidas pelo acórdão.

Afigura-se inadmissível a pretensão de rediscussão, via embargos de declaração, de matéria já apreciada integralmente.

Restando assente o intuito manifestamente protetatório dos embargos, impõe-se a aplicação de multa de 1% sobre o valor dado à causa, em desfavor da embargante, na forma do art. 538 do CPC.” (Embargos de Declaração em Apelação Cível - Execução - N. 2006.002171-0/0001-00 – Camapuã, Relatora Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Julgamento: 10/10/2006).

Ante o 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, afastaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, MS, 13 de março de 2014.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0005392-54.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA – APELAÇÃO – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – ABSOLVIÇÃO – REJEITADA–PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO–INVIABILIDADE – PENA-BASE – EXASPERAÇÃO DEVIDA – EVENTUALIDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS – REDUÇÃO OPERADA – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA COPORAL – CABIMENTO – RESTITUIÇÃO DOS BENS – UTILIZAÇÃO PARA CONSECUÇÃO DO CRIME – PERDIMENTO QUE SE MANTÉM – PARCIAL PROVIMENTO.

Existindo prova da materialidade e da autoria a condenação pelo crime de tráfico de drogas é a medida natural, não havendo cogitar em desclassificação para o crime de uso de drogas, mormente quando as circunstâncias apontam para a mercancia.

Demonstrado que a pena-base foi exasperada proporcionalmente ao delito praticado resta incabível o seu redimensionamento.

Presentes os requisitos da eventualidade (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06) deve ser operada a redução da pena dos acusados.

É de ser abrandado o regime prisional e substituída a pena corporal quando favoráveis as circunstâncias do caso concreto.

Incabível é a restituição de bens apreendidos em não havendo prova da licitude de sua origem e, ao contrário, os elementos circunstanciais demonstram ser espúria suas aquisições, bem como a utilização dos mesmos para o alcance do intento criminoso.

Apelação defensiva a que se dá parcial provimento para redimensionar a pena-base, abrandar o regime prisional e substituir a pena privativa de liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, prover em parte os recursos, nos termos do voto do relator, vencido o vogal, parcialmente, pois dava em maior extensão ao recurso.

Campo Grande, 2 de dezembro de 2013.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Leonardo da Silva Carvalho e Vital Carvalho da Fonseca interpõem apelação objetivando a reforma da sentença que condenou o primeiro a 05 (cinco) anos e 07 (sete) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, e o outro a 06 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei n.º 11.343/06).

Aduzem que a prova é insuficiente para condenação. Alternativamente, Leonardo pugna pela desclassificação para o crime de uso de drogas ou para o delito de oferecer droga sem objetivo de lucro.

Pretendem, ainda, a redução da pena-base; aplicação da eventualidade e abrandamento do regime prisional e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Leonardo pleiteia o reconhecimento da menoridade e restituição do bem apreendido. Por sua vez Vital requer o afastamento da hediondez do delito.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 331/362).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo parcial provimento (f. 365/374).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator):

Leonardo da Silva Carvalho e Vital Carvalho da Fonseca interpõem apelação objetivando a reformada sentença que condenou o primeiro a 05 (cinco) anos e 07 (sete) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, e o segundo a 06 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa; ambos pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei n.º 11.343/06).

Infere-se dos autos que, aos 20 de outubro de 2012, por volta das 05h35min, na Rua Avalon, em frente ao n.º 579, Bairro Tiradentes, em Campo Grande, os acusados foram flagrados transportando 25 (vinte e cinco) papelotes de cocaína, totalizando 11,4 g (onze gramas e quatro decigramas) e 01 (uma) porção de maconha, pesando 3,5 g (três gramas e cinco decigramas).

A Polícia Militar realizava ronda pelo bairro em razão da “Operação Saturação” quando avistaram os acusados na moto Honda Biz, placa NRG-3957, cor vermelha. Ao notarem a presença da viatura os acusados desceram da motocicleta e entraram no quintal da mencionada residência empreendendo fuga.

Neste momento, os policiais perceberam que Vital jogou sobre o telhado do imóvel 01 (um) invólucro – posteriormente identificado como sendo 25 (vinte e cinco) papelotes de cocaína.

Os acusados foram alcançados sendo encontrado com Vital 01 (um) celular, marca Acatel, e R\$ 32,00 (trinta e dois) reais em espécie, e com Leonardo foi encontrada 01 (uma) porção de maconha, 02 (dois) aparelhos de celular, marca Motorola e samsung, e a quantia de R\$ 24,25 (vinte e quatro reais e vinte e cinco centavos).

Processados e condenados, insurgem-se os acusados sustentando que a prova é insuficiente para condenação.

Alternativamente, Leonardo pugna pela desclassificação da conduta para o crime de uso de drogas ou para o delito de oferecer droga sem objetivo de lucro (art. 28 e art. 33, § 3º, ambos da Lei n.º 11.343/06).

Interrogado sobre os fatos Leonardo negou a prática delitiva afirmando que não comercializava drogas, apenas usava e que no dia dos fatos iria consumir a droga apreendida com amigos . Esclareceu que recebeu uma ligação de seus amigos pedindo que fosse “fumar” com os mesmos, e assim saiu ao encontro de Vital de onde rumaram até a casa da avó deste último onde haveria mais pessoas à espera, contudo, foram surpreendidos pela polícia (f. 177/178).

Igualmente Vital negou a prática criminosa, afirmando que a maconha apreendida pertencia ao corréu LEONARDO e que a cocaína localizada no telhado não era de propriedade de nenhum dos envolvidos (f. 180/182)

A testemunha Diogo Coelho Ferreira declarou (f. 173/174):

“MP: Diogo, essa... Você estava no patrulhamento de rotina pelotão de motos?”

DEPOENTE: Sim.

MP: 20 de outubro de 2012, cinco e meia, lá no Tiradentes.

DEPOENTE: Isso.

MP: Vocês teriam visto esses dois rapazes que estão sentados aí ao fundo, em uma Ronda Biz vermelha.

DEPOENTE: Sim.

MP: Tá. Eles fugiram quando viram a guarnição, ou não?

DEPOENTE: Fugiu.

MP: Tá, e entraram em uma casa?

DEPOENTE: Sim, eles estava entrando em uma casa.

MP: Tá. E jogaram alguma coisa no telhado?

DEPOENTE: Isso, foi um plástico, algo em volta do plástico.

MP: Quem que voltou com o senhor, ou outro colega da guarnição?

DEPOENTE: Foi o Soldado H. Pereira, que ele estava na garupa. A gente trabalha em um modulo que são 03 motos e um (ininteligível), aí essa foi a que chegou efetuando a primeira abordagem, eles chegaram na frente. Eu cheguei logo atrás.

MP: Aí vocês localizaram o pacote que. Ah, depois tinha 25 papelote de cocaína?

DEPOENTE: Isso.

MP: Tá. É. Entrevistados, eles disseram que eram deles, que eles eram usuários, que não eram deles, o que eles disseram?

DEPOENTE: Eles negaram.

MP: Não sei do que se trata? .

DEPOENTE: Isso.

MP: Tá. Ai vocês levaram ele lá para a DEPAC?

DEPOENTE: Isso.

MP: Durante esse percurso ou lá na cena do flagrante esse celular tocava?

DEPOENTE: Sim.

MP: Alguém atendeu esse celular?

DEPOENTE: Sim.

MP: Um colega, alguém atendeu?

DEPOENTE: O Soldado Rebouças chegou a atender.

MP: E aí, o quê que o interlocutor disse (ininteligível)?

DEPOENTE: Foi passado para o soldado que ele pediu uma parada de 40.

MP: Ah, tá, na gíria (ininteligível)...

DEPOENTE: Isso, ele falou. Você tem uma de 40?

MP: Tá, essa casa era da avó de algum deles?

DEPOENTE: Não sei informar, parece que era de algum parente dele, de um deles.

MP: No comando da guarnição estava o colega

DEPOENTE: Sargento Maurício.

MP: Sargento Maurício. Certo. Mais alguma coisa o senhor se recorda, dinheiro, celular, alguma coisa que indicasse que eles estavam trocando droga por algum material, uma usual ou não?

DEPOENTE: Normal. Tinha, eu acho, que pouca quantia em dinheiro, celular.

MP: Entendi. Lá naquela casa tinha mais pessoas que na hora fugiram, correram fugido né?

DEPOENTE: Não.

MP: Não tinha outras pessoas?

DEPOENTE: Tinha o dono da casa, ele não correu nem fugiu não. Ele chegou lá e ficou tranquilo.

MP: E o dono da casa se apresentou como parente deles?

DEPOENTE: Sim.

MP: Ele disse que era o quê?

DEPOENTE: Que era conhecido, não é parente, mas eu não sei presenciar o grau de parentesco."

Por sua vez, a testemunha Júlio César Rodrigues Rebouças relatou (f. 175/176):

“MP: Júlio, (ininteligível) 2012, (ininteligível) da amanhã (ininteligível) Tiradentes. Quando vocês viram o Vital (F) com o Leonardo (F) Carvalho em uma Ronda Bis vermelha, quando eles viram a viatura eles saíram correndo, entraram em uma casa e jogaram alguma coisa fora, e vocês foram ver o quê que era e encontraram 25 papелotes de cocaína?”

DEPOENTE: Isso.

MP: Quem estava no comando da guarnição?

DEPOENTE: Sargentos Maurício.

MP: Você estava em situação de patrulheiro, de (ininteligível)?

DEPOENTE: Eu era Todos os patrulheiros, na verdade eram (...) Todos que pilotam a moto era patrulheiro.

MP: Era uma perseguição dos dois?

DEPOENTE: Isso, fizemos abordagens neles, né.

MP: Eles foram alcançados logo ou demoraram o (...).

DEPOENTE: Não foi muito demorado não.

MP: Mas foram prontamente, foram (ininteligível) (...) Foram prontamente alcançados, ou demorou?

DEPOENTE: Não. Foram prontamente alcançados.

MP: Tá. Eles disseram para que era essa droga?

DEPOENTE: Não. Não falaram. No princípio negaram (...).

MP: Eles foram ouvidos juntos ou separados?

DEPOENTE: Estavam os dois juntos.

MP: Disseram que não era deles e tal?

DEPOENTE: Isso.

MP: Essa droga foi encontrada aonde?

DEPOENTE: Em cima do telhado. Um deles jogou em cima do telhado da casa.

MP: Eles disseram de onde estavam indo para onde estavam vindo?

DEPOENTE: Não, só disseram que era residentes ali, próximo do bairro, que estavam por ali.

MP: Tá, a casa que você alcançaram era da avó de algum deles?

DEPOENTE: Se eu não me engano, não tenho certeza, era de um parente dele, de um deles.

MP: Morava lá?

DEPOENTE: Não, eles não moravam, nenhum dos dois morava lá.

MP: Dinheiro, celular, material de preparo (ininteligível) foi encontrado ou não?

DEPOENTE: Só celular deles mesmo, né.

MP: Tá. Algum te disse que era usuário, algum deles?

DEPOENTE: Um deles falou, disse. Disse que era usuário.

MP: Não lembra qual?

DEPOENTE: Só não me lembro qual.

MP: Mais alguma coisa que vocês apuraram?

DEPOENTE: Não.

MP: (Ininteligível) queixa de furto ou roubo.

DEPOENTE: Que eu me lembre não.

MP: Tinha mais alguma coisa que foi apreendida no poder deles, que seria objetos de troca por drogas?

DEPOENTE: Não.

MP: Mais de um celular, essas coisas.

DEPOENTE: Só o celular deles mesmo e ...

MP: Durante a ocorrência até o término lá na DEPAC o celular tocavam? Alguém buscando drogas?

DEPOENTE: Tocou muitas vezes, eu indaguei um deles, porquê

MP: Sabe se alguém atendeu o telefone?

DEPOENTE: Eu atendi né.

MP: O que disseram?

DEPOENTE: Ai um dos (...)

MP: O que o interlocutor pedia ou falou ou enfim?

DEPOENTE: Ele já pediu de imediato né, nas gírias deles, pedindo (...)

MP: Ahn?

DEPOENTE: Tipo, uma de 40, uma de 30, tipo assim entendeu?

MP: Ah, entendi.

DEPOENTE: Nas gírias deles, eles aí eles não (ininteligível).

MP: Quando eles vocês chegaram eles estavam fazendo a correria?

DEPOENTE: Isso.”

Em harmonia com referidas declarações há o depoimento prestado por Hericson Krisley de Paula Pereira na fase inquisitiva (f. 07/09).

Vê-se que as declarações das testemunhas são firmes em apontar os acusados como autores do delito e muito embora tenham tentado se esquivar do flagrante dispensando a droga é certo que os policiais visualizaram o momento em que a mesma foi arremessada ao telhado sendo, portanto, descabida a alegação da defesa acerca da insuficiência de provas.

A alegação de Leonardo de que a droga serviria para o consumo pessoal não convence, nada favorecendo o argumento – não comprovado – de uso próprio.

Ademais, a forma em que a droga foi encontrada, além da quantidade e, particularmente, o local e situação em que se achavam sugerem a mercancia, revelando que não se destinava a consumo próprio, mas serviria ao comércio.

Acerca da matéria, segue decisão emanada por este Sodalício: *“Não há falar em desclassificação para o art. 28 da Lei N. 11.343/06 se o agente não comprova que a droga seria exclusivamente para seu consumo, ao contrário as provas dos autos demonstram que o objetivo era o comércio.”*¹

Descabido, também, o pleito de desclassificação para o crime previsto no art. 33, § 3º, da Lei de Drogas.

Mencionado tipo legal prevê a conduta de *“oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”* e como visto os acusados foram flagrados transportando droga – conduta esta prevista no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas – não havendo qualquer indicativo de oferecimento eventual não bastando para tanto a mera alegação da defesa.

Destarte, a manutenção da condenação pelo crime de tráfico de drogas é medida de rigor.

Os acusados pretendem, ainda, a redução da pena-base; aplicação da eventualidade e Leonardo pleiteia a redução pela atenuante da menoridade em /16 (um sexto). Requerem, também, o abrandamento do regime prisional e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Acerca da dosimetria da pena é necessário ponderar:

“Não existe um critério ideal que solucione todos os casos passíveis de análise, uma vez que a dosagem da pena-base está relacionada a fatos concretos, evidenciados a partir da ocorrência do crime, acrescido dos atributos pessoais do próprio acusado, os quais, em conjunto, definem a necessidade de maior ou menor reprovação do delito.

*Cada crime guarda sua particularidade, pois as circunstâncias que norteiam sua prática, os resultados que produz, o grau de sua gravidade em concreto, tudo isso somente poderá ser valorado a partir de elementos próprios colhidos no decorrer da instrução criminal”*²

¹ Ap 2012.003512-7, 1ª Câ. Crim., rel.ª Des.ª MARILZA LÚCIA FORTES, j. 30/07/2012, DJ 15/08/2012.

² SCHMITT, Ricardo Augusto, *Sentença penal condenatória*, 7 ed., Editora Jus Podivm, 2012, p. 163.

Estabelece o art. 59, do Código Penal, que a reprimenda base será fixada conforme seja necessária para a reprovação e prevenção do delito praticado, e tratando-se de tráfico de drogas devem ser consideradas a natureza e quantidade de droga com preponderância sobre qualquer outra circunstância.

Nessa esteira, conclui-se que a pena-base imposta não merece qualquer reparo, porquanto prejudica os acusados a natureza da droga apreendida, justificando a exasperação em 01 (um) ano acima do mínimo legal (f. 259 e 261).

Não merece acolhida, ainda, o pedido de redução da pena em 1/6 (um sexto) pela atenuante da menoridade formulado por Leonardo.

O julgador singelo ao aplicar a atenuante reduziu a reprimenda em 05 (cinco) meses de reclusão (f. 261) e sabidamente “o Código Penal não estabelece o quantum da diminuição ou do aumento referente às circunstâncias atenuantes e agravantes, que fica, portanto, ao livre arbítrio do Julgador”³.

Nessa esteira, não sendo apontada qualquer impropriedade na redução operada pelo julgador resta descabida qualquer modificação, não bastando o mero inconformismo defensivo.

De outro vértice, os acusados fazem jus a diminuta do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, vez que primários, portadores de bons antecedentes, bem como não restou comprovado que se dedicam a atividade criminosa ou integram organização criminosa.

Favoráveis as circunstâncias judiciais, bem como a maioria das conjecturas do art. 42, da Lei n.º 11.343/06, prejudicando apenas a natureza da droga, reduzem-se as penas em 2/3 (dois terços).

Partindo-se da pena parcial de 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa imposta a Vital, sobre a qual faço incidir a eventualidade reduzindo em 2/3 (dois terços) o que resulta em 02 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, a qual fica definitiva ante a inexistência de causas modificadoras.

Partindo-se da reprimenda parcial de 05 (cinco) anos e 07 (sete) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa imposta a Leonardo, reduzida em 2/3 (dois terços) em razão do tráfico eventual resta a pena de 01 (um) ano, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, a qual fica definitiva ante a inexistência de causas modificadoras.

Sendo favoráveis as circunstâncias do caso concreto, bem como considerando a quantidade da reprimenda, o regime prisional será o aberto (art. 33, § 2º, “c”, e § 3º, do Código Penal).

Presentes os requisitos do art. 44, do Código Penal, substituo as penas corporais por 02 (duas) restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 03 (três) salários mínimo.

As condições de cumprimento das penas substitutivas bem como o destinatário da pena de prestação pecuniária serão definidos pelo Juízo da Execução Penal.

Por sua vez Vital requer o afastamento da hediondez do delito adotando-se as frações previstas para os crimes comuns para fins de progressão de regime.

Sem sorte, pois a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos decorre do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal. Reforçando tal entendimento, o art. 2º, da Lei n.º 8.072/90, restringe alguns e recrudesce uma série de outros benefícios aos processados e condenados pela prática de crimes hediondos, inserindo nesse rol o tráfico de drogas.

3 CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da pena*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 117.

Assim, é indubitável que o tráfico de drogas é um crime equiparado ao hediondo e, portanto, as frações para obtenção de progressão de regime devem ser aquelas estabelecidas para delitos de igual jaez.

Finalmente, Leonardo almeja a restituição da motocicleta apreendida, contudo, a prova evidenciou que a mesma foi utilizada para realizar o transporte da droga, ficando clara a sua utilização para fins de traficância e, portanto, acertado o perdimento da mesma nos termos do art. 63, da Lei n.º 11.343/06.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo interposto por Leonardo da Silva Carvalho e Vital Carvalho da Fonseca para redimensionar a pena aplicada, abrandar o regime prisional e substituir a pena corporal aplicada.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Revisor):

De uma análise detalhada dos autos, acompanho integralmente o relator, Desembargador Carlos Eduardo Contar, para dar parcial provimento ao apelo de ambos os réus, para aplicar a minorante do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, abrandar o regime prisional e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Vogal):

Os recursos merecem parcial provimento em maior extensão.

É que, uma vez reconhecida a prática do tráfico na forma privilegiada afasto de ofício o caráter hediondo do delito, ponderando, nesse passo, a incongruência lógica em admitir-se a coexistência das previsões contidas no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com a hediondez preconizada pela Lei n. 8.072/90, sobretudo sob o prisma teleológico das normas.

A meu ver, quando o legislador pátrio previu causa especial de diminuição de pena para o réu primário, de bons antecedentes que não se dedicasse à atividade criminosa e nem integrasse organização criminosa, inseriu no delito de tráfico de entorpecentes uma modalidade privilegiada. E tal condição permite ao julgador concluir que a conduta do réu, nesses casos, merece um juízo de reprovação mais brando em comparação à praticada na figura típica do caput do art. 33, da Lei 11.343/06. Dessa forma, estaria afastado, também, o caráter hediondo a essa espécie delituosa.

Portanto, reconhecida a ocorrência do tráfico privilegiado, afastada está a natureza hedionda do delito, vez que esse não carece de um juízo tão extremo de reprovabilidade, deixando, assim, de ser equiparado aos delitos hediondos previstos na Lei n. 8.072/90.

A propósito, embora hodiernamente predomine entendimento contrário, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que *“a aplicação literal do dispositivo inserido na Lei dos Crimes Hediondos, alheia às peculiaridades do caso concreto, acarretaria inafastável ofensa aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da efetivação do justo”* (HC 149807/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 06/05/2010, DJe 20/09/2010).

Assim, todos os institutos que beneficiam o crime comum, tais como progressões, comutações, indulto e livramento condicional, ao condenado por tráfico privilegiado, devem ocorrer na forma da legislação comum e não conforme a legislação atinente aos crimes hediondos ou a eles equiparados.

Ante o exposto, dou parcial provimento em maior extensão aos recursos para afastar a hediondez do delito. No mais, acompanho o e. Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram em parte os recursos, nos termos do voto do relator, vencido o vogal, parcialmente, pois dava em maior extensão ao recurso.

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. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 02 de dezembro de 2013.

2ª Câmara Criminal***Habeas Corpus* n. 1400215-93.2014.8.12.0000 - Bandeirantes****Relator Des. Carlos Eduardo Contar**

EMENTA – *HABEASCORPUS* – PROCESSO PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA – AUSÊNCIA DE PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS – NÃO CONHECIMENTO – EXCESSO DE PRAZO – INSTRUÇÃO FINDA – PARCIAL CONHECIMENTO E NÃO CONCESSÃO.

O pedido de *habeas corpus* deve conter os documentos necessários para exame e decisão, em especial as provas pré-constituídas do alegado direito, sob pena de não se conhecer do pedido.

Verificado que a instrução já se encerrou a alegação de excesso de prazo perde sua força. Aplicação da Súmula n.º 52, do Superior Tribunal de Justiça.

Habeas Corpus que se conhece parcialmente, e na parte conhecida nega-se concessão, ante a ausência de constrangimento ilegal a ser sanado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2014.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

O advogado Paulo Cesar Lani ingressa com pedido de *Habeas Corpus*, com pleito de liminar, em favor de Bruno Barbosa Racoski, sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Vara de Bandeirantes.

Relata que o paciente encontra-se preso desde 27 de maio de 2013, pela prática do crime do art. 33 (tráfico de drogas), da Lei n.º 11.343/06.

Aventa excesso de prazo na formação da culpa, eis que até o momento não foi finalizada a instrução criminal, porquanto aguarda-se a confecção do laudo de exame toxicológico da substância apreendida.

Sustenta que não se encontram presentes os requisitos da prisão preventiva, e o paciente ostenta condições pessoais favoráveis.

Pugna pela concessão da ordem a fim de que aguarde o deslinde do processo em liberdade.

A tutela de urgência foi indeferida (f. 23/24), e a autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 28/29).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifesta pela denegação (f. 31/34).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

O advogado Paulo Cesar Lani ingressa com pedido de *Habeas Corpus*, com pleito de liminar, em favor de Bruno Barbosa Racoski, sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Vara de Bandeirantes.

Segundo consta, o paciente encontra-se preso desde 27 de maio de 2013, pela prática do crime do art. 33 (tráfico de drogas), da Lei n.º 11.343/06.

Prima facie, é de se obstar o pleito de liberdade provisória, porquanto não foi juntada cópia da decisão invectivada, impossibilitando a análise do pedido.

Como pacificado nos Tribunais Superiores e expressamente previsto no art. 660, § 2º, do Código de Processo Penal, o *habeas corpus* deve conter todos os documentos necessários para o seu exame e decisão, sob pena de não conhecimento.

Nesse sentido, já preconizou o Superior Tribunal de Justiça que “o habeas corpus, *em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas, já que não se admite dilação probatória.*”¹

Ademais, trata-se de mera reiteração do o *Habeas Corpus* n.º 4006738-72.2013.8.12.0000, que foi julgado pela 2ª Câmara Criminal desta Corte de Justiça, no qual a ordem não foi concedida em votação unânime.

De igual modo, a alegação de excesso de prazo não merece prosperar.

A autoridade esquadrinhou a situação processual, *in verbis* (f. 28/29):

“O paciente foi preso em flagrante no dia 27/05/2013, por suposta prática do delito previsto no artigo 33, caput, c.c artigo 40 inc III e V, ambos da Lei n.º 11343/2006. Penal. Este juízo, ao receber ao flagrante, converteu em prisão preventiva (f. 54/55) dos autos de Prisão em Flagrante n.º 0000829-42.2013.8.12.0025, com fundamento na garantia da ordem pública e garantia da aplicação da lei penal.

A defesa elaborou pedido de revogação de prisão preventiva, as quais foram indeferidas em 12/06/2013.

Em 27/06/2013 foi determinada a notificação do indiciado, devidamente cumprida em 13/07/2013.

Às fls. 67/69, 73, 77/78, 87/88, foram juntadas as certidões negativas de antecedentes do indiciado.

A defesa prévia foi apresentada em 15.07/2013.

Em 24/07/2013 foi recebido a denúncia e determinado a citação e interrogatório do réu, bem como o interrogatório das testemunhas arroladas nos autos.

O réu foi interrogado em 03/10/2013, mesma data em que foram ouvidas as testemunhas do Ministério Público comuns à defesa.

Em 06/11/2013, foi expedido ofício à delegacia de origem, solicitando a remessa do laudo toxicológico, devidamente recebida em 18/11/2013.

¹ HC 107.441/SP, 5ª T., rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 03/09/2009.

Os autos encontram-se aguardando a vinda do laudo toxicológico da delegacia de origem, para posterior remessa dos autos as partes, para apresentarem alegações finais, e em seguida ser proferida sentença.”

Extraí-se das informações prestadas que a instrução criminal já se findou, aguardando-se tão somente a juntada do laudo toxicológico.

Com efeito, em consulta aos autos n.º 0000919-50.2013.8.12.00025 através do Sistema de Automação do Judiciário (SAJ), verifica-se que referido laudo pericial já foi colacionado e o feito foi remetido para o *Parquet* para a apresentação de memoriais.

Em casos tais, rende-se homenagem ao princípio da razoabilidade, aplicando-se a Súmula n.º 52, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “*encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.*”

Ante o exposto, conheço parcialmente do *writ* e, na parte conhecida, nego concessão ao *Habeas Corpus* impetrado em favor de Bruno Barbosa Racoski.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por Unanimidade, Denegaram A Ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 27 de janeiro de 2014.

2ª Câmara Criminal**Recurso em Sentido Estrito n. 0001287-75.2013.8.12.0052 - Anastácio****Relator Des. Carlos Eduardo Contar**

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO PENAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – *ANIMUS NECANDI* – PRONÚNCIA – DESCLASSIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – EXCLUSÃO DO MOTIVO FÚTIL – IMPROCEDÊNCIA – FURTO QUALIFICADO – ABSOLVIÇÃO – INDÍCIOS DE AUTORIA – EXCLUSÃO DO CONCURSO DE PESSOAS – ACOLHIMENTO – PARCIAL PROVIMENTO.

Não há que se falar em desclassificação do crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, do Código Penal) para o delito de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do mesmo *Codex*), quando o acervo probatório evidencia a ocorrência do *animus necandi* na conduta do agente.

Só é possível a exclusão de circunstância qualificadora quando a mesma se mostrar absolutamente improcedente ou descabida, o que não se mostra devido no caso presente – ao menos em juízo de admissibilidade da acusação.

Improcedente o pleito absolutório quanto ao crime de furto qualificado uma vez presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade.

É de ser excluída a qualificadora do concurso de pessoas em relação ao crime patrimonial se verificada a total improcedência da majorante por força da impronúncia do corrêu.

Recurso em Sentido Estrito defensivo a que se dá parcial provimento, apenas para o fim de afastar a qualificadora do concurso de pessoas em relação ao delito de furto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, prover em parte o recurso.

Campo Grande, 20 de janeiro de 2014.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por Nilton dos Santos Corvalan a fim de reformar a sentença que o pronunciou pela prática dos crimes do art. 121, § 2º, II (homicídio qualificado) e art. 155, § 1º, IV (furto qualificado), ambos do Código Penal.

Defende não ser possível a manutenção da qualificadora do crime patrimonial, pois o corrêu Welton Jonathan da Silva Mendes foi impronunciado. Ademais, sustenta inexistir provas a respeito da prática do referido delito, impondo-se sua absolvição.

Por outro lado, aduz que *“a vítima faleceu por motivos alheios à vontade e à conduta do acusado, que não concorreu intencionalmente para a ocorrência do fatídico desfecho, tampouco pôde prever ou assumir o resultado”* (f. 10), razão porque clama pela desclassificação da conduta para o crime de lesão corporal seguida de morte.

Mantida a pronúncia, clama pela exclusão da qualificadora do motivo fútil, diante da acalorada discussão entre o acusado e a vítima antecedente à prática delitiva.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 24/34).

A decisão guerreada foi mantida por seus próprios fundamentos (f. 36).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento (f. 43/51).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Nilton dos Santos Corvalan interpõe Recurso em Sentido Estrito a fim de reformar a sentença que o pronunciou pela prática dos crimes do art. 121, § 2º, II (homicídio qualificado) e art. 155, § 1º, IV (furto qualificado), ambos do Código Penal.

O acusado foi denunciado porque – aos 27 de junho de 2012, entre as 02 h e 06h30min, na Av. Manoel Murtinho, próximo ao “Posto de Molas Dorte”, em Anastácio – juntamente com o corréu Welton Jonathan da Silva Mendes e o adolescente *E. A. C.*, matou a vítima *Ricardo Hidemitsu Dokko*.

Nos termos da prefacial acusatória, o acusado encontrava-se em um lava-jato com o corréu, o adolescente e terceiras pessoas, todos ingerindo bebidas alcoólicas. Por volta das 02 h da madrugada, a vítima passou em frente ao local, oportunidade em que o acusado e seus companheiros resolveram segui-lo.

Neste sentido, Nilton *“solicitou para a vítima parar e começaram a conversar; e no decorrer da conversa surgiu uma discussão, onde ambos trocaram socos”* (f. 02 – autos n.º 0500071-56.2012.8.12.0052, em apenso).

Ato contínuo, o adolescente *“afastou-se do local e apoderou-se de um pedaço de madeira, repassando-o posteriormente ao denunciado Nilton, que alcançou a vítima que corria e lhe desferiu golpes. Mesmo após a vítima caída, o denunciado Nilton continuou a desferir os golpes com o pedaço de madeira, parando com as agressões somente após verificar que a vítima não esboçava mais reação”* (f. 02 – autos n.º 0500071-56.2012.8.12.0052, em apenso).

Não satisfeito, Nilton retornou ao lava-jato anunciando que mataria a vítima, oportunidade em que apoderou-se de uma faca., oportunidade em que Welton Jonathan o levou de motocicleta ao local onde *Ricardo* se encontrava, sendo o mesmo alvo de vários golpes desferidos nas costas e pescoço, o que resultou em sua morte.

A motivação do crime foi fútil, pois a vítima foi morta em razão de uma pequena discussão com o acusado.

Finalmente, é da exordial que após a prática do homicídio Nilton e o corréu subtraíram a carteira e o celular de *Ricardo*, sendo que naquela oportunidade foram encontrados R\$ 700,00 (setecentos reais).

Ab initio, procede-se ao exame do pleito de desclassificação do crime de homicídio qualificado para o de lesão corporal seguida de morte.

Deve-se lembrar que para a pronúncia não é necessário o mesmo grau de certeza exigido para a condenação. Isso porque o juízo natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é o Conselho de Sentença, cabendo ao magistrado apenas realizar a admissibilidade da acusação.

Neste contexto, ressalta-se que *“na pronúncia, há um mero juízo de prelibação, pelo qual o juiz admite ou rejeita a acusação, sem penetrar no exame do mérito. Restringe-se à verificação da presença do fumus boni iuris, admitindo todas as acusações que tenham ao menos probabilidade de procedência.”*¹

Somente se admite a reforma da pronúncia se as acusações forem manifestamente infundadas, o que não ocorre no caso em apreço, vez que se observa a existência de fortes indícios de que a ação do acusado foi imbuída pelo *animus necandi*, conforme se depreende da prova testemunhal colhida ao feito (f. 106/107, 116, 147/148, 258/262 e 319/321), assim como da própria confissão do acusado (f. 111/112 e 263).

Assim, ante a existência de indícios suficientes acerca da autoria do delito, impõe-se a submissão à decisão do Tribunal do Júri, porquanto é o órgão competente para apreciar o crime em apreço.

Deveras, *“eventual debate acerca da ausência de animus necandi por parte dos acusados, compete, nos limites deste processo, ao Conselho de Sentença, sendo prematura qualquer discussão jurídica, em sede de recurso em sentido estrito, sobre tal tópico”*².

Por outro lado, a qualificadora do motivo fútil deve ser mantida, pois *“deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes”*. Súmula nº 64 do TJMG. *“A discussão anterior entre autor e vítima, por si só, não implica, de imediato, o afastamento da qualificadora referente ao motivo fútil, notadamente por não ter restado incontroverso, na instância ordinária, o verdadeiro motivo da animosidade”*³.

De outra banda, rejeita-se o pleito absolutório quanto ao crime patrimonial. Neste sentido, conveniente trazer à colação parte da fundamentação da pronúncia extraída dos autos n.º 0500071-56.2012.8.12.0052 (f. 394):

“Quanto ao crime de furto, também deve o acusado Nilton ser pronunciado, pois, segundo as testemunhas ouvidas durante a fase judicial, há indícios de que tenha sido ele quem se apoderou da carteira da vítima e do dinheiro que nela continha, distribuindo posteriormente o dinheiro entre os que estavam presentes na conveniência onde todos ingeriam bebidas alcoólicas.”

Todavia, é certo que a qualificadora do concurso de pessoas, quanto a este delito, não merece prevalecer, ante a impronúncia do corréu Welton Jonathan da Silva Mendes e o fato de que a acusação foi expressa quanto ao envolvimento deste na prática do crime de furto qualificado.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso manejado por Nilton dos Santos Corvalan, para o fim de excluir a qualificadora do art. 155, § 2º, IV, do Código Penal.

¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 561.

² TJRS, RSE 251198-34.2013.8.21.7000, 2ª Câ. Crim., rel.ª Des.ª LIZETE ANDREIS SEBEN, j. 10/10/2013, DJ 07/11/2013.

³ TJMG, RSE 1.0301.09.043206-5/001, rel. Des. RENATO MARTINS JACOB, j. 22/11/2012, DJ 03/12/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram em parte o recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 20 de janeiro de 2014.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0051124-29.2011.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – FURTO – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA – MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE – FALTA DE PREVISÃO LEGAL – RECURSO PROVIDO.

O magistrado recebeu a denúncia no momento em que seria oportuno verificar a eventual falta de justa causa para a ação penal, nos moldes do art. 395, III, do CPP. Logo preclusa a matéria. Dos fundamentos da sentença extrai-se que a absolvição do réu está fundamentada na falta de provas da autoria, embasada em dados já verificados em outros casos, todavia, o julgador invocou a falta de justa causa para ação penal e absolveu sumariamente o apelado com fundamento na atipicidade da conduta, prevista no inciso III do art. 397 do CPP. A falta de justa causa para ação penal é questão processual, enquanto a atipicidade da conduta implica em direito material, logo, incabível a hibridez da sentença prolatada, mormente por estar fundamentada em falta de provas da autoria em ação penal que sequer teve a instrução iniciada. Mesmo que a prática do crime tenha sido imputada ao apelado em razão do *sistema de geomapeamento ou sistema de identificação de modus operandi*, de duvidosa legalidade, por meio do qual faz-se uma análise criminal, considerando o modo de agir e a região em que os crimes foram praticados. Espécie de questionável apuração de delitos em bloco em que uma vez preso o delinquente por determinado crime, todos os outros delitos cometidos de forma semelhante na mesma região lhes são imputados. O juiz recebeu a denúncia e ao absolver sumariamente fundamentou com base na dificuldade de produção de provas baseado em outras experiências que teve em diversos casos, providência esta que não possui previsão legal. Além disso, o fato narrado, em tese, constitui crime de furto, de forma que a absolvição fundamentada no inciso III do art. 397 do CPP é incabível.

Com o parecer, declaro a nulidade da sentença por insuficiência de fundamentação ante a falta de previsão legal de sua motivação, com fundamento no art. 564, III, “m”, do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de março de 2014.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público Estadual em face da sentença de fls. 66- 68, que absolveu Leandro da Silva dos Santos da prática do delito descrito no artigo 155, § 4º, III do Código Penal.

Nas razões recursais de fls. 80-83, o Ministério Público Estadual requer a reforma do *decisum* que absolveu sumariamente o réu, determinando-se o prosseguimento da Ação Penal instaurada com o recebimento da denúncia. Argumenta que, no caso, existem fortes indícios de autoria e que a rejeição da inicial acusatória é medida prematura e não condizente com o acervo probatório.

Em contrarrazões, as fls. 84-95, a defesa pugna pelo desprovimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça as fls. 101-103, pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Consoante relatado, trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público Estadual em face da sentença de fls. 66- 68, que absolveu Leandro da Silva dos Santos da prática do delito descrito no artigo 155, § 4º, III do Código Penal.

Narra a denúncia que no dia 29 de abril de 2010, por volta das 18h30min., no imóvel residencial situado na Rua Rabadia Jabour, nº. 92, Residencial Recanto dos Rouxinóis, nesta cidade, o denunciado subtraiu para si uma mochila e diversas roupas que estavam no varal da residência, avaliadas em R\$ 550,00, de propriedade da vítima Rafael Henrique dos Anjos.

Constata, ainda, que no dia 21 de junho de 2011, o acusado foi preso por outro furto e ao ser interrogado confessou a subtração da mochila e das roupas, bem como confessou a autoria de outros delitos.

O apelado fora absolvido sumariamente pelo magistrado, nos seguintes termos:

“(…)

Pois bem, infere-se do Inquérito Policial n. 306/2011/4DPCG, no qual se lastreia a denúncia, que através do sistema de geomaapeamento do crime criado pelo Delegado de Polícia titular da 4ª DPCG, que, em síntese, relaciona o número de crimes ocorridos em uma determinada região, o modo de agir dos agentes, dentre outros elementos, para elucidação da autoria, chegou-se ao acusado, que haveria confessado a prática de 37 furtos.

Observa-se, porém, que não houve testemunha ocular da subtração.

Além disso, a vítima também não presenciou o furto, não sabendo informar maiores detalhes acerca de sua autoria.

Frise-se, ainda, que embora tenha sido instaurado um inquérito para cada furto, não houve sequer interrogatório individualizado, sendo o procedimento instruído por cópia da declaração onde, de uma só vez, o acusado teria confessado a prática de 37 (trinta e sete) delitos.

Sendo assim, há de se reconhecer que nenhum outro elemento de prova foi colhido, que não a confissão extrajudicial, o que não é suficiente para configurar a justa causa instauração de ação penal.

Ademais, em processos semelhantes instruídos nesta Vara Criminal, em que a denúncia também foi baseada no geomaapeamento, verificou-se que os réus retrataram-se em Juízo e que os depoimentos dos policiais foram insuficientes, o que ensejou a absolvição por falta de prova.

Isso porque, mesmo que em juízo eles confirmem que presenciaram o acusado admitir a prática do crime, na verdade, a única prova continuaria a ser a confissão inquisitorial, insuficiente, como se sabe, para sustentar um decreto condenatório.

Ora, há de se ressaltar que, não obstante a respeitabilidade do trabalho e o empenho da Autoridade Policial na solução de crimes e na garantia da ordem pública, é necessário que a investigação encontre respaldo em elementos de prova consistentes em cada um dos casos.

E no presente, não se vislumbra a mínima possibilidade de que isso ocorra, o que significa que o pedido fatalmente será julgado improcedente, uma vez que não haverá prova suficiente para a condenação.

Sobre o tema, colho o seguinte julgado:

“Sem que fumus boni juris ampare a imputação, dando-lhe os contornos da razoabilidade, pela existência de justa causa, ou pretensão viável, a denúncia ou queixa não pode ser recebida ou admitida. Para que seja possível o exercício do direito de ação penal é indispensável haja, nos autos do inquérito ou nas peças de informação ou representação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios, mais ou menos razoáveis, de que seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de convicção.” (TJSP. RT, 643/299)

Dessa forma, muito embora denúncia tenha sido recebida, falta justa causa para prosseguimento da ação penal, devendo o réu ser absolvido de plano, a fim de impedir que não continue a sofrer os efeitos nocivos do processo penal, bem como que para que não se movimente o Poder Judiciário desnecessariamente.

III. Dispositivo

*Diante do exposto, com fundamento no artigo 397, III, do Código de Processo Penal, absolvo sumariamente **Leandro da Silva dos Santos**, da prática do delito previsto no artigo 155, § 4º, inciso III, do Código Penal, imputada-lhe nestes autos.*

(...)” – (fls. 66-68 – grifei)

O magistrado recebeu a denúncia no momento em que seria oportuno verificar a eventual falta de justa causa para a ação penal, nos moldes do art. 395, III, do CPP. Logo preclusa a matéria.

Como se vê dos fundamentos da sentença, a absolvição do réu está fundamentada na falta de provas da autoria, embasada em dados já verificados em outros casos, todavia, o julgador invocou a falta de justa causa para ação penal e absolveu sumariamente o apelado com fundamento na atipicidade da conduta, prevista no inciso III do art. 397 do CPP:

“Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente.”

A falta de justa causa para ação penal é questão processual, enquanto a atipicidade da conduta implica em direito material, logo, incabível a hibridez da sentença prolatada, mormente por estar fundamentada em falta de provas da autoria em ação penal que sequer teve a instrução iniciada.

Na lição de AURY LOPES JR.:

E, por que essas condições da ação estão no art. 397, como causas de absolvição sumária?

Porque são questões intimamente vinculadas ao mérito, ao elemento objetivo da pretensão acusatória, e dizem respeito a interesse da defesa, que, como regra, acabam sendo alegados (e demonstrados) depois, na resposta preliminar do art. 396-A.”¹

A prática do crime foi imputada ao apelado em razão do *sistema de geomapeamento ou sistema de identificação de modus operandi*, de duvidosa legalidade, por meio do qual faz-se uma análise criminal, considerando o modo de agir e a região em que os crimes foram praticados. Espécie de questionável apuração de delitos em bloco em que uma vez preso o delinquente por determinado crime, todos os outros delitos cometidos de forma semelhante na mesma região lhes são imputados.

O juiz recebeu a denúncia e ao absolver sumariamente fundamentou com base na dificuldade de produção de provas baseado em outras experiências que teve em diversos casos, providência esta que não possui previsão legal.

Além disso, o fato narrado, em tese, constitui crime de furto, de forma que a absolvição fundamentada no inciso III do art. 397 do CPP é incabível.

Por fim, como bem ressaltou a Ilma. Procuradora, Dra. Irma Vieira de Santana e Anzoategui: “*não há que se falar, também, em aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto, visto que o valor da res furtiva foi elevado (R\$ 143,00), bem como pelo modo pelo qual o delito foi praticado e por ser o apelado contumaz na prática de crimes, especialmente patrimoniais (f.33/36).*” – fl. 84

Por todo exposto, com o parecer, declaro a nulidade da sentença por insuficiência de fundamentação ante a falta de previsão legal de sua motivação, com fundamento no art. 564, III, “m”, do CPP e determino o prosseguimento da ação penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência da Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 10 de março de 2014.

¹ LOPES JR. Aury. Direito processual penal. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0063595-77.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – INJÚRIA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADOS – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA – IMPOSSIBILIDADE – ACENTUADA OFENSIVIDADE AO BEM JURÍDICO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não há falar em absolvição por insuficiência de provas se as testemunhas que presenciaram os fatos foram uníssonas em afirmar que o réu, por meio de palavras, ofendeu a honra subjetiva da vítima. Condenação mantida.

Não se pode afirmar que a ação do réu, que atingiu a honra subjetiva do ofendido ao proferir xingamentos na presença de outras pessoas, é irrelevante para o direito penal. Ademais, afrontou a hierarquia e a disciplina, valores basilares da corporação militar. Dessa forma, não há como considerar a mínima ofensividade do bem jurídico tutelado para afastar a tipicidade material, estando presente a necessidade de intervenção do direito penal.

Com o parecer, recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, improver o recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2013.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Mauri de Oliveira condenado como incurso no art. 216 (injúria) c/c art. 218, incisos II e IV, ambos do CPM à pena de 1 mês e 10 dias de detenção em regime aberto, sendo concedida a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos.

Em suas razões recursais pede a absolvição, sob a alegação de que inexistem provas suficientes para embasar o decreto condenatório. Alternativamente, pugna pelo reconhecimento do princípio da intervenção mínima (fls. 312-331).

O Ministério Público em contrarrazões requereu o não provimento do recurso (fls. 335-345).

A Procuradoria de Justiça opinou no mesmo sentido. Prequestiona os artigos 216 e 218 do CPM em caso de provimento do recurso (fls. 349-374).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Consoante relatado, trata-se de apelação criminal interposta por Mauri de Oliveira condenado como incurso no art. 216 (injúria) c/c art. 218, incisos II e IV, ambos do CPM à pena de 1 mês e 10 dias de detenção em regime aberto, sendo concedida a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos.

Em suas razões recursais pede a absolvição, sob a alegação de que inexistem provas suficientes para embasar o decreto condenatório. Alternativamente, pugna pelo reconhecimento do princípio da intervenção mínima.

O recurso não deve ser provido.

Consoante narra a denúncia:

“(...) na data de 06 de fevereiro de 2011, por volta das 20h20min, durante o atendimento a uma ocorrência de acidente de trânsito, ocorrido na Avenida Guaicurus, bairro Universitário, nesta capital, o denunciado Cb Mauri de Oliveira injuriou, mediante palavras, a vítima 1º Ten. PM Luciano Espíndola da Silva, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro.

“Rogério Gonçalves de Oliveira que trafegava pela citada avenida, em uma motocicleta, acompanhado por sua esposa Lucélia Rodrigues Constant, foi abordado pelo Cb Mauri de Oliveira por não respeitar a sinalização, momento em que o denunciado, disse ao civil, de maneira grosseira, se este ‘era cego’, tendo o civil respondido que não, apenas não havia notado a sinalização. Ato contínuo, o denunciado informou a Rogério que iria autuá-lo por infração por infração de trânsito, devido estar pilotando a motocicleta com calçado inadequado, momento em que o civil, tentando amenizar a situação, afirmando que conhecia vários militares da corporação, dentre eles o 1º Ten. Espíndola.

Ocorre que, ao mencionar o nome do 1º Ten. Espíndola, o denunciado Cb Mauri enfureceu-se, e passou a dizer que “se tivesse falado qualquer outro nome não haveria problema”, acrescentando “aquele Tenente é um zuqueiro, um merda, um estuprador, um traficante e ladrão (fl. 31), ao tempo em que batia no peito, enfatizando convictamente tudo o que proferia.

Não satisfeito, o denunciado continuou declarando aos civis: “ah, eu não ia te dar multa não, mas já que você conhece aquele safado, aquele vagabundo, sem vergonha daquele Tenente, eu vou te multar sim. Você conhece aquele traficante, assaltante, aquele cara é estuprador, vagabundo, Tenente de merda. Pode falar para aquele vagabundo que quem disse foi o cabo Mauri, e se ele estivesse aqui eu ia bater na cara dele, aquele cara não é zero meia, é zero à esquerda. Me dá aqui seu documento, se você tiver Espíndola no nome eu vou foder com você. Aquele cara que vocês conhecem não é homem, aquele cara é estuprador, bandido, vagabundo, daqui uns dias ele não vai mais ser polícia, aí nem cidadão ele vai ser porque é vagabundo, Tenente de merda, eu sou homem, ele não, queria que ele estivesse aqui pra mim bater na cara dele.” – fls. 01-03.

A materialidade restou comprovada pelo inquérito policial (fls. 01-88) e prova testemunhal.

Ademais, embora o apelante tenha negado a autoria delitiva nas fases investigativa (fls. 51-53) e judicial (151-155), a prova testemunhal produzida deixa claro que ele mediante palavras ofendeu a dignidade subjetiva da vítima.

A testemunha Isaias Barroso Pires afirmou em juízo que soube por intermédio do Cabo Kester e do Soldado Veloso que o réu injuriou com palavras a vítima Luciano Espíndola – fls. 155-157:

“(…)

JUIZ: O Senhor conhece o Tenente Espíndola?

DEPOENTE: Sim, senhor. Se eu não me engano, era comandante das motos, nessa época aí eu estava lá.

JUIZ: (...) depoimento que o senhor prestou no inquérito policial, talvez o senhor confirma em juízo. Tá bom?

DEPOENTE: Sim, senhor.

*JUIZ: Declarou que no dia dos fatos encontrava serviço na viatura 10.1173, com o mais antigo comandante da Guarnição de pelotão de motos do 10º BPM e não compareceu no local na abordagem, na Avenida Guaicurus, onde o cabo Mauri estava abordando o motociclista, porque ficou sabendo por intermédio do Cabo Kester, quanto o Soldado Veloso, os policiais militares que deram apoio ao Cabo Mauri, que o cabo Mauri fez comentários (...) sobre o Tenente Espíndola, ao condutor da motocicleta que está sendo abordado. O Cabo Kelser e o Soldado Veloso passaram a situação no mesmo dia, logo depois do apoio já nas dependências do pelotão tático de motos (...) “O Tenente Espíndola é um vagabundo, estuprador, bandido, traficante e ladrão.” E fazia batendo com a mão de encontro ao peito, com a exclamação: “Pode (...)” falando. Que o depoente decidiu aguardar o retorno das férias do Tenente Espíndola, seu comandante imediato, cujo retorno estava prestes a acontecer. Para em seguida levar o conhecimento do fato ocorrido com o Cabo Mauri, para saber qual providência iria ser tomada sobre o assunto. **Que presenciou no dia 13/01/2011, na sede do pelotão de motos, o Tenente Espíndola questionando ao Cabo Kelser e ao Soldado Veloso, sobre o ocorrido e os mesmos confirmaram. O senhor confirma suas declarações?***

DEPOENTE: Sim, senhor.

“(…)

JUIZ: No momento em que o senhor ficou sabendo desses fatos, quem relatou para o senhor foi o Cabo (...) e o Soldado Veloso só ficou escutando? Só ficou ali acompanhando?

DEPOENTE: Mas o Cabo Kelser não relatou para mim, os dois estavam comentando. E, infelizmente, eu ouvi.

JUIZ: Eles estavam comentando entre si?

DEPOENTE: Entre eles, é.

“(…)”. – destaquei.

A testemunha Kester de Oliveira que estava presente no local dos fatos, confirmou seu depoimento da fase extraprocessual e relatou que presenciou o réu dizendo que o Tenente Luciano Espíndola é um “bandido, ladrão, traficante, estuprador”, conforme trecho que transcrevo (fls. 157-159):

“(…)

JUIZ: Consta do inquérito policial... O senhor prestou um depoimento, e eu vou ler aqui, para ver se o senhor confirma. Tá certo?

DEPOENTE: (...)

JUIZ: *Que encontrava-se de serviço na viatura 501388, acompanhado do Soldado Veloso, que conduzia a outra viatura a motocicleta, e compareceu ao local da abordagem na Avenida Guaicurus, onde o Cabo Mauri estava abordando um motociclista. (...) o Cabo Mauri e se dirigiu ao depoente dizendo que o condutor da motocicleta estava abordada... Estava conduzindo a motocicleta com a viseira de proteção do capacete levantada, e de chinelos. Que o Cabo Mauri estava atendendo um acidente quando o motociclista abordado não teria, a princípio, acatado a orientação em diminuir a velocidade devido ao acidente na via, o que originou a abordagem em si. Que o depoente ao indagar ao motociclista infrator, perguntou se estava com a viseira erguida, sendo informada que não, que apenas o abordado teria levantado a viseira para ver o acidente. Que então, depois autuou o abordado, devido estar de chinelos. Em dado momento, o Cabo Mauri falava com o abordado, estava... Preparava, aliás, o material para autuação, ouviu o Cabo Mauri, e começou pronunciar palavras ofensivas em desfavor de seu comandante imediato, Tenente Espíndola. “Tenente Espíndola é um bandido, ladrão, (...)...”. Que lembra o depoente que o Cabo Mauri falava as palavras batendo com a mão de encontro ao peito, sendo incisivo na seguinte afirmativa: “Pode dizer que é o Cabo Mauri que está falando.”. Que o Cabo Mauri disse ao depoente: “Viu? é o seu comandante.”. Que o depoente ponderou com o Cabo Mauri para ele não falar daquele jeito, porque o Tenente não era aquilo, e atualmente (...) em oficial que trabalhava corretamente, que é evangélico, e que o Cabo Mauri retrucou, dizendo: “Uma vez vagabundo, sempre vagabundo.”. Que no mesmo dia, levou até o conhecimento do Cabo Pires, o teor do acontecimento, juntamente ao Soldado Veloso, que transmitiu o teor do diálogo travado com o motorista, o cabo... Do Cabo Mauri. O Cabo Pires, por sua vez, decidiu aguardar o retorno das férias do Tenente Espíndola para saber as providências a serem tomadas a respeito do assunto. O que foi feito, no dia 13 de janeiro, compareceu a sede de pelotão de motos (...) pessoalmente o fato ao Tenente Espíndola. Na companhia do Soldado Veloso, tudo presente o Cabo Pires. O depoente ressalta que está em uma situação difícil, em razão de conhecer o Cabo Mauri, desde o se ingresso nas fileiras, mas a verdade tem que ser dita. O Senhor confirma seu depoimento?*

Depoente: Confirmo.

JUIZ: *O senhor já teve alguma inimizade com o Cabo Mauri?*

DEPOENTE: Não, senhor.

JUIZ: *Não? O Civil Rogério, que foi autuado por estar conduzindo a motocicleta de chinelos, ele estava alterado quando o senhor chegou lá?*

DEPOENTE: Não.

JUIZ: *Tranquilo?*

DEPOENTE: *Ele estava só ponderando que ele era um trabalhador, que isso, que aquilo, que ele não estava querendo ser notificado.*

JUIZ: *Em algum momento ele usou o nome do Tenente Espíndola, dizendo que ele conhecia o Tenente Espíndola e por isso tentava incentivar para que não fosse autuado?*

DEPOENTE: Não, para mim (...) o Cabo Mauri, ele disse que conhecia o Tenente Espíndola.

JUIZ: *E o Cabo Mauri, ele chegou a pronunciar que o cabo... Desculpa, o Tenente Espíndola ele era um bandido, ladrão, traficante, estuprador?*

DEPOENTE: *Pronunciou.*

JUIZ: *A quê que o senhor atribui ele falar a esses atributos ao Tenente Espíndola. Tinha alguma inimizade com o Tenente Espíndola?*

DEPOENTE: *Então, inclusive no dia que o Tenente Espíndola me procurou, perguntando se era verdade, eu disse para o mesmo: “Oh tenente, o que ele disse tudo aí é verdade, só que assim, eu gostaria que se vocês tem algum problema, para vocês resolvessem...”, entre eles, no caso. Né, que ficou meio chato aí, eles terem me envolvido na história. No caso, que se tem algum problema, ele...*

JUIZ: *Mas o senhor não sabe se eles tinham alguma inimizade?*

DEPOENTE: *Não, não sei.*

(...)

JUIZ: *Foi feita alguma acareação no inquérito policial entre o senhor e o Cabo Mauri?*

DEPOENTE: *Foi feito sim, lá pela sede do nosso batalhão, lá. SJ Denúncia.*

JUIZ: *Aham. Quem conduziu? O senhor lembra?*

DEPOENTE: *Foi o Major Neiriano.*

JUIZ: *Tinha todas as formalidades de acareação? Tinha testemunhas? Foi registrado isso aí?*

DEPOENTE: *Foi registrado.*

JUIZ: *Uhum. Ministério Público, alguma pergunta?*

Na acareação, o senhor confirmou que ouviu essas ofensas?

DEPOENTE: *Sim.*

(...)” – destaquei.

Rogério Gonçalves de Oliveira que foi abordado pelo réu quando transitava de motocicleta, sob o crivo do contraditório asseverou que ele na presença de duas ou mais pessoas, injuriou, por meio de palavras, a vítima Luciano Espíndola da Silva, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro – fls. 199-201. Vejamos:

(...)

JUIZ: *Pergunto ao senhor, o quê que o senhor testemunhou, presenciou neste dia 6 de fevereiro de 2011, quando o já dito de acordo com a denúncia o acusado Mauri de Oliveira teria injuriado né, o 1º Tenente Luciano Espíndola da Silva. O quê que o senhor presenciou? O quê que ocorreu na ocasião?*

Depoente: *Então nesse dia estava indo embora da casa saí do serviço eu minha esposa, e descendo pela Rua Da Divisão, chegando na Guaicurus aí no final dela, deve tá, acho que não sei se era com ocorrência de acidente, entre duas motos, aí né, eu fui devagar parei estava uma fila parando, aí ele... Eu peguei e fui passar, fui passar entre o meio-fio e a rua, e o mesmo, o Cabo Mauri já, aí pegou gritou: “Você é cego? Você é cego? Você não tá vendo que não pode passar, e tem que passar pela calçada.”, aí eu falei para ele*

assim: “Cego eu não sou não.”, aí ele já veio, “Você é muito boca dura.”, aí tirou a chave da minha moto, aí vamos dar uma multa para você está de chinelo e está com a viseira aberta, aí tirou a chave foi para lá, aí eu conversando com a minha esposa, eu peguei, minha esposa tentou ir lá tentar conversar com ele né, explicar inclusive, na época ela estava grávida, acho que estava de sete meses, aí conversando com ele, ele “Não, não. Não quero conversa.”, aí foi (...), expliquei para ele falei: “Filhão, eu realmente eu não vi.”, Ele falou que eu tinha desacatado ele, eu falei: “Eu realmente eu não vi que era para subir pela calçada.”, aí ele, “Não, não, não.”, eu falei: “Não.”, eu falei assim: “Óh eu conheço um rapaz que trabalha junto com vocês, no 10º batalhão aí o.”, aí quando eu ditei o nome do tenente, ele transformou começou a xingar o tenente de tudo quanto é nome, e ele batia no peito pode falar para aquele tenente de merda que é o cabo Mauri que falo isso para ele, e falou um monte coisa.

JUIZ: O quê que ele falou?

DEPOENTE: Falou que era um zuqueiro, um traficante, um estuprador, que era um noiado, que ele era polícia só aqui em Campo Grande que se ele saísse por lá ele não era polícia, ele não era polícia nada e falou um monte de coisa aí escutei e saí, aí ele falou assim: “Eu iria te liberar, mas já que você conhece esse tenente de merda aí.”, aí pegou e passou um rádio, aí veio um polícia da moto, aí que foi o que efetuou a multa.

JUIZ: E havia outras pessoas lá?

DEPOENTE: ‘Vixi’, um monte de gente.

(...)” – destaquei.

A vítima Luciano Espíndola da Silva declarou na fase judicial que tomou conhecimento das palavras ofensivas proferidos pelo réu, bem como que nunca teve qualquer desentendimento com o réu (fls. 244-246).

Já as testemunhas Nelson Pereira Júnior e Mário Roberto de Oliveira afirmaram que não presenciaram os fatos porque estavam prestando atenção em outras circunstâncias do acidente de trânsito que havia ocorrido (fls. 221-226).

Assim, restou suficientemente demonstrado pelos elementos de convicção coligidos nos autos que o apelante pronunciou os xingamentos (tais como vagabundo, bandido, ladrão) contra a vítima Luciano Espíndola com o nítido propósito de ofender-lhe a honra subjetiva.

Dessa forma, não há falar em absolvição.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL. AUDITORIA MILITAR. PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. AFASTADA. INJÚRIA COMPROVADA PELOS DEPOIMENTOS. INCABÍVEL ABSOLVIÇÃO. I. O julgamento dos crimes cometidos por policiais militares contra civis é da competência do juiz singular da auditoria militar. Inteligência do parágrafo 5º do artigo 125 da Carta Magna, alterado pela Emenda Constitucional nº 45. Preliminar afastada. II. As provas orais são contundentes quanto a injúria praticada pelo policial. Incabível a absolvição. III. Negado provimento.” (TJDF; Rec. 2008.01.1.164973-6; Ac. 480.430; Primeira Turma Criminal; Relª Desª Sandra de Santis; DJDFTE 21/02/2011)

“APELAÇÃO CRIMINAL. Queixa crime procedente, com a condenação da querelada pela prática do crime de injúria racial (artigo 140, § 3º, do código penal).

Autoria e materialidade comprovadas. Testemunhas oculares que não deixam dúvidas de que a querelada teve a intensão de injuriar a querelante. Animus injuriandi evidenciado. Inexistência de qualquer causa excludente de ilicitude. Condenação confirmada. Recurso desprovido caso, todavia, de se alterar, de ofício a pena base, acolhendo o parecer ministerial, vez que as circunstâncias judiciais são favoráveis.” (TJPR; ApCr 0901435-5; Assis Chateaubriand; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Roberto de Vicente; DJPR 12/07/2013)

Subsidiariamente, a defesa pugna pela aplicação do princípio da intervenção mínima, sob a alegação de que a conduta do apelante não configurou ação criminosa, bem como que já foi solucionada pela via administrativa.

Mais uma vez não lhe assiste razão.

A intervenção mínima possui dois aspectos relevantes: a *fragmentariedade*, ou seja, somente os bens jurídicos mais relevantes devem ser protegidos e só os ataques mais intoleráveis podem ser punidos penalmente e, *subsidiariedade*, que dispõe que se outro ramo jurídico é suficiente para o controle social, o Direito Penal não deve ser utilizado, pois tem o caráter de *ultima ratio* frente aos demais sistemas.

Sob esse prisma, tenho que a conduta do réu deve ser punida penalmente.

Não se pode afirmar que a ação do sentenciado, que atingiu a honra subjetiva do ofendido ao proferir na presença de outras pessoas os xingamentos, é irrelevante para o direito penal. A reprimenda penal há de ser aplicada ao agente que pratica conduta tipificada como crime, não se podendo considerar que diz respeito de assunto a ser tratado somente pela via administrativa.

Outrossim, cumpre ressaltar que a conduta do réu afrontou a hierarquia e a disciplina, valores basilares da corporação militar. Dessa forma, não há como considerar a mínima ofensividade do bem jurídico tutelado para afastar a tipicidade material, estando a intervenção do direito penal justificada.

Nesse sentido, colaciono os julgados:

“APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSO PENAL. PENAL. LEI Nº 11.340/06. AMEAÇA E INJÚRIA PRECONCEITUOSA CONTRA COMPANHEIRA. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO. INAPLICÁVEL. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSÍVEL. PROVADAS MATERIALIDADE E AUTORIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A tese de atipicidade da conduta em razão de suposta aplicação do princípio da intervenção mínima do estado não merece ser acolhida. O conjunto probatório revela que a ameaça perpetrada pelo acusado foi suficiente para incutir temor na vítima e que a injúria ofendeu a sua honra subjetiva. 2. Os crimes de ameaça e injúria são de natureza formal, consumando-se, respectivamente, no momento em que a vítima é alcançada pela promessa de que estará sujeita a mal injusto e grave, e no momento em que aquela toma conhecimento do insulto à sua honra subjetiva, não sendo necessário que terceiro a perceba, não reclamando tais crimes a produção de qualquer resultado material efetivo. 3. A absolvição mostra-se inviável quando todo o conjunto probatório carreado aos autos demonstra, inequivocadamente, a prática de crimes de ameaça e de injúria contra companheira, em âmbito doméstico, uma vez que restaram comprovadas a materialidade e a autoria. 4. Negado provimento ao recurso.” (TJDF; Rec 2011.06.1.004640-8; Ac. 620.273; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. João Timóteo; DJDFTE 24/09/2012)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGADA OMISSÃO DO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INTERVENÇÃO MÍNIMA E FRAGMENTARIEDADE. O Direito Penal Militar não repele a aplicação dos princípios da intervenção mínima ou da

fragmentariedade do direito. Aliás, em algumas situações, o legislador o deixou explícito na norma penal, como se observa na lesão corporal levíssima (CPM, art. 209, § 6º) e no furto atenuado (CPM, art. 240, § 1º). Todavia, a indicação desses preceitos deve harmonizar-se com os princípios basilares das Forças Armadas, o que não se identificou no Acórdão ora hostilizado, haja vista a conduta atribuída ao embargante violar frontalmente a hierarquia e a disciplina, ignorando a ordem de cumprimento da punição administrativa que lhe fora regularmente imposta e afrontando a autoridade de seu superior perante os integrantes da Organização Militar. Assim, não há como considerar a mínima ofensividade do bem jurídico tutelado para afastar a tipicidade material.” (STM; EDcl 35-41.2008.7.01.0201; DF; Tribunal Pleno; Rel. Min. William de Oliveira Barros; DJSTM 02/10/2012)

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, improveram o recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência da Exm^a. Sr^a. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2013.

1ª Câmara Criminal***Habeas Corpus* n. 4012017-39.2013.8.12.0000 - Aquidauana****Relator Des. Dorival Moreira dos Santos**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – LESÃO CORPORAL GRAVE – PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVANTE – ORDEM DENEGADA.

Presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, uma vez que há provas da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria do paciente. Ademais, a custódia cautelar se justifica em razão da gravidade concreta do delito, porquanto o paciente teria, em tese, incorrido no crime de lesão corporal por três vezes. A primeira contra sua companheira, a segunda contra seu vizinho e, por fim, contra um policial militar.

Embora a classificação jurídica do fato ainda não esteja definida há informações nos autos de que ao menos duas lesões corporais possam ser de natureza grave. Destarte, presentes os requisitos de admissibilidade da custódia cautelar, nos termos do art. 313, I, do CPP, vez que se trata de crimes cujas penas privativas de liberdade máxima são superiores a 04 (quatro) anos.

Por fim, persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é irrelevante que o paciente possua condições pessoais favoráveis.

Com o parecer, denego a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2013.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pelo advogado Severino Alves de Moura em favor de Gilberto Magalhães Brandão, que responde pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 129, *caput* e § 9º e 121 c/c art. 14, todos do Código Penal. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Aquidauana-MS.

Alega, em síntese, que não estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, não havendo justa causa para o encarceramento do paciente. Ademais, afirma que as condições pessoais são favoráveis, como ocupação lícita, primariedade e residência fixa.

Liminar indeferida as fls. 81-82.

Informações prestadas as fls. 86-90.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina as fls. 92-96, pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pelo advogado Severino Alves de Moura em favor de Gilberto Magalhães Brandão, que responde pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 129, *caput* e § 9º e 121 c/c art. 14, II, todos do Código Penal. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Aquidauana-MS.

Alega, em síntese, que não estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, não havendo justa causa para o encarceramento do paciente. Ademais, afirma que as condições pessoais são favoráveis, como ocupação lícita, primariedade e residência fixa.

Primeiramente, transcrevo trecho da decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente (fls. 72-73):

“Compulsando os autos, verifica-se que o ilustre representante do Parquet se manifestou pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva em desfavor de Gilberto Magalhães Brandão, sob o argumento de que estão preenchidos os requisitos legais para tanto (art. 312 c/c 313, I, do CPP).

Realmente, verifica-se dos autos que a prisão cautelar do ora requerente merece ser decretada. Isso porque estão presentes os pressupostos para prisão preventiva, expressos na prova da existência do crime e nos indícios de autoria.

Também é possível consignar que a custódia cautelar se apresenta necessária para a garantia da ordem pública, na medida em que, muito embora não tenha antecedentes criminais, é de se ressaltar que foi registrado um BO em seu desfavor pela mesma vítima, em virtude das ameaças por ela sofridas. Assim, sua segregação cautelar deve ser decretada para garantia da ordem pública, dada a séria existência de indícios de que poderá voltar a cometer delitos e, com isso, perturbar a paz e tranquilidade pública.

Ao que consta do auto de prisão em flagrante, o autor do fato praticou suposto crime de lesões corporais contra três pessoas. Primeira contra sua companheira, depois contra um vizinho, que tentou apartar a agressão, e ao final contra um policial militar. Estava embriagado e fraturou a perna de sua companheira e também do policial militar que foi tentar contê-lo. Os fatos são reprováveis e indicam uma personalidade agressiva por parte do autor.

(...). Isso tudo sem contar que a classificação jurídica do fato ainda não está definida, podendo ser ao menos duas lesões corporais de natureza grave.”

São requisitos autorizadores da prisão preventiva os previstos nos arts. 312 e 313, ambos do CPP.

Em análise aos autos, verifica-se do inquérito policial (fls. 45-54), que há provas da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria do paciente. Ademais, a custódia cautelar se justifica em razão da gravidade concreta do delito, vez que o paciente teria, em tese, incorrido no crime de lesão corporal

por três vezes. A primeira contra sua companheira, a segunda contra seu vizinho e, por fim, contra um policial militar. Cumpre ressaltar que, conforme expõe o juiz singular, embora a classificação jurídica do fato ainda não esteja definida há informações nos autos de que ao menos duas lesões corporais possam ser de natureza grave.

Destarte, presentes os requisitos de admissibilidade da custódia cautelar, nos termos do art. 313, I, do CPP, vez que se trata de crimes cujas penas privativas de liberdade máxima são superiores a 04 (quatro) anos.

Em caso análogo, colaciono a jurisprudência do TJ-RS:

“A decisão sobre a prisão provisória de réu ou indiciado, decretação ou manutenção, é um ato que se insere na órbita de convencimento pessoal do juiz. Ela estando bem fundamentada, não se perquire, se houve injusta apreciação da prova ou da pessoa do detido. No caso em tela, a decisão judicial da prisão preventiva do paciente, acusado da prática do crime de lesão corporal dolosa grave, está motivada e a situação detentiva justificada nas garantias da ordem pública e da aplicação da lei penal. DECISÃO: Habeas corpus denegado. Unânime.” (Habeas Corpus Nº 70052190410, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 05/12/2012)

Ante o exposto, não há falar em ilegalidade a ser sanada por este Tribunal, tendo em vista que a prisão preventiva encontra-se fundamentada de acordo com os requisitos autorizadores (art. 312 e 313, I, ambos do CPP).

Por fim, quanto às condições pessoais do paciente, primariedade (fl. 42), ocupação lícita (65-69) e residência fixa (fl. 40 e 43), consonante o entendimento jurisprudencial do STJ, “(...) *persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é despiciendo o recorrente possuir condições pessoais favoráveis. (...)*”. (RHC 41.733/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, quinta turma, julgado em 21/11/2013, DJe 26/11/2013)

Isto posto, com o parecer, denego a ordem.

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 da Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2013.

Seção Criminal**Revisão Criminal n. 4008714-17.2013.8.12.0000 - Três Lagoas****Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa**

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO – CRIME ANTERIOR À LEI Nº 12.015/09 – IRRELEVÂNCIA – HEDIONDEZ MANTIDA – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – POSSIBILIDADE – REQUISITOS DO ART. 33 DO CP ATENDIDOS – FIXADO O INICIAL SEMIABERTO – REVISÃO PARCIALMENTE DEFERIDA.

I - O crime de estupro praticado mediante violência presumida, ainda que tenha sido cometido antes da vigência da Lei nº 12.015/2009, é considerado hediondo. Precedentes das Cortes Superiores.

II - Segundo orientação do e. Supremo Tribunal Federal, o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, que a pena por crime hediondo será cumprida inicialmente em regime fechado ofende o princípio da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da CF), devendo sua incidência ser afastada (HC n. 111.840, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.6.2012). Fixado o regime inicial semiaberto, eis que preenchidos os requisitos exigidos para tanto.

III - Revisional parcialmente deferida para abrandar o regime prisional, fixando-se o inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, deferir parcialmente a revisional. Ausente, por férias, o Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 11 de março de 2014.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Roberto Ferreira Sindor intenta a presente revisão criminal, com fundamento no inc. I do art. 621 do Código de Processo Penal, almejando a rescisão da r. sentença condenatória prolatada nos autos de ação penal n. 021.08.009802-0 (atual n. 0009802-71.2008), que tramitaram junto à 2ª Vara Criminal de Três Lagoas.

Na inicial, narra que foi condenado como incurso no art. 217-A do Código Penal com o estabelecimento do regime inicial fechado nos termos no § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90. Argumenta, contudo, que o delito foi cometido antes da vigência da Lei n. 12.015/09 e que, portanto, imperioso torna-se o afastamento do caráter hediondo do delito a fim de possibilitar o abrandamento do regime de cumprimento de pena, sob

pena de ofensa ao princípio da individualização da pena. Assim, pugna pelo deferimento da revisional a fim de que o regime prisional seja alterado para o inicial semiaberto (p. 01-22).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela procedência da revisional (p. 271-275).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Roberto Ferreira Sindor intenta a presente revisão criminal, com fundamento no inc. I do art. 621 do Código de Processo Penal, almejando a rescisão da r. sentença condenatória prolatada nos autos de ação penal n. 021.08.009802-0 (atual n. 0009802-71.2008), que tramitaram junto à 2ª Vara Criminal de Três Lagoas.

Na inicial, narra que foi condenado como incurso no art. 217-A do Código Penal com o estabelecimento do regime inicial fechado nos termos no § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90. Argumenta, contudo, que o crime foi cometido antes da vigência da Lei n. 12.015/09 e que, portanto, imperioso torna-se o afastamento do caráter hediondo do delito a fim de possibilitar o abrandamento do regime de cumprimento de pena, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena. Assim, pugna pelo deferimento da revisional para que o regime prisional seja alterado para o inicial semiaberto.

Passo à análise da pretensão rescindenda.

Ab initio, cumpre enfatizar que não assiste razão ao revisionando quando ao almejado afastamento do caráter hediondo do delito.

Isso porque nos autos está encartada ação penal referente a crime de estupro (à época ainda classificado como atentado violento ao pudor), recorrendo a denúncia que o revisionando, aproveitando-se da confiança decorrente do fato de conviver maritalmente com a avó da infante, logrou leva-lá na garupa de uma motocicleta até determinado recinto (uma sapataria), onde passou a praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal consistentes “*em beijar sua boca e, após tirar-lhe a roupa, colocar a boca em sua vagina, além de introduzir-lhe o dedo também na vagina*”.

Vigorava, na ocasião, a redação original dos incs. V e VI do art. 1º da Lei n. 8.072/90, dispondo que:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

(omissis)

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

Como se vê, os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, tanto em sua forma fundamental (hipótese que abrangia situação da violência presumida) como na qualificada (quando resultava lesão corporal de natureza grave ou morte), eram considerados igualmente hediondos.

Portanto, ainda que a conduta típica retratada nestes autos tenha sido praticada mediante violência presumida e em data anterior à vigência da Lei n. 12.015/09, inexistem meios de afastar seu caráter hediondo.

Nada obstante o revisionando tenha indicado na inicial a existência de posicionamento jurisprudencial favorável do e. Superior Tribunal de Justiça em relação a tese aqui formulada, observo que a referida Corte de Justiça, por intermédio da c. 3ª Seção, recentemente rejeitou por unanimidade os embargos infringentes em recurso especial n. 1.225.387 que versavam sobre a aludida matéria, assentando, pois, o caráter hediondo dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que na forma básica. Eis a ementa do julgado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 214, CAPUT, C. C. OS ARTS. 224, A, E 226, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009. CRIME PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER HEDIONDO RECONHECIDO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados anteriormente à Lei nº 12.015/2009, ainda que mediante violência presumida, configuram crimes hediondos. Precedentes desta corte e do Supremo Tribunal Federal. 2. Embargos de divergência acolhidos a fim de reconhecer a hediondez do crime praticado pelo embargado. (EREsp 1.225.387; Proc. 2012/0047362-2; RS; 3ª Seção; Relª Minª Laurita Vaz; DJE 04/09/2013; Pág. 321)

No mesmo eito é a remansosa jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal:

“(...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o crime de estupro, tanto na sua forma simples como na qualificada é crime hediondo. Precedentes. (...)”. (STF; HC 97.788; SP; Primeira Turma; Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Julg. 25/05/2010; DJE 25/06/2010; Pág. 44)

De rigor, portanto, a manutenção da hediondez do delito.

Todavia, tal circunstância não impossibilita a retificação do regime prisional.

Vejamos.

Segundo colhe-se da sentença, o regime foi estabelecido em conformidade com a regra traçada pela Lei n. 8.072/90, ou seja, restou fixado o inicial fechado dada a expressa dicção daquele dispositivo legal (p. 175).

Todavia, o e. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o *habeas corpus* de n.º 111.840, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual prevê que a pena dos crimes hediondos e equiparados será cumprida, inicialmente, em regime fechado.

De acordo com o entendimento que prevaleceu, o referido dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da CF). É o quanto basta, segundo a orientação da Suprema Corte, para o afastamento da incidência da aludida norma.

Impende destacar que malgrada a solução ter sido orquestrada em sede de controle difuso, não se pode simplesmente desconsiderá-la, dada sua higidez e envergadura, sob pena de recair-se em sério anacronismo que somente teria efeito de instaurar verdadeira insegurança jurídica.

A jurisprudência, aliás, já tem consagrado esse entendimento:

“(...) 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC nº 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07,

afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. 3. Desse modo, independentemente da hediondez do crime, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, C.C. art. 59, ambos do Código Penal. (...).” (STJ; HC 240.896; Proc. 2012/0087234-0; SP; Quinta Turma; Relª Minª Laurita Vaz; Julg. 07/08/2012; DJE 15/08/2012)

Desta feita, na esteira dessa orientação, verifico que apenas uma circunstância judicial do art. 59 do Código Penal foi considerada desfavorável ao revisionando (comportamento da vítima), contudo, tal moduladora não influenciou na fixação da pena-base, que restou estabelecida no mínimo legal de 06 anos de reclusão, *verbis*:

“(...) Das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a que prejudica o réu é o comportamento da vítima, que em nada contribuiu para a prática do ato criminoso. As demais circunstâncias ou são neutras ou não lhe prejudicam. Atento aos princípios da necessidade e suficiência, fixo a pena-base no mínimo legal (06 anos de reclusão). (...)” - p. 175

Impende ressaltar, ainda, que apesar de ter sido consignado na sentença que “*prejudica o réu o comportamento da vítima, que em nada contribuiu para a prática do ato criminoso*”, resta evidente tal moduladora foi equivocadamente considerada em sentido inverso, porquanto, acaso valorada, somente deve operar em favor do réu, atenuando-lhe a resposta penal, já que para tanto será considerada a excepcional hipótese da ofendida estimular de alguma forma a prática delitiva.

Assim, diante da constatação supra, e tendo em vista que a reprimenda foi ao final da dosimetria quantificada no mínimo legal de 06 anos, tenho como suficiente e adequada a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 1º, *b*, do Código Penal.

Conclusão

Destarte, ante ao exposto, em parte contra o parecer, defiro parcialmente o pedido revisional formulado em favor de Roberto Ferreira Sindor a fim de apenas e tão-somente abrandar o regime prisional, fixando o inicial semiaberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deferiram parcialmente a revisional. ausente, por férias, o des. ruy celso barbosa florence.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 11 de março de 2014.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0004229-07.2011.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – PRETENSO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – PERICULOSIDADE SOCIAL – AGENTE REINCIDENTE – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA APROPRIAÇÃO DE COISA ACHADA – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DA ELEMENTAR “COISA ALHEIA PERDIDA” – PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – AFASTADA A VALORAÇÃO DA MODULADORA DA PERSONALIDADE – OPERADA A COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – ALTERAÇÃO, *EX OFFICIO*, DO REGIME PRISIONAL – POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O reconhecimento do caráter bagatela da conduta *sub examine*, demonstraria incongruência com os vetores estabelecidos pelo Pretório Excelso, atentando, inclusive, contra a prevenção especial do tipo, uma vez que, a concessão de tal benesse ao agente que constantemente pratica crimes revelaria verdadeiro contrasenso as finalidades da pena, já que constituiria fomento à prática de delitos de pequena monta.

II - Na hipótese, somente seria possível proceder à desclassificação para apropriação de coisa achada, caso a vítima, realmente, tivesse perdido seu objeto, o que, por óbvio, não ocorreu no presente, eis que o ofendido apenas havia esquecido a carteira no hospital, tanto é que momentos depois da subtração, a vítima retornou ao local dos fatos para buscar seu pertence. É certo, portanto, que a elementar descrita na norma infringida, qual seja, “coisa alheia perdida” não restou caracterizada, não havendo que se falar na desclassificação almejada.

III - Para valoração da moduladora da personalidade, deve o julgador valer-se de elementos contidos nos autos que possam servir para aferir “a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito” (STJ - HC 89321/MS, Relª Minª Laurita Vaz, 5ª T., DJe 06/04/2009), devendo a exasperação da pena-base ser afastada se a fundamentação não se alinha com tais premissas.

IV - É assente nesta Colenda Primeira Câmara Criminal que ocorrendo o concurso entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a operação deve resultar em compensação de tais circunstâncias.

V - Deve-se fixar o regime prisional semiaberto para o implemento inicial da reprimenda, eis que trata-se da medida mais adequada ao *quantum* da pena aplicada ao apelante e as circunstâncias pessoais deste.

VI - Recurso parcialmente provido, a fim de afastar a valoração da personalidade; compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e alterar, *ex officio*, o regime prisional para o semiaberto, restando a reprimenda, definitivamente, em 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida no regime prisional semiaberto e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, à razão unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

EM PARTE, CONTRA O PARECER DA PGJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, em parte contra o parecer, dar parcial provimento ao recurso e de ofício, fixar o regime semiaberto, nos termos do voto do relator, vencido o Vogal.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2013.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Fernando Benedito Monteiro Eleutério em face da r. sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados-MS (pp. 121-134), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e, por consequência, o condenou como incurso nas penas do artigo 155, *caput*, do Código Penal, em 03 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 42 (quarenta e dois) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Dos autos consta que no dia 16 de janeiro de 2011, por volta das 19h:30min, no Posto de Atendimento Médico localizado na Rua Presidente Kennedy, Vila Industrial, Dourados, MS, o apelante Fernando Eleutério subtraiu para si uma carteira, cor marrom, contendo em seu interior vários documentos pessoais e cartão de crédito, pertencente à vítima Edival de Oliveira Conrado.

Em suas razões (pp. 143-152), o apelante pleiteia sua absolvição com arrimo no princípio da insignificância; a desclassificação do delito de furto para o de apropriação de coisa achada; a redução da pena-base para o mínimo legal e; a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Ao final, prequestiona negativa de vigência ao artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, artigo 168, parágrafo único, inciso II, artigo 59 e artigo 67, todos do Código Penal.

Em contrarrazões recursais (pp. 154-194) o órgão ministerial propugna pelo improvimento do recurso defensivo conservando *in totum* a decisão hostilizada.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (pp. 197-205), opina pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Deflui-se da prefacial acusatória que:

“(...) no dia 16 de janeiro de 2011, por volta, das 19h30min, no Posto de Atendimento Médico localizado na Rua Presidente Kennedy, Vila Industrial, em Dourados/MS, o denunciado Fernando Benedito Monteiro Eleutério subtraiu, para si, 01 (uma) carteira, cor marrom, contendo em seu interior vários documentos pessoais e cartão de crédito, pertencendo a vítima Edival de Oliveira Conrado.

Narra o procedimento de investigação em anexo que, no dia e horário dos fatos acima descritos, a vítima compareceu ao posto médico para realizar um exame médico de raio-x.

Para realização do referido exame, foi necessário que o ofendido retirasse seus pertences e os colocasse sobre uma mesa. Ocorre que ela, no momento de ir embora, não se recordou de resgatá-los e acabou se retirando do local sem sua carteira.

Em seguida foi atendido o denunciado, que, aproveitando-se do descuido da vítima, surrupiou a carteira dela, vindo posteriormente a se retirar do local de posse da res furtiva.

Instantes depois, ao sentir falta de sua carteira, a vítima retornou ao posto de atendimento médico, onde foi informada por uma funcionária que o denunciado teria saído de lá com uma carteira com as mesmas características da sua.

Instado acerca dos fatos, o denunciado confessou a prática do delito que lhe está sendo imputado, informando, inclusive, que cumpre “pena” no regime semiaberto pela prática do crime de roubo (...)” (pp. 02-03).

Recebida a inicial e concluída a instrução do feito, foi prolatada a r. sentença de mérito pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados-MS, que condenou Fernando Benedito Monteiro Eleutério em 03 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprido no regime prisional fechado, e ao pagamento de 42 (quarenta e dois) dias-multa, por infringência ao artigo 155 do Código Penal (pp. 121-134).

Irresignado, apela a esta Corte.

Nas razões (pp. 143-152), pleiteia: *a)* a absolvição quanto à presente conduta, por entender ser materialmente atípica tal prática, devendo-se aplicar o princípio da insignificância; *b)* a desclassificação do delito de furto para o de apropriação de coisa achada; *c)* a redução da pena-base para o mínimo legal e; *d)* a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Passo à análise das irresignações recursais.

1) Da aplicação do Princípio da Insignificância.

Inicialmente a defesa pugna a absolvição do apelante ao argumento de que a presente conduta é atípica, devendo-se aplicar o Princípio da Insignificância alegando, para tanto, que *“não houve prejuízo e sequer risco de dano ao patrimônio, pois como informa o coeso conjunto probatório dos Autos, na carteira existiam tão somente documentos, os quais muito embora possam ser usados na prática de delitos patrimoniais como o estelionato, são desprovidos de valor econômico”* (p. 145).

Sem razão, entretantes.

De proêmio, urge salientar que à luz do princípio da insignificância, o Direito Penal não ostenta o ônus de se ater as condutas que, embora típicas, são incapazes de ofender o bem jurídico tutelado pelo Estado, ou seja, condutas que não apresentam relevância material, sendo tal entendimento extraído do brocardo romano *de minimis non curat praetor*.

Sabe-se que, consoante o entendimento do Pretório Excelso, para a aplicação do referido princípio, além de analisar as singularidades do caso concreto, imprescindível se faz a constatação da mínima ofensividade da conduta do agente; de nenhuma periculosidade social da ação; do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e da inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Pois bem.

De antemão, saliento que analisando a certidão acostada às pp. 84-87, verifica-se que o paciente ostenta duas condenações definitivas por delitos contra o patrimônio, cabendo, inclusive, salientar que tais registros foram utilizados para alicerçar a exasperação da pena-base pelos maus antecedentes, bem como para aplicar a circunstância agravante da reincidência (pp. 131-132).

De mais a mais, impende ressaltar que “*o acusado estava cumprindo pena em regime semiaberto quando cometeu o crime*” (p. 132).

Nesse aspecto, considero de expressiva pertinência transcrever segmento da sentença vergastada, *in verbis*:

“(...) Pela análise dos fatos, conclui-se à toda evidência que o delito perpetrado não é passível de aplicação da bagatela, já que não se verificou o preenchimento de todos os requisitos. Isto porque a ofensa ao patrimônio alheio, na forma narrada no libelo, é socialmente reprovável; some-se a isto o fato do autor estar amiúde envolvido na seara delitual, ostentando em seu desfavor vários procedimentos por delitos contra o patrimônio, inclusive alguns com emprego de violência, sendo reincidente.

Tais fatores, erigem empecilho ao reconhecimento da causa excludente da tipicidade, independentemente da recuperação da res (...)” (p. 124) Destaquei.

De pronto, percebe-se que, *in casu*, não se cogita falar em ausência de periculosidade social, porquanto, encontra-se cristalinamente evidenciada a propensão do apelante a prática delitiva, frente os ilícitos penais perpetrados reiteradamente por este, o que, por consectário, exige a atuação por parte do Poder Judiciário.

Assim, o reconhecimento do caráter bagatelar da conduta *sub examine*, demonstraria incongruência com os vetores estabelecidos pelo Pretório Excelso, atentando, inclusive, contra a prevenção especial do tipo, uma vez que, a concessão de tal benesse ao agente que constantemente pratica crimes revelaria verdadeiro contrasenso as finalidades da pena.

Ademais, a aplicação do Princípio da Insignificância nos casos em que o agente perpetra reiteradamente condutas delitivas, acabaria por fomentar a prática de crimes de pequena monta, desvirtuando totalmente a finalidade de tal benefício.

No mesmo entoar, o Superior Tribunal de Justiça entende que “*a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma, sob pena de verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente para aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida*” (HC 207.547/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, quinta turma, julgado em 06/09/2012, DJe 19/09/2012).

Em casos análogos ao presente, eis o entedimento da Corte Especial:

“(...) 5. No caso, independentemente do valor atribuído ao bem - R\$ 37,00 (trinta e sete reais) -, o agravante, consoante asseverado pelas instâncias ordinárias, possui outras condenações criminais transitadas em julgado caracterizadoras de maus antecedentes e da reincidência, o que indica que nem mesmo as censuras penais anteriores foram suficientes para impedir o seu retorno às atividades criminosas. Assim, a reiteração delitiva impede o reconhecimento da insignificância penal, uma vez ser imprescindível não só a análise do dano causado pela ação, mas também o desvalor da culpabilidade do agente, sob pena de se aceitar, ou mesmo incentivar, a prática de

pequenos delitos (...)” (AgRg no AREsp 77.633/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 09/10/2013) (g.n.)

“(...) 2. No caso dos autos, embora o valor do bem furtado não seja expressivo - R\$ 7,15 (sete reais e vinte centavos) -, ficou consignado na origem que “o acusado é reincidente, possuindo maus antecedentes e anotações criminais que servem para macular conduta social e personalidade”, situação incompatível com a aplicação do princípio da insignificância (...)” (AgRg no HC 250.127/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 25/09/2013) (g.n.)

No mesmo ritmar, eis pertinente excerto do Supremo Tribunal Federal:

“(...) 4. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido à sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal. 5. Ordem denegada (...)” (HC 115707, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-156 DIVULG 09-08-2013 PUBLIC 12-08-2013)

Resta claro, portanto, que o pequeno valor da coisa subtraída, por si só, não enseja a aplicação do princípio da insignificância, de modo a excluir o furto, praticado em tais circunstâncias, da esfera da tipicidade penal.

2) Da desclassificação do crime de furto para o de apropriação de coisa achada.

Nesse particular, salienta-se, desde já, que a pretensão da Defensoria não merece prosperar, porquanto, ausentes quaisquer elementos que consintam a tipificação mais branda almejada pelo recorrente.

Pois bem.

De início, insta mencionar que o apelante asseverou, durante a fase preparatória, que se aproveitou do descuido da vítima, pois esta esqueceu a carteira na sala da radiografia, ocasião em que o agente, aproveitando-se de tal situação, subtraiu o respectivo bem.

Nesse sentido, eis o depoimento extrajudicial do recorrente:

“(...) QUE no dia dos fatos em questão, o interrogando foi até o Posto de Atendimento Médico – PAM – localizado na rua Presidente Kennedy, nesta cidade, ocasião em que preenchia sua ficha, a vítima EDIVAL DE OLIVEIRA CONRADO estava ao lado do interrogando, e este falou que estava cumprindo pena no regime semi aberto; QUE quando EDIVAL foi tirar raio X, deixou sua carteira ao lado do aparelho de raio X, ocasião em que o interrogando se aproveitou da oportunidade e veio a subtrair a carteira da vítima; QUE o interrogando informa que ainda permaneceu no local, para fazer outro exame; QUE o interrogando não sabe dizer como a vítima veio a tomar conhecimento de que o autor do fato foi o interrogando (...)” (p. 19) (g.n.).

No mesmo tom, eis o depoimento da vítima Edival de Oliveira Conrado:

“(...) QUE na data de 16 de janeiro de 2011, o declarante se encontrava no Posto de Atendimento Médico - PAM, na rua Presidente Kennedy, Vila Industrial, nesta cidade, onde foi se consultar e tirar raio X; QUE quando o declarante entrou na sala pra tirar raio X, deixou sua carteira ao lado da máquina de raio X, dentro da sala, e esqueceu de pegar a mesma quando saiu do local; QUE passado pouco tempo o declarante sentiu falta

de sua, retornou na sala de RAIO X, no mesmo local que o declarante; QUE diante dos fatos o declarante compareceu nesta Delegacia de Polícia para registrar o boletim de ocorrência, e apresentou fotos e ficha disciplinar de FERNANDO BENEDITO MONTEIRO ELEUTERIO que lhe fora entregue no Semi Aberto; QUE o declarante informa que não conhecia o autor (...)” (p. 18) (g.n.).

Tem-se, ainda, o depoimento de Ângela Maria Galindo:

“(...) MP: Como que se deram os fatos?

DEPOENTE: Nesse dia eu estava de plantão, aí...

MP: A senhora trabalhava lá no posto?

DEPOENTE: Trabalho.

MP: Ah, trabalha, certo.

DEPOENTE: Trabalho lá. Aí, a gente faz exames de raio-x, né. Quando esse rapaz entrou para fazer raio-x, aí eu efetuei os exames, e ele saiu, primeiro foi o menino...

MP: Foi a vítima?

DEPOENTE: A vítima. Fez os exames e saiu.

MP: E você viu a vítima deixando a carteira dela?

DEPOENTE: Não.

MP: Não? Tá.

DEPOENTE: Não. Aí, depois já veio, entrou o outro menino, aí ele estava... Tirou um boné, e colocou na beiradinha onde fica a mesa que eles deitam para fazer o exame. Aí, em seguida, eu arrumei ele (ininteligível) fazer o exame, tal, realizei o exame, aí eu fui puxar o boné do lugar, a carteira estava em baixo do boné, entendeu? Daí eu fiz exame... Como eu não tinha visto a carteira anteriormente, para mim a carteira era dele. Aí, fiz o exame, ele saiu rapidinho e já foi lá para frente, que o atendimento é em um bloco para frente do meu. Em seguida retornou o rapaz que tinha feito antes dele, perguntando da carteira, eu falei: “A carteira é uma carteira marrom clarinha assim, assim?”, ele falou: “É.”, eu falei: “Eu vi uma carteira assim, mas com uma pessoa que entrou depois de você e saiu”, a carteira não estava lá dentro, a gente entrou, procurou, não estava. Aí, eu fui lá à frente, para ver a ficha do rapaz, endereço certinho, porque senão... Imaginei que ele ia pensar que eu tinha pegado a carteira dele, entendeu. Infelizmente, quando (ininteligível) a ficha, o endereço do rapaz era o semiaberto. Aí, ele foi ao semiaberto, segundo ele voltou lá para me falar, foi no semiaberto e procurou lá o rapaz (ininteligível), aí depois eu fui à delegacia, e ele tinha confessado que tinha pegado a carteira, segundo foi o que eu fiquei sabendo, porque depois não tive contato com nenhum dos dois mais (...)” (pp. 77-78).

Vê-se, portanto, que a dinâmica do delito, coligada as declarações coerentes das testemunhas, em oposição a alegação da Defensoria, de toda insubsistente, revela claramente a inexistência de apropriação de coisa alheia perdida.

Ora, como visto exaustivamente acima, o réu, ora apelante, subtraiu a carteira de propriedade da vítima. Na verdade, em nenhum momento a vítima perdeu o objeto furtado, sendo este apenas esquecido no interior da sala de radiografia.

Com efeito, somente seria possível proceder à desclassificação pretendida, caso a vítima, realmente, tivesse perdido seu objeto, o que, por óbvio, não ocorreu no presente, eis que o ofendido apenas havia esquecido a carteira no hospital, tanto é que momentos depois da subtração, a vítima retornou ao local dos fatos para buscar seu pertence.

Assim, tendo em vista que a elementar descrita na norma infringida é “*coisa alheia perdida*” e não coisa alheia esquecida, não há se falar em desclassificação para o tipo descrito no artigo 169, parágrafo único, inciso II, do Código Penal.

Nesse sentido, eis o escólio de Cleber Masson, *in verbis*: “(...) *como a lei fala em coisa perdida, também será imputado ao sujeito o crime de furto quando se apoderar de coisa esquecida pelo titular (...)*” (Masson, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado : parte especial*. 3.^a ed. - São Paulo : Método, 2011. Pág. 533).

No mesmo átimo, eis a jurisprudência dos Tribunais Pátrios:

“(...) APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO. DESCLASSIFICAÇÃO APROPRIAÇÃO DE COISA ACHADA. INCABÍVEL. VERBA INDENIZATÓRIA. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1 - Restando comprovado que a subtração foi de coisa esquecida e não de coisa perdida, inviável a desclassificação do delito de furto para o de apropriação de coisa achada. Ausente objeto material do tipo. 2 - Incomportável o afastamento da reparação mínima de danos à vítima pois, é norma cogente, sendo dever do magistrado, na sentença, aplicá-la. O quantum foi estabelecido de forma coerente, devendo ser mantido. Recurso desprovido (...)” (TJGO; ACr 153505-39.2008.8.09.0152; Uruaçu; Rel. Des. Ivo Favaro; DJGO 02/02/2012; Pág. 322)

“(...) APELAÇÃO CRIMINAL. Furto qualificado pelo concurso de agentes. Autoria. Res furtiva apreendida na posse do acusado. Interrogatórios que convalidam os elementos apurados na fase indiciária. Condenação mantida. Pleito de desclassificação para apropriação de coisa achada. Acusado que presencia o momento em que a carteira cai do bolso da vítima dentro do ônibus de transporte dos trabalhadores. Diferenciação entre coisa perdida e coisa esquecida diante da possibilidade de a vítima encontrar a Res. Furto caracterizado. Defensor dativo. Honorários fixados em primeiro grau e que englobam o manejo das razões de apelação. Pleito afastado. Coisa perdida e coisa esquecida: Não se confundem, por certo. A perdida sumiu por causa estranha à vontade do proprietário ou possuidor, que não mais a encontra; a esquecida saiu da sua esfera de vigilância e disponibilidade por simples lapso de memória, embora o dono saiba onde encontrá-la. Ex. : Saindo à rua, o indivíduo deixa cair sua carteira e continua caminhando sem perceber: Trata-se de coisa perdida; saindo de um restaurante, esquece o casaco sobre a cadeira: Trata-se de coisa esquecida, pois terá chance de voltar para pegá-lo. Assim, quem se apropria de coisa esquecida, disso tendo conhecimento, comete furto, e não apropriação (nucci, guilherme de Souza. Código Penal comentado. 9. ED. Rev., atual. E ampl. São paulo: Revista dos tribunais, 2009. P. 783) (...)” (TJSC; ACr 2009.009832-5; Curitiba; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Jorge Schaefer Martins; Julg. 19/08/2011; DJSC 12/09/2011; Pág. 354)

“(...) DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE APROPRIAÇÃO DE COISA ACHADA. IMPOSSIBILIDADE. Não se trata, nos autos, de coisa perdida, mas meramente esquecida pelo proprietário e reclamada posteriormente (...)” (TJRS; ACr 70021610233; Getúlio Vargas; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel; Julg. 12/12/2007; DOERS 18/01/2008; Pág. 73)

Desta forma, tendo em vista que a análise da prova angariada converge a um juízo de certeza acerca da prática de furto, não encontra guarida o pleito de desclassificação de tal conduta para aquela tipificada no artigo 169, parágrafo único, inciso II, do CP.

3) Da redução da pena-base.

Ao confeccionar a dosimetria penal, o Juiz singular procedeu da seguinte forma:

“(...) Embora não seja primário, a incidência de número 001 (furto, f. 84), será levada em consideração na segunda fase de aplicação da pena. Contudo, além da condenação já citada, o acusado também já foi condenado pelo crime de roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, afora outras incursões delituosas aptas a demonstrar sua personalidade violenta e conduta social amplamente desfavorável. Além do mais, verificando as condições pessoais do agente, subsume-se seu vínculo com a facção criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital. Por fim, de e analisar que o acusado estava cumprindo pena em regime semiaberto quando cometeu o crime, fato que evidencia seu menoscabo para com a Justiça e falta de responsabilidade em arcar com as consequências de suas atitudes nefastas (...)” (pp. 131-132).

Como se vê, foram avaliadas negativamente as moduladoras dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do crime, e, por tal razão, a pena-base foi fixada em 03 (três) anos de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa.

Sucedede que, excepcionando-se os antecedentes, os fundamentos alinhados na avaliação das referidas moduladoras, não permitem que sejam elas consideradas negativas.

Senão vejamos.

No que concerne a personalidade do apelante, observa-se que o Juízo sentenciante valorou negativamente tal moduladora, ao argumento de que *“o acusado também já foi condenado pelo crime de roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, afora outras incursões delituosas aptas a demonstrar sua personalidade violenta e conduta social amplamente desfavorável”* (p. 132).

Nada obstante tal entendimento, sabe-se que a personalidade, conforme o entendimento das Cortes Superiores, deve ser entendida como *“a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito”* (STJ, HC 89321/MS, Rel^a Min^a Laurita Vaz, 5^a T., DJe 06/04/2009).

Destarte, tenho que a fundamentação levada à efeito pelo emérito julgador deve ser refutada, porquanto não retrata qualquer dado da personalidade utilizada na prática do delito

Noutro vértice, com relação à conduta social, calha os adestros do ilustre doutrinador Fernando Capez¹: *“(...) Enquanto os antecedentes se restringem aos envolvimento criminais do agente, a conduta social tem um alcance mais amplo, referindo-se às suas atividades relativas ao trabalho, seu relacionamento familiar e social e qualquer outra forma de comportamento dentro da sociedade.”* - destaquei

Rogério Grecco² esclarece que:

“(...) Por conduta social quer a lei traduzir o comportamento do agente perante a sociedade. Verifica-se o seu relacionamento com seus pares, procurando-se descobrir o seu temperamento, se calmo ou agressivo, se possui algum vício, a exemplo de jogos ou bebidas, enfim, tenta-se saber como é o seu comportamento social, que poderá ter ou não influenciado no cometimento da infração(...)”.

1 **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 14^a ed. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 481

2 **Código penal comentado**. 4. ed. Niterói, RJ : Impetus, 2010. p. 140.

Assim, como se vê a fundamentação alinhada bem se amolda à inteligência da circunstância judicial em comento, haja vista que o recorrente cometeu o delito ainda quando cumpria pena em regime semiaberto, demonstrando, dessa forma, seu descaso com as leis e com a sociedade.

Desta forma, em atenção ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, afasto a valoração apenas quanto a personalidade, conservando-se as moduladoras dos antecedentes e da conduta social.

4) Da compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Neste particular, a Defesa alega que *“a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea é plenamente viável, não ocorrendo nenhuma ilegalidade na sua aplicação, visto que ambas são preponderantes nos exatos termos do art. 67 do CP, podendo inclusive tal compensação operar-se ex officio, vez que em nada prejudica o acusado”* (p. 150).

A pretensão recursal, comporta acolhimento.

É que, ocorrendo o concurso entre a reincidência e a confissão espontânea, a operação deverá resultar na compensação entres tais circunstâncias legais.

A despeito, importa ressaltar que o entendimento da 1ª Câmara Criminal desta Corte era, efetivamente, no sentido de que a reincidência, como preponderante, deveria prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, não sendo admissível a compensação entre tais circunstâncias.

Todavia, a partir do julgamento dos embargos infringentes 1.154.752-RS, de relatoria do Exmo. Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 23/5/2012, a matéria foi submetida a apreciação da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, prevalecendo o entendimento de que é possível a compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, conforme verifica-se da ementa do julgado:

“(...) 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 (...)” (EREsp 1154752/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, em 23/05/2012, DJe 04/09/2012)

Vale ressaltar que esta matéria foi veiculada no informativo n.º 498, do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“(...) A Seção, por maioria, entendeu que devem ser compensadas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência por serem igualmente preponderantes. Segundo se afirmou, a confissão revela traço da personalidade do agente, indicando o seu arrependimento e o desejo de emenda. Assim, nos termos do art. 67 do CP, o peso entre a confissão – que diz respeito à personalidade do agente – e a reincidência – expressamente prevista no referido artigo como circunstância preponderante – deve ser o mesmo, daí a possibilidade de compensação (...)”

Trago, ainda, a jurisprudência desta Colenda Primeira Câmara Criminal:

“(...) Aplicada a compensação entre a agravante de reincidência e a atenuante da confissão espontânea, haja vista que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 1.154.752/RS, fixou entendimento sobre a compensação destas, considerando-as igualmente preponderantes (...)” (TJMS, Habeas Corpus n. 0018852-79.2011.8.12.0001 – Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, Julgado em 02.04.2013)- Unânime.

“(...) II - A agravante de reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal, conforme novo entendimento da terceira seção do Superior Tribunal de Justiça (...)” (TJMS, Habeas Corpus n. 0012689-17.2010.8.12.0002 – Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Julgado em 18.03.2013)- Unânime.

Destarte, não há mais sentido em manter a filiação à antiga corrente jurisprudencial, sob pena de flagrante anacronismo, devendo ser efetivada a compensação entre as aludidas circunstâncias legais.

5) Do redimensionamento da pena-base.

No que toca a primeira fase da confecção da reprimenda, tendo em vista que a valoração da personalidade restou afastada (tópico 2) e as moduladoras dos antecedentes e da conduta social foram conservadas, exaspero a pena-base em 01 (um) ano, por entender ser o *quantum* necessário ao caso, respeitando os critérios da proporcionalidade, fixando-se a pena-base em 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Quanto à segunda fase da confecção da reprimenda, tendo em vista a presença da agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, opero a compensação entre tais circunstâncias (tópico 4), conservando a pena intermediária em 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Na última fase, frente à ausência de quaisquer causas que aumentem ou diminuam a reprimenda, fixo-a, definitivamente, em 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

De outro giro, não se olvida que a pena fixada é inferior a 04 (quatro) anos, o que, em tese, permitiria a imposição do regime prisional aberto, conforme prevê o art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal.

Todavia, sabe-se que o critério quantitativo-objetivo não é o único elemento a ser aferido durante a fixação do regime prisional.

Isto porque nos termos do artigo 33, §§ 2 e 3º, do Código Penal, o regime prisional será determinado em atenção às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, de modo que para fazer *jus* ao regime mais brando o acusado deve contar com circunstâncias amplamente favoráveis e não ser reincidente.

No caso, embora o apelante conte com a análise positiva de maioria das circunstâncias judiciais, não se pode desprezar a valoração negativa dos antecedentes e da conduta social, além da reincidência do apelante, fatos estes que cristalizam a necessidade de maior repressão estatal.

Todavia, tenho que o regime prisional estabelecido no édito hostilizado, qual seja, o fechado, demonstra ser demasiadamente severo se analisada as circunstâncias judiciais do apelante, assim como o *quantum* da pena infligido.

Por tal razão, imperioso se torna estabelecer, *ex officio*, o regime prisional semiaberto para o implemento inicial da reprimenda.

No mais, saliento ser inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a suspensão condicional da pena, frente à ausência de correspondência com os artigos 44, incisos II e III, e 77, incisos I e II, ambos do Código Penal, porquanto além de ser reincidente, os antecedentes do recorrente indicam que tal substituição não é suficiente para resposta à conduta praticada.

6) Dos pronunciamentos finais.

Derradeiramente, no que tange ao prequestionamento suscitado pela Defensoria Pública Estadual, importa mencionar que a matéria foi apreciada cabalmente, restando profusamente debatida, razão pela qual, torna-se prescindível a indicação pormenorizada de normas legais.

Em face de tais ponderações, é de ser dado parcial provimento ao Recurso Defensivo, para afastar a valoração da personalidade; compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e alterar, *ex officio*, o regime prisional para o semiaberto, restando a reprimenda, definitivamente, em 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida no regime prisional semiaberto e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, à razão unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

É como voto, em parte, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

A Sr^a. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha (Revisora)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Vogal)

Diante da situação colocada no caso em exame, e principalmente em razão das peculiaridades específicas que circundam os fatos narrados nos autos, com a devida vênia, hei por bem divergir, em parte, dos posicionamentos adotados pelo Relator e Revisora.

Trata-se de apelação, na qual o eminente Relator reconheceu a atenuante da confissão espontânea em favor do apelante, determinando a compensação/neutralização desta atenuante com a agravante da reincidência, o que refletiu na pena definitiva, que foi fixada em 2 (dois) anos de reclusão no regime inicial semiaberto, e 20 (vinte) dias-multa no valo de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Com a devida vênia, divirjo do Relator, não quanto ao reconhecimento da confissão, mas sim no tocante à compensação dessa atenuante com a agravante da reincidência.

Levando em consideração o conteúdo do art. 67 do Código Penal, o qual estabelece que no “*concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência*”, entendo que a reincidência sempre deve preponderar sobre a confissão (espontânea ou voluntária), pois aquela, ao contrário dessa, encontra menção expressa no dispositivo em questão, circunstância que, por si só, já indica a sua maior importância e evidente predominância.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes do STF:

“HABEAS CORPUS. PENA. FIXAÇÃO. Concurso de atenuante e agravante. Preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea. Ausência de ilegalidade. O tribunal de origem, ao reformar a sentença de primeira instância, elevou a pena acima do mínimo legal a vista do que dispõe o artigo 67 do Código Penal. Inexistência de ilegalidade. Habeas corpus indeferido.” (STF. HC 71094/SP. Rel. Min. Francisco Rezek. Segunda Turma. DJ 04.08.1995. Pág. 22442).

“HABEAS CORPUS. ROUBO. CONCURSO DE ATENUANTES E AGRAVANTES. ARMA NÃO APREENDIDA E NÃO PERICIADA. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM DENEGADA. (...)

4. Corretas as razões do parecer da Procuradoria-Geral da República ao concluir que o artigo 67 do Código Penal é claro “ao dispor sobre a preponderância da reincidência sobre outras circunstâncias, dentre as quais enquadram-se a confissão espontânea. Afinal, a confissão não está associada aos motivos determinantes do crime, e - por diferir em muito do arrependimento - também não está relacionada à personalidade do agente, tratando-se apenas de postura adotada pelo réu de acordo com a conveniência e estratégia para sua defesa”. 5. Não há ilegalidade quando a circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea na aplicação da pena. Nestes termos, HC 71.094/SP, rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, unânime, DJ 04.08.95. 6. Habeas corpus denegado.” (STF, HC 99446, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009)

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI 10.826/2003). DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA DEVE PREPONDERAR SOBRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. 1. A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente (art. 67 do Código Penal), hipóteses em que não se enquadra a atenuante da confissão espontânea. Precedentes. 2. Recurso ao qual se nega provimento.” (RHC 102957, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010)

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. CONCURSO DE ATENUANTE E AGRAVANTE. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA É CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Pedido de compensação, na segunda fase da imposição de pena ao réu, da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. 2. A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes. 3. A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente. 4. Ordem denegada.” (HC 102486, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010)

No mesmo sentido, extrai-se do STJ:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O entendimento firmado pela Quinta Turma deste Tribunal é no sentido de que a agravante da reincidência deve ser considerada como circunstância preponderante, atendendo ao disposto no art. 67 do Código Penal, quando em concurso com a atenuante

da confissão espontânea. 2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1042712/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2008, DJe 02/02/2009)

“(...) A circunstância agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do CPB. Precedentes do STJ. (...)” (HC 85.975/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 22/09/2008)

“PROCESSUAL PENAL. PENA. FIXAÇÃO. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE (CONFISSÃO) COM AGRAVANTE (REINCIDÊNCIA). PREPONDERÂNCIA DA SEGUNDA. O paciente foi preso em flagrante, (fato externo) portando substância entorpecente. Nestas condições, sua confissão afigura-se de pouca ou nenhuma valia, porque a reincidência é circunstância preponderante, nos termos do art. 67, do Código Penal, prevalecendo sobre aquela causa atenuante, não podendo, portanto, engendrar diminuição da pena, ou mesmo compensação.” (STJ, Habeas Corpus nº 9589 – MG, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 23/08/1999, pág. 153).

Deve ser levado em consideração que nem sempre a confissão representa uma personalidade positiva do agente. Pelo contrário, em muitas oportunidades, a confissão é consequência da própria prisão do agente, ainda mais nos casos de flagrância, de modo que a confissão não pode ser valorada da mesma forma que a reincidência, que se trata de critério objetivo e independe das circunstâncias relacionadas ao cometimento do crime ou à prisão do agente.

No presente caso, o apelante foi flagrado por testemunhas surrupiando a carteira da vítima, de modo que a confissão não facilitou de maneira alguma na apuração da materialidade ou da autoria.

Não restam dúvidas, portanto, de que a reincidência deve preponderar sobre a confissão (espontânea ou voluntária), pois aquela está incluída no rol de preponderância previsto no art. 67 do CP, além de se tratar de critério objetivo, diferentemente da confissão, cuja relação com a personalidade do agente depende da análise de inúmeros critérios, na maioria de natureza subjetiva.

Ademais, na hipótese de concurso entre circunstâncias, a que tiver maior grau de preponderância irá se sobressair em relação a mais fraca, contudo sua força de atuação será reduzida, pois haverá resistência de outra que vem em sentido contrário.

Dessa forma, partindo da pena-base fixada no voto do relator, e aplicando a preponderância da reincidência no patamar de 1/12 (um doze avos) sobre a pena-base, fixo a pena definitiva do apelante em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 21 (vinte e um) dias-multa.

Por fim, acompanho o relator no tocante aos demais pontos do seu voto.

Diante do exposto, em parte contra o relator, dou parcial provimento ao recurso defensivo, para afastar a valoração da personalidade; determinar a preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea; e alterar o regime prisional para o semiaberto, restando a reprimenda, definitivamente, em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida no regime prisional, semiaberto e ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, em parte contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso e de ofício, fixaram o regime semiaberto, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Presidência da Exm^a. Sr^a. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

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. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 16 de dezembro de 2013.

1ª Câmara Criminal***Habeas Corpus* n. 4013247-19.2013.8.12.0000 - Campo Grande****Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa**

EMENTA – *HABEAS-CORPUS* – CÁRCERE PRIVADO- TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - INÉPCIA DA DENÚNCIA - DENÚNCIA PREENCHE OS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CPP - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E ATIPICIDADE DA CONDUTA - MATÉRIA QUE FOGE AO EXAME DO *HABEAS CORPUS* - ANÁLISE DE MÉRITO - ORDEM DENEGADA.

Cumpre esclarecer acerca dos requisitos da peça acusatória, conforme prescreve o art. 41, do Código de Processo Penal: “a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”. De leitura da inicial acusatória, é possível extrair a exposição dos fatos com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a capitulação do crime (cárcere privado) e o rol de testemunhas.

Quanto ao pedido de trancamento de ação penal pela ausência de justa causa, não há nos autos prova inconteste do alegado, portanto, a versão sustentada pelo impetrante constitui tese controvertida e exige exame aprofundado do contexto probatório, o que é defeso na via estreita do Habeas Corpus.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com parecer, denegar a ordem nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 20 de janeiro de 2014.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

O advogado Carlos Augusto Melke Filho e outros impetram ordem de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor de Rodrigo Palhano de Figueiredo, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS.

Segundo a impetrante, o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de Cárcere Privado, tipificado pelo artigo 148, caput, do Código Penal, uma vez que, no dia 22 de junho de 2013, por volta das 09h30min, na sua própria residência, localizada no Edifício Oliveira Lima, situado na Avenida Afonso Pena, 2.802, nesta capital, teria supostamente privado a vítima Sra. Nair Carvalho Alves de sua liberdade mediante cárcere.

Alude que, a denúncia nada mais é do que uma reprodução dos fatos narrados unicamente pela própria vítima em seu interrogatório na fase policial, não merecendo, data vênia, por isso subsistir. Além disso, na denúncia, também está expressamente reconhecido que o denunciado ora paciente negou a imputação de crime de cárcere que lhe fora desferido afirmando que pediu que a Sra. Nair aguardasse na parte da lavanderia enquanto estivesse no convívio com a sua filha, tudo a fim de preservar a sua intimidade e da família.

Aduz ainda que, se a denúncia baseia-se unicamente no depoimento da vítima (diga-se de passagem, completamente contraditório) e ao mesmo reconhece a versão do acusado sem qualquer ressalva, não há como admitir o prosseguimento da denúncia por total ausência de justa causa.

Assevera que, que o paciente em momento algum quis privar a babá de sua liberdade, apenas solicitou um tempo para que pudesse ficar a sós com a sua filha durante a visita.

Alega ainda, que o paciente não praticou o núcleo do tipo penal em questão (cárcere privado), pois não teve nenhuma intenção de restringir a liberdade da vítima, tendo apenas solicitado à mesma que ficasse nos cômodos próprios para empregados, sendo a forma que o paciente encontrou de garantir a intimidade e privacidade da sua família.

Dessa forma, requer que seja concedida a liminar a fim de suspender a ação penal (autos n. 0035154-18.2013.8.12.0001), em especial os efeitos produzidos pelo despacho que recebeu a denúncia, determinando-se, inclusive, o recolhimento do mandado de citação expedido pelo juízo de origem. Por fim, pugna a concessão definitiva do pedido.

O pedido de liminar foi indeferido às fls.94/96.

Uma vez solicitadas, às fls. 99/100, foram prestadas as informações de estilo por parte da autoridade apontada como coatora.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e denegação da ordem às fls. 103/106.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

O advogado Carlos Augusto Melke Filho e outros impetram ordem de *HABEAS CORPUS*, com pedido de liminar, em favor de Rodrigo Palhano de Figueiredo, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS.

Segundo a impetrante, o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de Cárcere Privado, tipificado pelo artigo 148, caput, do Código Penal, uma vez que, no dia 22 de junho de 2013, por volta das 09h30min, na sua própria residência, localizada no Edifício Oliveira Lima, situado na Avenida Afonso

Pena, 2.802, nesta capital, teria supostamente privado a vítima Sra. Nair Carvalho Alves de sua liberdade mediante cárcere.

Alude que, a denúncia nada mais é do que uma reprodução dos fatos narrados unicamente pela própria vítima em seu interrogatório na fase policial, não merecendo, data vênia, por isso subsistir. Além disso, na denúncia, também está expressamente reconhecido que o denunciado ora paciente negou a imputação de crime de cárcere que lhe fora desferido afirmando que pediu que a Sra. Nair aguardasse

na parte da lavanderia enquanto estivesse no convívio com a sua filha, tudo a fim de preservar a sua intimidade e da família.

Aduz ainda que, se a denúncia baseia-se unicamente no depoimento da vítima (diga-se de passagem, completamente contraditório) e ao mesmo reconhece a versão do acusado sem qualquer ressalva, não há como admitir o prosseguimento da denúncia por total ausência de justa causa.

Assevera que, que o paciente em momento algum quis privar a babá de sua liberdade, apenas solicitou um tempo para que pudesse ficar a sós com a sua filha durante a visita.

Alega ainda, que o paciente não praticou o núcleo do tipo penal em questão (cárcere privado), pois não teve nenhuma intenção de restringir a liberdade da vítima, tendo apenas solicitado à mesma que ficasse nos cômodos próprios para empregados, sendo a forma que o paciente encontrou de garantir a intimidade e privacidade da sua família.

Dessa forma, requer que seja concedida a liminar a fim de suspender a ação penal (autos n. 0035154-18.2013.8.12.0001), em especial os efeitos produzidos pelo despacho que recebeu a denúncia, determinando-se, inclusive, o recolhimento do mandado de citação expedido pelo juízo de origem. Por fim, pugna a concessão definitiva do pedido.

Conheço da impetração, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade do *writ*.

Considerando o pedido de reconsideração de fls 110/113, DECIDO.

Pois bem. O pedido de reconsideração deve ser negado.

Vejamos.

É que, de uma análise acurada dos autos e das circunstâncias nele explanadas, verifica-se que após reexame, que há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, havendo portanto, justa causa, sendo que todo o alegado demanda regular instrução probatória. Além disso, a denúncia foi amparada em inquérito policial, o qual reúne provas de materialidade e indícios suficientes de autoria, satisfazendo, portanto, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

Passo a apreciar a ordem.

O paciente pede o trancamento da ação penal ante a inépcia da denúncia, atipicidade da conduta e falta de justa causa para instauração do feito.

É sabido que a concessão da ordem para o trancamento da ação penal é medida excepcional, que é possível somente quando demonstrada, de plano, a ausência de justa causa decorrente da atipicidade da conduta, de alguma causa extintiva da punibilidade e da ausência de indícios de autoria e de prova acerca da materialidade delitiva.

In casu, o Ministério Público acusa o paciente da prática do crime de cárcere privado. A denúncia preenche todos os requisitos do artigo 41 do CPP, narrando todo o fato delituoso e a devida qualificação do acusado, conforme transcrito a seguir:

(...) "Segundo restou apurado, o denunciado possui uma filha, Valentina de Noronha Anzoategui de Figueiredo, com três anos à época dos fatos, fruto de namoro que manteve com Maria Eugênia de Noronha Anzoategui, e ambos, mediante acordo judicial, assentiram que o denunciado poderia receber, em sua residência, visitas de sua filha VALENTINA, sempre acompanhada por uma babá. Sendo assim, na data dos fatos, por

volta das 09 horas, o paciente buscou a filha Valentina, que foi acompanhada da sua babá, a vítima NAIR CARVALHO ALVES. Consta que ao chegarem ao apartamento onde reside, o denunciado RODRIGO pediu à vítima que o acompanhasse até a lavanderia, onde lhe comunicou que não a queria perto da criança durante sua visita, e em seguida, sem o consentimento da vítima, trancou-a no interior daquele cômodo da residência, fechando com chave a porta da lavanderia, assim privando a vítima de sua liberdade, eis que esta se viu confinada naquele exíguo espaço, sem poder pela própria vontade sair do local, e impossibilitada de exercer a sua incumbência de zelar pela criança Valentina. Consta ainda, que durante o período em que ficou confinada à lavanderia, a vítima -, que já ouvira notícias de que o comportamento do denunciado era anormal e inadequado, e que por isso outras babás já haviam pedido demissão -, absteve-se de gritar e pedir socorro, temerosa de que algo pior acontecesse consigo ou com a criança Valentina, sendo que, enquanto se achava naquele cômodo, ouvia o denunciado gritar por diversas vezes com Valentina, dizendo: “VOCÊ NUNCA MAIS FAZ ISSO”. A vítima somente foi liberada de seu cárcere às 14h15min da mesma data, ou seja, aproximadamente 5 (cinco) horas depois, quando o denunciado abriu a porta, ordenando-lhe que descesse pelo elevador de serviço, e levou a vítima e a criança de volta à casa da genitora de Valentina, sem nada dizer. (...)”

Diante da inicial acusatória, é possível extrair a exposição dos fatos com todas as circunstâncias, a qualificação do acusado, a capitulação do crime (cárcere privado) e o rol de testemunhas.

Assim, não há que se falar que o recebimento da denúncia caracteriza constrangimento ilegal, até porque foi apontado o fato cometido pelo paciente, que correspondia ao tipo penal descrito na legislação vigente, de modo a permitir o exercício da ampla defesa.

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial do colendo STF:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PATROCÍNIO INFIEL. TRANCAMENTO. AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA AFASTADA. ORDEM DENEGADA. 1. Da análise da peça acusatória depreende-se que contém a exposição clara e objetiva dos fatos alegadamente delituosos, o que possibilita ao paciente o exercício pleno do direito à ampla defesa. Alegação de inépcia afastada. 2. Em depoimento pessoal o próprio reclamante declarou que o paciente é advogado da “firma” e que jamais contratou seus serviços. 3. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa, somente é possível quando se verifica de pronto a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a inexistência de indícios de autoria ou materialidade, circunstâncias que não foram evidenciadas no presente caso. 4. As demais alegações demandam a análise de provas, incabíveis em sede de cognição sumária, onde não se permite dilação probatória. 5. Ordem denegada. (Habeas Corpus 46380/Juíza Vesna Kolman/ TRF 3/ 1 Turma/ Data: 04/10/2011).

Quanto ao pedido de trancamento de ação penal pela ausência de justa causa, não há nos autos prova inconteste do alegado, portanto, a versão sustentada pelo impetrante constitui tese controvertida e exige exame aprofundado do contexto probatório, o que é defeso na via estreita do Habeas Corpus.

A análise acerca da autoria delitiva estenderia a via do rito mandamental, uma vez que adentraria no mérito da ação penal que se encontra em curso, o que não comporta em sede de habeas corpus.

Nesse sentido, a decisão do TJ/SC:

Ementa: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO CULPOSO - ARTIGO 121 § 3º DO CÓDIGO PENAL - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - INÉPCIA DA DENÚNCIA - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - INOCORRÊNCIA - RESPONSABILIDADE PENAL - APRECIACÃO EM MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO ANÁLISE DE PROVAS -

INADMISSIBILIDADE - VIA INADEQUADA - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA. - Descrevendo a denúncia fato típico, narrando devidamente as circunstâncias e trazendo a qualificação do acusado com a conseqüente capitulação do delito nos termos do artigo 41 do CPP, não há que se falar em inépcia. - O reconhecimento de falta de justa causa para a ação penal em sede de Habeas corpus somente é possível nas hipóteses em que se possa constatar, desde logo, a atipicidade do fato, a incidência de causa de extinção da punibilidade e a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, dispensando-se o exame valorativo do acervo fático-probatório. - Não demonstrada, de plano, a exclusão da responsabilidade do paciente pela conduta narrada na exordial, havendo, ainda, a possibilidade de relação de causa e efeito, entre as imputações constantes na denúncia e aquela, impossível o trancamento da ação penal, devendo a questão ser apreciada em momento oportuno. Número do processo: 1.0000.08.485127-8/000 (1)

Corroborando tal tese, a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PREFEITO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. VIA INADEQUADA. DECISÃO FAVORÁVEL DO TRIBUNAL DE CONTAS. INDEPENDÊNCIA DE ESFERAS. 1. Segundo compreensão pacificada na Corte, o trancamento de ação penal por falta de justa causa, em sede de habeas corpus, somente é possível quando se constatar de pronto, sem um exame detalhado da prova, a inexistência de indícios de autoria, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade, assim como a manifesta imprestabilidade da peça acusatória. 2. Decisão favorável do Tribunal de Contas não impõe, por si só, o trancamento da ação penal, haja vista a independência entre as instâncias administrativa e penal. 3. Permanecendo firmes as razões que determinaram o afastamento do paciente do cargo de prefeito, não há razão para se permitir seu retorno. 4. Ordem denegada. HC 33394 / AL2004/0011537-7 Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA

No que tange ao pedido relativo à atipicidade das condutas, o paciente afirma que não restou provado nos autos qualquer prática delituosa pelo acusado. Entendo, como afirmado anteriormente, que é matéria de mérito, não podendo ser analisado em sede de habeas corpus.

Portanto conheço do *writ* para denegar a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com parecer, denegaram a ordem nos termos do voto do relator.

Presidência da Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha

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. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 20 de janeiro de 2014.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0040316-14.2001.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA – ASCENDENTE DA VÍTIMA – FATOS PRATICADOS ANTES DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA INTRODUZIDA PELA LEI 12.015/2009 – PEDIDO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA – PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 225, § 1º, I, e do § 2º, do CÓDIGO PENAL – SUSTENTAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – VÍTIMA POBRE – TESES AFASTADA E PREJUDICADA – APLICABILIDADE DO ART. 225, § 1º, II – CRIME COMETIDO COM ABUSO DO PÁTRIO PODER – AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PEDIDO ALTERNATIVO DE REDUÇÃO DA PENA APLICADA – AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – VALORAÇÃO DA CULPABILIDADE AFASTADA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – REDIMENSIONAMENTO DA PENA APLICADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A hipótese dos autos, de atentado violento ao pudor, cometido com abuso do pátrio poder, por força da legislação penal vigente na época (art. 225, § 1º, II, do Código Penal), deve ser iniciada mediante ação penal pública incondicionada, dispensando-se, pois, a representação, cuja iniciativa é do Ministério Público, independentemente de representação do ofendido, a teor do art. 129 da Constituição Federal.

2. A valoração das circunstâncias judiciais de forma objetiva e concreta importa em elevação da pena-base acima do mínimo legal, pelo que, se exasperada em desproporção com as circunstâncias analisadas, merece ser reduzida. Caso somente uma circunstância judicial é desfavorável, a pena deve ser fixada acima do mínimo legal, na proporção adequada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte contra o parecer, afastar a preliminar e no mérito, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 6 de fevereiro de 2014.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Erivaldo Ferraz de Carvalho contra a sentença de fls.392-399 da Juíza de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Campo Grande-

MS que o condenou à pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 214 c/c art.224, “a” e art.226, II c/c art.71, todos do Código Penal.

O apelante pelo recurso interposto requer a declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 225 do Código Penal, para que seja declarada extinta a punibilidade do apelante, com fundamento no art.107, IV, do mesmo Código.

Alternativamente, pugna pela redução da pena aplicada sob o argumento de ausência de motivação idônea que justifique a elevação da pena.

Por fim, prequestiona o não reconhecimento da inconstitucionalidade progressiva do art.225 e seguintes do Código Penal.

O Ministério Público em contrarrazões de fls. 441-447 requer o improvimento do recurso interposto.

A Procuradoria-Geral de Justiça pelo Parecer de fls. 454-459, manifestou-se, opinando pelo improvimento do recurso defensivo.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Erivaldo Ferraz de Carvalho contra a sentença de fls. 392-399 prolatada pela Juíza de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Campo Grande-MS que o condenou à pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 214 c/c art. 224, “a” e art. 226, II c/c art.71, todos do Código Penal.

O apelante requer a declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 225 do Código Penal, para que seja declarada extinta a punibilidade do apelante, com fundamento no art.107, IV, do mesmo Código.

Alternativamente, pugna pela redução da pena aplicada sob o argumento de ausência de motivação idônea que justifique a elevação da pena.

Nesse contexto, passo ao exame do pleito recursal.

Do pedido de inconstitucionalidade do art. 225 do Código Penal.

Sustenta o apelante que deve ser declarado inconstitucional o art. 225, § 1º, I, do Código Penal, vigente à época dos fatos, ante o advento da Constituição Federal de 1988, que atribui exclusivamente à Defensoria Pública a proteção dos interesses dos necessitados, com a consequente extinção da punibilidade.

Argumenta que no Estado de Mato Grosso do Sul não há mais razão para atribuir ao Ministério Público uma legitimidade que constitucionalmente pertence à Defensoria Pública.

Afirma que o presente processo deveria ter sido iniciado pela Defensoria Pública e não pelo Ministério Público, a teor do que estabelece o art.134 da Constituição Federal, por se tratar a vítima e seus familiares, no caso dos autos, de pessoas pobres. E, por isso já teria decorrido o prazo decadencial de 06 (seis) meses para a apresentação de representação.

O art. 225 do Código Penal, antes da alteração estabelecida pela Lei 12.015/2009 previa que:

“ Nos crime definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

Com efeito, o § 1º do referido artigo, estabelecia que:

“Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I – se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II – se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

Em que pese o esforço do recurso defensivo, não há dúvida de que a hipótese dos autos diz respeito ao inciso II, ou seja, o crime foi cometido com abuso do pátrio poder, eis que o condenado é pai da vítima, criança com apenas 05 (cinco) anos de idade na época dos fatos.

Trata-se, nesse caso, de ação penal pública incondicionada, dispensando-se, pois, a representação, sendo, neste caso, a iniciativa da ação penal cabível ao Ministério Público, independentemente de representação do ofendido, a teor do art. 129 da Constituição Federal.

Por isso, é evidente a inadequação do pleito recursal nesse tópico.

Sendo assim, deve ser afastada a pretensão recursal de inconstitucionalidade do art. 225, § 1º, I, sob o argumento de que a vítima seria pessoa pobre e, por isso, em obediência ao art. 134 da Constituição Federal o processo deveria ter sido iniciado pela Defensoria Pública.

Nessa linha, não assiste razão ao apelante, pelo que, fica prejudicada a pretensão recursal de extinção da punibilidade, com fundamento no art. 107, IV do Código Penal.

Do pedido de redução da pena aplicada.

Nesse ponto, sustenta o apelante que a pena aplicada deve ser reduzida em vista da ausência de fundamentação idônea.

Defende que as circunstâncias judiciais em sua maioria são favoráveis ao apelante, pelo que a pena-base deve ser fixada próxima ao mínimo legal.

Primeiramente, colaciono o trecho da sentença, onde foi aventada a fundamentação no tocante à valoração das circunstâncias judiciais no âmbito da etapa inicial da dosimetria:

“A culpabilidade demonstrou-se elevada, sendo merecedor de alto índice de reprovabilidade; não há antecedentes (fl.80); a conduta social é a do homem comum; não há elementos acerca da personalidade; os motivos do crime são inerentes ao tipo penal; as circunstâncias do crime revelam que os delitos foram praticados com extrema imposição da autoridade paterna, posto que o acusado se utilizava de agressões físicas para conseguir o seu intuito; as consequências do crime são graves, pois importaram em mudança brusca de humor, com tendência a embotamento e comportamento depressivo, dificuldade de estabelecer vínculo de confiança, apresentação de comportamentos precoces a nível sexual (fls. 22-5); o comportamento da vítima em nada favorece o réu.

Diante das circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do CP, nem todas favoráveis, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 07 (sete) anos de reclusão.”

A partir dos fundamentos acima transcritos, o Magistrado sentenciante exasperou a pena-base em 01 (um) ano acima do mínimo legal. Com efeito, pode-se verificar que a elevação da pena foi fundamentada na valoração negativa das circunstâncias judiciais referente à culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime.

A circunstância judicial atinente à culpabilidade se relaciona à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade diante de elementos probatórios concretos disponíveis no caso em julgamento.

Nesse ponto, foi assim valorada a circunstância judicial: “*A culpabilidade demonstrou-se elevada, sendo merecedor de alto índice de reprovabilidade (...)*”

Entretanto, em que pese a valoração desfavorável, a Magistrada sentenciante não narrou a situação fática, limitando-se a uma motivação genérica. Isso, então, enseja o afastamento da circunstância judicial em comento.

“HABEASCORPUS. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.¹”

No que se refere às circunstâncias do crime, a Magistrada sentenciante houve por bem valorar essa circunstância de forma negativa, sob o argumento de que a infração penal foi praticada “*(...) com extrema imposição da autoridade paterna, posto que o acusado se utilizava de agressões físicas para conseguir o seu intuito.*” Não há dúvida de que essa apreciação foi adequada, pois o fundamento utilizado se deu em elementos concretos e relevantes que indicam uma maior censurabilidade à conduta praticada pelo condenado.

Com enfoque na situação sob exame, deve ser mantida como negativa a circunstância judicial em comento.

Quanto às consequências do crime, como efeito da sua conduta, deve ser aferido o maior ou o menor dano causado pelo seu modo de agir.

Mais uma vez deve ser lembrada a lição de Ricardo Augusto Scmitt, obra citada, p.140, quando salienta que “*A valoração das consequências do crime exige um plus que deriva do ato ilícito praticado pelo agente, não podendo ser próprio do tipo. Não podemos valorar a morte no homicídio, a subtração de coisa móvel no furto, a existência de ferimentos nas lesões corporais, pois todos são resultados inerentes ao respectivo tipo penal.*”

O que se busca é analisar o alarme social do fato, bem como sua repercussão e efeitos.

O escólio de Cleber Masson bem define essa circunstância judicial: “*Envolve o conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime, em desfavor da vítima, de seus familiares ou da coletividade.*”

Contudo, complementa também:

“Essa circunstância judicial deve ser aplicada com atenção: em um crime de estupro, exemplificativamente, o medo provocado na pessoa (homem ou mulher) vitimada é consequência natural do delito, e não pode funcionar como fator de exasperação da pena, ao contrário do trauma certamente causado em seus filhos menores quando o crime é por eles presenciado. Como alerta o Superior Tribunal de Justiça: “Não é possível a utilização de argumentos genéricos ou circunstâncias elementares do próprio tipo penal para o aumento da pena-base com fundamento nas consequências do delito (HC 165.089/DF, rel.Min.Laurita Vaz, 5ª Turma, j.16.10.2012)”².”

¹ HC 178482/PE, Rel.Des.Min.Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 11/06/2013

² Direito Penal esquematizado, 7º ed., Método, 2013, f.661.

Na hipótese dos autos, a Magistrada sentenciante asseverou que as consequências do crime “(...) *importaram em mudança brusca de humor, com tendência a embotamento e comportamento depressivo, dificuldade de estabelecer vínculo de confiança, apresentação de comportamentos precoces a nível sexual (fls. 22-5)*”

Não resta nenhuma dúvida do efeito danoso do crime praticado pelo apelante com relação ao estado emocional e psicológico da vítima, tanto que o Relatório psicológico informado pela Magistrada sentenciante para embasar a valoração negativa dada à circunstância judicial em comento, conclui que a vítimas não deve retornar ao convívio paterno.

Desse modo, deve ser mantida a valoração desfavorável dessa circunstância, como ponderada pela Magistrada sentenciante.

Do redimensionamento da pena-base:

Na etapa inicial da dosimetria, considerando que foram mantidas somente as circunstâncias judiciais relativas às circunstâncias e consequências do crime, tendo em vista a pena em abstrato fixada pelo tipo penal vigente na época dos fatos (06 a 10 anos), a pena-base deve ser reduzida proporcionalmente à retirada da circunstância judicial relativa à culpabilidade, pelo que deve ser fixada em 06 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Por conseguinte, na forma da sentença, pela continuidade delitiva, a teor do art.71 do Código Penal, a pena deve ser aumentada de metade, resultando em uma pena definitiva de 10 (dez) anos e 03 (três) meses de reclusão, mantido o regime fechado fixado na sentença.

Por fim, no que tange ao prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que as matérias discutidas foram totalmente apreciadas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de ter sido a matéria correspondente amplamente debatida.

Diante do exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo somente para o fim de reduzir a pena-base fixada, diante do afastamento da circunstância judicial relativa à culpabilidade, fixando-a, em 6 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Com o redimensionamento da pena, a pena-definitiva do apelante fica estabelecida em 10 (dez) anos e 3 (três) meses, em regime fechado, na forma da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte contra o parecer, afastaram a preliminar e no mérito, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência da Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 06 de fevereiro de 2014.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0031198-96.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – CRIME AMBIENTAL – ART.69-A DA LEI 9.605/98 – LAUDO TÉCNICO AMBIENTAL NÃO CORRESPONDENTE COM A REALIDADE – CRIME DOLOSO – PROVAS SUFICIENTES A ENSEJAR A CONDENAÇÃO – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – POTENCIALIDADE LESIVA PRESUMIDA – TESES DEFENSIVAS AFASTADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1. O art.69-A da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente é crime contra a administração ambiental. O verbo núcleo do tipo penal em questão consagra condutas alternativas de elaborar ou apresentar, estudo, laudo ou relatório ambiental falso ou enganoso, não correspondente com a realidade, para o fim de obter autorização para a exploração florestal

2. No caso em comento, o apelante visando a autorização ambiental para o aproveitamento de material lenhoso, apresentou laudo técnico não correspondente com a realidade, em gritante disparidade técnica, o que denuncia a ação dolosa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, improver o apelo nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2014.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Gabriel Salim Saad Sobrinho contra a sentença de fls.246-253 proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS, que o condenou à pena de 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime aberto, com substituição por pena restritiva de direito, por infração ao art. 69-A da Lei 9.605/98.

O apelante pelas razões de recursais de fls. 276-300 requer a sua absolvição, com fundamento no art. 386, III e VII do Código de Processo Penal. Sustenta não existir prova suficiente para a condenação. Sustenta ainda que se trata de crime impossível, por não constituir o fato infração penal.

Alternativamente, pugna pela desclassificação do fato para o crime previsto no art. 69-A, § 1º do Código Ambiental.

O Ministério Público em contrarrazões de fls. 303-316 pugna pelo improvimento do recurso defensivo.

A Procuradoria-Geral de Justiça pelo Parecer de fls.320-323, manifestou-se, opinando pelo desprovimento do recurso interposto.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Gabriel Salim Saad Sobrinho contra a sentença de fls.246-253 proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS, que o condenou à pena de 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime aberto, com substituição por pena restritiva de direito, por infração ao art. 69-A da Lei 9.605/98.

O apelante pelas razões de recursais de fls. 276-300 requer a sua absolvição, com fundamento no art. 386, III e VII do Código de Processo Penal. Sustenta não existir prova suficiente para a condenação. Sustenta ainda que se trata de crime impossível, por não constituir o fato infração penal.

Alternativamente, pugna pela desclassificação do fato para o crime previsto no art. 69-A, § 1º do Código Ambiental.

Narra a denúncia que:

“(...) no dia 25 de fevereiro de 2008, o denunciado elaborou e apresentou Laudo Técnico de Aproveitamento de Material Lenhoso (fls.20/25) referente a Fazenda Recanto Alegre parcialmente falso em Procedimento Administrativo 2008-013790/TEC/AA-5354 (fls. 05/78) protocolado no IMASUL, mais precisamente no “item 5”, fazendo constar falsamente como sendo a estimativa de aproveitamento do material lenhoso a volumetria de 12.214,29 m³ ou 50m³ de lenha, quando após verificação pelos técnicos da IMASUL, constatou-se que a volumetria na propriedade é de 1.952m³ de lenha, configurando assim o crime ambiental tipificado no art. 69-A, da Lei 9.605/95 (Lei de Crimes Ambientais)

Ao realizar vistoria na propriedade rural “Fazenda Recanto Alegre”, em 14 de abril de 2008, foi constatado (...) que a estimativa de material lenhoso apresentada no Laudo Técnico de Aproveitamento de Material Lenhoso (fls. 20/25) pelo denunciado não condiz com as constatações de campo (fl.40). Posteriormente o Engenheiro Florestal e Gerente de Recursos Florestais do IMASUL, (...), conclui que a capacidade de aproveitamento de material lenhoso na propriedade é de 1.952m³ de lenha.

(...)

Portanto, em assim agindo, o denunciado GABRIEL SALIM SAAD SOBRINHO praticou crime ambiental, eis que, com o objetivo de induzir à administração pública a aprovação dos estudos de Aproveitamento de Material Lenhoso (fls. 20/25), fez constar informação falsa quanto à volumetria de aproveitamento de material lenhoso com o intuito de esquentar material lenhoso de outra fonte ou origem, incorrendo desta forma na conduta tipificada no artigo 69-A da Lei 9.605/98.”

Como bem se sabe, a exploração de determinada área exige prévia autorização do órgão competente. Para essa autorização, os órgãos competentes, por suas autoridades, levam em consideração

pareceres, laudos, relatórios. Por isso, se esses documentos não corresponderem com a realidade ou tiverem por finalidade ludibriar, estará sendo atingida a moralidade da Administração e a proteção ao meio ambiente.

O art. 69-A da Lei dos Crimes Ambientais prevê que:

“Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.”

O verbo núcleo do tipo penal em questão consagra condutas alternativas de elaborar ou apresentar, estudo, laudo ou relatório ambiental falso ou enganoso, não correspondente com a realidade.

O art.69-A da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente é crime contra a administração ambiental.

Além disso, é crime de mera conduta. É tipo penal que se limita a descrever uma conduta.

No caso em comento, o apelante visando a autorização ambiental para o aproveitamento de material lenhoso, apresentou laudo técnico não correspondente com a realidade. (grifo meu).

Nesse sentido são as vistorias realizadas pela Fiscalização Ambiental. Assim atesta o laudo/parecer de fl. 45 do Instituto Nacional do Meio Ambiente (IMASUL), por sua Fiscal Ambiental.

Não se olvide que no laudo apresentado pelo apelante foram inseridos dados não compatíveis com a realidade.

Aliás, nesse ponto, o Magistrado sentenciante bem ponderou que:

“A ocorrência do crime está plenamente demonstrada nos autos, não só o laudo de vistoria/parecer técnico de fls.45/48, como pelos depoimentos das testemunhas ouvidas na fase inquisitorial e em juízo.

(...) está provado o erro no laudo elaborado pelo réu, de cuja cópia se encontra às fls. 25/30.”

Somado a isso ainda está que este tipo de crime visa proteger não só o meio ambiente, mas também a moralidade da administração.

O crime em questão se trata também de crime de perigo abstrato, ou seja, se consuma com a simples possibilidade de dano para o meio ambiente, sem falar quanto a moralidade da administração, que sem dúvidas foi atingida, já que a conduta de elaborar e apresentar laudo técnico não correspondente com a realidade foi praticada. Isso é fato e contra fatos não há argumentos, tanto que o apelante em seu interrogatório, ao ser interrogado disse que:

“MP: O senhor ira dizendo que também trabalhou no processo que antecedeu o aproveitamento, o processo que foi feito para o desmatamento do área.

RÉU: Isso.

MP: O senhor também foi responsável por esse processo?

RÉU: (...) É, fui responsável.

(...)

MP: *Como é que é possível explicar que no processo de desmatamento, o senhor tenha estimado um volume total de 10.000 metros cúbicos e no processo de aproveitamento do que sobrou, a sua estimativa tenha sido maior do que a estimativa do desmatamento, o senhor tenha partido de 10.000 no desmatamento, para 12.000 no mero aproveitamento?*

RÉU: *Uhum. Tá. A área do aproveitamento, ela é maior que a do desmatamento, tá.*

MP: *Quanto, maior?*

RÉU: *Não, eu não sei te falar. Tem que até olhar aí, por que eu não (...) Faz tempo, eu não (...)*

MP: *Essa área adicional, o senhor dizia que era uma área de pastagem?*

RÉU: *É, área de pastagem degradada, com madeiras (ininteligível)*

MP: *Mas não era a área que tinha sido objeto de desmatamento?*

RÉU: *Uma parte do aproveitamento foi a parte desmatada. A outra parte foi uma área que já foi desmatada há muito tempo, ...*

MP: *Pois é. Então como que é possível que o desmatamento tenha gerado menos madeira do que o aproveitamento?*

RÉU: *Porque o desmatamento, como eu disse, ele não foi feito inventário. Então, muitas vezes tem um erro. (...) E como eu falei para o senhor, eu fiz esse desmatamento, fui chamado para fazer ele e depois fui chamado para fazer o aproveitamento. Então, eu olhei, o que eu achei que tinha, coloquei no papel.*

MP: *Nesse procedimento, quando foi feito, foi feita afirmação pelos técnicos do órgão ambiental, no sentido de que o seu laudo estava incorreto, o senhor chegou a recorrer, discutir essa conclusão do técnico...*

RÉU: *Da volumetria?*

MP: *... A contestar a volumetria?*

RÉU: *Não me recordo (...). Agora eu não me recordo se eu contestei.*

MP: *Por que, que não houve uma insistência, (...), Se havia essa quantidade de material lenhoso no local, por que, que não houve uma insistência para que fosse observada a volumetria indicada no seu laudo?*

RÉU: *Ah, porque, na verdade, eu não sei nem te falar.”*

Aliás, como bem ponderou o Magistrado sentenciante:

“Não é possível se conceber que uma pessoa que trabalhe na área respectiva faça uma estimativa de volume lenhoso mais de 300% superior a que efetivamente continha (isso considerada a melhor das hipóteses, conforme o depoimento da testemunha de defesa.)”.

Ponderou também que:

“Essa diferença é tão grande que, demonstra, inclusive, o dolo do agente.”

Pune-se a forma culposa. O parágrafo primeiro do artigo em comento prevê tal conduta.

A culpa, é um elemento subjetivo. A sua valoração é feita no caso concreto, para que seja aferido se houve imprudência, negligência e imperícia, em lugar do dolo.

Das provas carreadas ao processo, não se pode afirmar que a conduta do apelante tenha sido decorrente de um comportamento descuidado, infringindo o dever de cuidado objetivo e causando um resultado involuntário, previsível, que podia ser evitado.

Como acima já transcrito e bem ponderado pelo Magistrado sentenciante, a diferença apresentada pelo apelante é gritante. E essa diferença demonstra o dolo do agente. O apelante apresentou, como estimativa, que o aproveitamento do material lenhoso seria de 12.214,29 m³, enquanto que o órgão ambiental competente, por sua autoridade, apresentou que o aproveitamento seria de 1.952 m³ de lenha.

Aliás, a sentença foi bem fundamentada nesse sentido. Vejamos:

“Ademais, há que se considerar que o laudo emitido pelo acusado refere-se não ao volume de lenha decorrente de desmatamento, mas sim do aproveitamento de lenha restante após o desmatamento, ou seja, as sobras de madeira.

Observe-se que a outra testemunha de defesa (fls.209/213) afirma que mesmo em caso de desmatamento, uma área como a em questão possui um volume lenha de lenha de aproximadamente 46,6m³ por hectare de terra.

Essa quantidade, inclusive, coincide com a que o próprio réu fez constar do laudo necessário para licença para o procedimento administrativo de desmatamento, anterior ao procedimento de aproveitamento onde foi apresentado o laudo de fls. 25/30.

Isso significa que o réu incluiu no laudo, que se destinava a estimar as sobras da retirada de madeira ocorrida no desmatamento, a existência de um volume de lenha superior àquele que já havia estimado anteriormente.

Demonstra que, certamente, o réu sabia da existência da quantidade de lenha que havia incluído no laudo, ou seja, que não o fez por culpa, mas ciente do que fazia. Afastada, então, a tese de desclassificação para a modalidade culposa.”

Como é elementar, o julgador forma a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório produzido no processo, com a devida fundamentação.

A prova colhida está a demonstrar ter ocorrido o fato sobre o qual se baseia a imputação feita pela acusação.

O conjunto probatório, aliado às circunstâncias fáticas, evidencia o crime ambiental em comento. As provas formam um Juízo de certeza acerca da ocorrência do delito.

Resta evidente a materialidade e a autoria do delito pelo que forçosa é a condenação, devendo ser mantida a sentença.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo interposto, mantendo inalterada a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, improveram o apelo nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 10 de fevereiro de 2014.

1ª Câmara Criminal***Habeas Corpus* n. 1401144-29.2014.8.12.0000 - Campo Grande****Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – AMEAÇA – ESTELIONATO – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – POSSE IRREGULAR – PRETENDIDA A REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR EXCESSO DE PRAZO – INVIABILIDADE – PROCESSO QUE TRAMITA DE FORMA REGULAR E DENTRO DO CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – SEGREGAÇÃO CAUTELAR MANTIDA – ORDEM DENEGADA.

A apreciação da questão atinente ao alegado excesso de prazo deve ser pautada pelos critérios da razoabilidade e, também, da proporcionalidade, de modo a sopesar o que significa, de fato, o razoável lapso temporal exigido para a realização dos atos processuais, cuja prática se apresenta imprescindível no âmbito do procedimento 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, por unanimidade, com o parecer, denegar a ordem nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de fevereiro de 2014.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

O advogado Raimundo Rodrigues Nunes Filho, impetrou o presente Habeas Corpus, com pedido liminar, em favor de Jeferson de Gois Medina, almejando-se, em síntese, a revogação da prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, por excesso de prazo. Apontou como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande – MS.

Sustentou em suas razões, a configuração de constrangimento legal, ante o excesso de prazo na formação da culpa, pois o paciente está preso desde o dia 13 de setembro de 2013, estando ainda os autos na fase de oitiva de testemunhas, não existindo, portanto, uma previsão para o término da colheita de provas.

Em razão disso, foi impetrado o presente remédio constitucional, cujo objetivo, como delimitado, é a revogação da prisão preventiva decretada em desfavor do paciente. Dessarte, requereu, em sede de liminar, a concessão da ordem, com a expedição do respectivo alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, postulou pela confirmação dos efeitos da tutela jurisdicional de urgência.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 72/73).

A autoridade coatora prestou informações (fls. 77-78).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 80-87, manifestou-se, opinando pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

O advogado Raimundo Rodrigues Nunes Filho, impetrou o presente Habeas Corpus, com pedido liminar, em favor de Jeferson de Gois Medina, almejando-se, em síntese, a revogação da prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, por excesso de prazo. Apontou como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande – MS.

Analisando os autos, observa-se que o paciente foi preso, em flagrante no dia 13 de setembro de 2013 e denunciado pela prática do crime capitulado nos arts. 147, 171, *caput* c/c 14, inc. II, por quatro vezes nas penas do art. 171, *caput*, e 297, todos do Código Penal, e, ainda, no art. 12 da Lei 10.826/03.

Por decisão fundamentada, a autoridade apontada como coatora converteu a prisão em flagrante em preventiva (autos nº 0035530-04.2013.8.12.0001). Postulada a revogação da prisão preventiva (autos nº 0834496-58.2013.8.12.0001), o pedido foi indeferido.

Em razão disso, foi impetrado o presente remédio constitucional, cujo objetivo, como delimitado, é a revogação da prisão preventiva decretada em desfavor do paciente. Para tanto, Sustentou a configuração de constrangimento legal, ante o excesso de prazo na formação da culpa, pois o paciente está preso desde o dia 13 de setembro de 2013, estando ainda os autos na fase de oitiva de testemunhas, não existindo, portanto, uma previsão para o término da colheita de provas.

Na petição protocolada às fls. 88/89, o impetrante alegou que a alegação de excesso de prazo constitui apenas um dos itens constantes da presente impetração, ressaltando que o crime praticado pelo paciente comporta liberdade provisória, pois desprovido de qualquer violência contra a pessoa e que na hipótese de uma condenação, a reprimenda penal será mais branda do que a imposta atualmente. Ressaltou que a Procuradoria-Geral de Justiça, em nenhum momento mencionou a cota ministerial de fls. 64/65, em que o Promotor de Justiça concorda com o relaxamento da prisão preventiva do paciente.

A ordem, contudo, merece ser denegada.

A princípio, é necessário ponderar que a apreciação da questão suscitada pela petição de fls. 88/89 já foi analisada no Habeas Corpus n. 4011009-27.2013.8.12.0000, onde foi mantida a prisão do paciente pelos fundamentos ali expostos.

Quanto ao alegado excesso de prazo este deve ser pautado pelos critérios da razoabilidade e, também, da proporcionalidade, de modo a sopesar o que significa, de fato, o razoável lapso temporal exigido para a realização dos atos processuais, cuja prática se apresenta imprescindível no âmbito do procedimento penal.

Como bem se sabe, os prazos indicados na legislação processual penal para finalização da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, não se podendo deduzir o excesso tão-somente pela soma aritmética dos mesmos, admitindo-se, em homenagem aos critérios acima indicados, certa variação, de acordo com as peculiaridades de cada processo. Assim, o constrangimento deve ser reconhecido como ilegal somente quando o retardo ou a delonga sejam injustificados e possam ser atribuídos ao Judiciário.

Analisando os autos da ação penal da origem, mediante simples consulta ao sistema SAJ, verifica-se que o paciente foi preso no dia 13 de setembro de 2013. O flagrante foi convertido em prisão preventiva no dia 14 de setembro de 2013. A denúncia, oferecida em 04 de outubro de 2013, foi recebida no dia 08 de outubro de 2013.

Conforme informações prestadas pela autoridade coatora (fls. 77/78), atualmente, o processo aguarda realização de audiência de instrução e julgamento designada para o dia 18/02/2014, em razão da ausência das testemunhas que não comparecerem na audiência designada anteriormente para o dia 09/01/2014.

Verifica-se que já se deu início à fase de instrução do processo, palco onde serão colhidas todas as provas que se fizerem necessárias para a formação do convencimento do magistrado singular, da forma mais próxima possível da verdade real dos fatos.

À luz do panorama fático-processual acima exposto, verifica-se que o feito tem tido regular e pronto andamento, não havendo notícias de que esteja ocorrendo morosidade ou retardo na implementação dos atos processuais, tampouco desídia ou inércia na prestação jurisdicional, não havendo o que se falar em coação ilegal.

Por demais, não se pode olvidar o fato de que o exacerbado e excessivo número de demandas judiciais no âmbito das varas criminais do Poder Judiciário é fator preponderante, e que figura como elemento capaz de justificar eventual extensão do período temporal previsto para a conclusão da ação penal, devendo, portanto, ser sopesado no exame dessa alegação.

Com base em todos esses aspectos, é possível concluir que o prazo decorrido desde a prisão do paciente até então, ou seja, pouco mais de 4 (quatro) meses, se apresenta dentro do critério da razoabilidade, respeitando, também, o princípio da proporcionalidade, de modo que não há qualquer excessividade desproporcional capaz de atribuir ilegalidade ao decreto prisional preventivo do paciente.

Assim, não há, no caso, constrangimento ilegal a ser sanado perante esta via processual.

Posto isso, com o parecer, denego a presente ordem.

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 da Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 17 de fevereiro de 2014.

2ª Câmara Criminal**Recurso em Sentido Estrito n. 0002771-34.2012.8.12.0029 - Naviraí****Relator Des. Manoel Mendes Carli**

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO EM SENTIDO ESTRITO – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – RECURSO MINISTERIAL – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Presente os vetores apontados no julgamento do HC 84.412/SP, Celso de Mello, para reconhecimento do princípio da insignificância, vale dizer, a) mínima ofensividade da conduta do agente, b) ausência de periculosidade social da ação, c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada, impõe-se a manutenção da rejeição da denúncia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 10 de março de 2014.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão de f. 68-70 que rejeitou a denúncia oferecida contra o recorrido Amilton Ferreira Neto por infração ao crime previsto no artigo 155, §§ 3º e 4º, inciso II, do Código Penal por atipicidade da conduta e aplicação do princípio da insignificância, com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

O *Parquet*, em suas razões às f. 73-81, sustenta, em síntese, que não estão preenchidos os requisitos necessários para a aplicação do princípio da insignificância, não se tratando de fato inexpressivo.

Em contrarrazões de f. 88-96, a defesa pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça às f. 103-110, opina pelo conhecimento e pelo provimento do recurso ministerial para que seja reformada a decisão recorrida e recebida a inicial acusatória.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão de f. 68-70 que rejeitou a denúncia oferecida contra o recorrido Amilton Ferreira Neto por infração ao

crime previsto no artigo 155, §§ 3º e 4º, inciso II, do Código Penal por atipicidade da conduta e aplicação do princípio da insignificância, com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Narra a denúncia (f. 01-03), os fatos a seguir expostos:

“(...) no período compreendido entre os meses de fevereiro e março de 2012, na Avenida Pantanal, 1.037, no estabelecimento comercial denominado Oficina do Miltinho, Centro, nesta cidade e comarca, o denunciado AMILTON FERREIRA NETO, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, mediante fraude, subtraiu, para si ou para outrem, energia elétrica (cf. Documentos de fls. 35-48)

Infere-se que, no dia 13 de março de 2012, técnicos da empresa de fornecimento de energia elétrica, ENERSUL, em vistoria realizada no medidor de energia do aludido imóvel residencial, de propriedade do denunciado, constataram que o medidor de energia estava com jumper, ou seja, ligação direta no pontalete (ramal de entrada e ramal de saída do poste), nas fases A, B e C, demonstrando que houve manipulação no consumo de energia, haja vista que o consumo de energia elétrica do imóvel era um, mas os marcadores adulterados registravam outro, de forma que o valor pago era inferior ao efetivamente consumido.

Ressalte-se que, com tal manobra ilícita, a empresa de energia elétrica teve um prejuízo de aproximadamente R\$ 220,73 (duzentos e vinte reais e setenta e três centavos), conforme documentos de fls. 35-36.(...)”

A denúncia oferecida contra o réu Amilton Ferreira Neto foi rejeitada pelo juízo *a quo*, por ter entendido o magistrado ser cabível ao caso a aplicação do princípio da insignificância.

Contra esta decisão, insurge-se o Ministério Público Estadual, afirmando que o fato não configura crime bagatela, pois o desvalor da conduta deve prevalecer sobre o valor do resultado. No entanto, não assiste razão ao ora apelante.

Com efeito, ao rejeitar a denúncia, o juízo *a quo* assim fundamentou:

“(...) Em que pese o fato descrito na denúncia estar enquadrado em nosso ordenamento jurídico como ilícito penal, tenho que a denúncia não deve ser recebida ante a ausência de justa causa para agir, atrelado ao Princípio da Intervenção Mínima.

O Direito Penal deve se preocupar somente com as hipóteses em que há violação ou grave ameaça aos bens jurídicos fundamentais tutelados pelo Estado, não com bagatelas, daí seu caráter de subsidiariedade com relação aos demais ramos do Direito.

No caso em tela não há que se falar em lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma, vez que o prejuízo advindo da suposta conduta do denunciado é mínimo, equivalente a 35,48% de um salário mínimo vigente à época dos fatos, valor irrisório perante a grande empresa concessionária de energia elétrica, Enersul. Assim, não há que se falar em necessidade de pronta intervenção do Estado por meio de seu remédio sancionador extremo, como é tido o Direito Penal.

O princípio da intervenção mínima, premissa da qual adveio o princípio da insignificância, surge justamente para evitar situações teratológicas que, a bem da verdade, desvirtuam por completo a própria finalidade do Direito Penal - proteger bem jurídicos fundamentais para a convivência social. Serve-se o princípio da insignificância, portanto, como eficiente mecanismo de interpretação dos tipos penais, analisando-se o conteúdo material do delito, e não apenas seu aspecto formal.

Em outras palavras, o delito deve ser analisado não só sob o aspecto da adequação típica formal (conduta humana voluntária que tenha produzido um resultado naturalístico, havendo um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado produzido e uma adequação típica), mas também sob o aspecto de sua adequação material, de cunho valorativo, a fim de aferir a sua efetiva lesividade ao bem jurídico penalmente protegido pela norma (valoração do resultado) e a valoração da conduta do agente.

Enfim, o fato descrito na denúncia, consoante a aplicação do princípio da insignificância, é considerado atípico e não merece ser objeto de apreciação jurisdicional. Sem dúvidas, existem casos muito mais importantes para que a atenção jurisdicional seja atraída.

Ante o exposto, inexistindo conduta típica a ser apreciada, o que revela a ausência de justa causa para o aforamento da ação penal, REJEITO a denúncia ofertada em desfavor de Amilton Ferreira Neto, devidamente qualificado nos autos, o que faço com fundamento no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.(...)”

O Supremo Tribunal Federal tem apontado critérios para utilização do princípio da insignificância, quais sejam: “(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada”. (STF HC nº 93.453 Rel. Min. Joaquim Barbosa DJe 02.10.2009 p. 133).

É que “para que se dê a incidência da norma penal não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo legal. É preciso que a conduta delituosa se contraponha, em substância, ao tipo em causa. Necessário que a vítima experimente efetivo desfalque em seu patrimônio, ora maior, ora menor, ora pequeno, mas sempre um real prejuízo material. (...) Pena de se provocar a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar. (...) Desfalque praticamente nulo ao patrimônio da suposta vítima, que, por isso mesmo, nenhum sentimento de impunidade experimentará com o reconhecimento da atipicidade da conduta do agente.” (STF. HC nº 92411/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 09/05/2008).

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já exararam ser aplicável o princípio da insignificância ao furto qualificado, consoante revelam as seguintes ementas:

“Habeas corpus. 2. Furto qualificado tentado. Produtos de perfumaria. Valor das mercadorias de aproximadamente R\$ 60,00 (sessenta reais). 3. Presença dos quatro vetores apontados no julgamento do HC 84.412/SP, Celso de Mello, para reconhecimento do princípio da insignificância: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 4. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal na origem. (STF, HC 118738, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2013 PUBLIC 21-11-2013)

“HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. ABUSO DE CONFIANÇA. SUBTRAÇÃO DE UM QUILO DE FEIJÃO E UM FRASCO DE AZEITE. BENS AVALIADOS EM R\$ 5,60. VALOR ÍNFIIMO. BONS ANTECEDENTES. AGENTE MENOR DE 21 ANOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. Acompanhando o entendimento firmado pela 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, julgado em 07.08.2012, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5.ª Turma desse Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário. Entretanto, nos casos de habeas corpus impetrados antes da modificação dessa jurisprudência, tem-se admitido a concessão da ordem de ofício, quando flagrante a ilegalidade.

II. No caso dos autos, a Paciente é primária, de bons antecedentes e o valor dos objetos subtraídos é ínfimo (R\$ 5,60), consubstanciados em um saco de feijão e um frasco de azeite. Assim, em face do grau ínfimo de ofensividade da conduta, o caso está a merecer a aplicação do princípio da insignificância, reconhecendo-se a atipicidade material da conduta.

III. Habeas corpus não conhecido, concedida a ordem de ofício a fim de aplicar o princípio da insignificância e, conseqüentemente, absolver a Paciente na ação penal. (STJ, HC 240.055/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 04/10/2013)”

No caso em análise, verifica-se que estão preenchidos todos os requisitos, pois conforme consulta no SAJ, no dia 18.2.2014, às 11h07min, o réu não é reincidente ou portador de maus antecedentes, e não há periculosidade social na ação perpetrada, uma vez que não houve violência, grave ameaça à pessoa ou qualquer repercussão social significativa.

Outrossim, o valor da *res furtiva* foi avaliado em R\$ 220,73 (f.39-40), o que equivale cerca de 35,48% do salário mínimo à época, sendo insignificante e incapaz de gerar repercussão econômica no patrimônio da vítima.

Desta forma, impõe-se a manutenção da decisão hostilizada, a qual aplicou o princípio bagatelar, “que arreda da conduta do agente a tipicidade capaz de justificar seu ingresso na órbita do interesse punitivo do Estado”.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICÁVEL AO CASO CONCRETO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA MANTIDA. Como reiteradamente decidido pelos tribunais superiores, para a aplicação do princípio da insignificância é necessário o preenchimento de outras condições, como mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação e reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, além do ínfimo valor da Res furtiva. No caso em análise, foram preenchidos os requisitos necessários, uma vez que o réu é primário e portador de bons antecedentes, a Res furtiva foi avaliada em R\$ 37,30, equivalente a cerca de 9% do salário mínimo à época, e a conduta não causou periculosidade social significativa. Apelação desprovida. (TJRS; ACr 159178-24.2013.8.21.7000; Bento Gonçalves; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. José Antônio Daltoe Cezar; Julg. 15/08/2013; DJERS 30/08/2013)”

“FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Hipótese que caracteriza o delito de bagatela, ensejando a aplicação do princípio da insignificância. Recurso do ministério público improvido, por maioria. (TJRS; RSE 78840-63.2013.8.21.7000; Triunfo; Quinta Câmara Criminal; Relª Desª Genacéia da Silva Alberton; Julg. 05/06/2013; DJERS 25/06/2013)”

Diante do exposto, contra o parecer ministerial, voto por negar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (1º Vogal)

Acompanho o relator para negar provimento ao recurso ministerial.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (2º Vogal)

Em que pese o Direito Penal não se ocupar de condutas que não ofendam ao bem jurídico protegido pela norma, a ordem constitucional outorgou ao Estado o dever de proteger os direitos fundamentais contra a agressão de terceiros, como sintetiza o Min. Gilmar Mendes, calcado na doutrina alemã:

“Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando também um postulado de proteção (...) também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (...) pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: (...) dever de segurança, que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas”¹

Portanto, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico não autoriza o reconhecimento indiscriminado do princípio da bagatela (instrumento de política criminal) com fundamento, apenas, no valor econômico do bem despojado haja vista que se assim fosse estar-se-ia estimulando a impunidade.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso manejado pelo Ministério Público Estadual para o fim de determinar o prosseguimento da ação penal ajuizada em desfavor de Amilton Ferreira Neto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 10 de março de 2014.

¹ Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 557/558.

2ª Câmara Criminal**Apelação n. 0000248-70.2013.8.12.0043 - São Gabriel do Oeste****Relator Des. Manoel Mendes Carli**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CORRUPÇÃO DE MENORES – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CRIME FORMAL – CONFISSÃO – PERCENTUAL DE REDUÇÃO DA PENA – EXASPERADA – PENA-BASE REDIMENSIONADA DE OFÍCIO – REGIME PRISIONAL ABRANDADO – PROVIMENTO PARCIAL.

Inviável a absolvição do agente pela prática do delito de corrupção de menores, pois de acordo com a Súmula 500, do STJ - “*A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal. (Súmula 500, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 28/10/2013, DJe 26/06/2013)*”.

Embora a lei não estabeleça um *quantum* para diminuição da pena, em virtude do reconhecimento e aplicação de atenuantes, no caso concreto, a diminuição da pena foi desproporcional, merecendo ser majorada.

A prática de infracionais não se presta a exasperar a pena-base.

O lucro fácil integra o tipo penal do tráfico de drogas, configurando *bis in idem* a sua utilização para exasperar a pena-base.

Como a pena privativa de liberdade foi fixada em patamar inferior a 8 anos e o agente não é reincidente, bem como, a maioria das circunstâncias judiciais são favoráveis, abrandar-se o regime prisional inicial para o semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, prover em parte o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

Campo Grande, 4 de fevereiro de 2014.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de Apelação Criminal interposta por D. K., condenado pela prática de tráfico de drogas e corrupção de menores.

Entende a defesa técnica que o apelante deve ser absolvido da prática do crime de corrupção de menores, pois o mesmo é crime material e não há provas de que o menor foi corrompido. Aduz que o

quantum da redução da pena pelo reconhecimento da atenuante da confissão não guarda consonância com o princípio da razoabilidade, devendo ser exasperado.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (f.247-257) e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f.262-267) pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por D. K., condenado pela prática de tráfico de drogas e corrupção de menores.

Narra a denúncia o seguinte:

“Consta do inquérito policial que, no dia 27 de julho de 2012, por volta das 10h30min., na Estação Rodoviária, sito Avenida Juscelino Kubitschek, o denunciado D. K. transportava e trazia consigo material entorpecente em desacordo com a Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Depreende-se dos autos que, na data e local supracitados, Policiais Militares encontravam-se próximos à Estação Rodoviária de São Gabriel do Oeste e, repentinamente, avistaram o denunciado D. K. e a adolescente E. S. M., os quais apresentaram atitudes suspeitas e se apressaram a entrar num táxi. Desta forma, os Policiais Militares foram até o veículo e abordaram o denunciado, encontrando com este, dentro de uma mochila de mão, aproximadamente 207 g (duzentos e sete gramas) de substância entorpecente conhecida vulgarmente por pasta-base de cocaína - a qual está em desacordo com a Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde -, além da quantia de R\$ 15,35 (quinze reais, e trinta e cinco centavos) em dinheiro trocado, típico da venda da droga. O denunciado, à fl. 03, confessou que foi buscar a substância entorpecente na madrugada daquele dia, juntamente com a mencionada adolescente, na cidade de Campo Grande/MS, e que faria o desdobramento da substância e comercialização em porções de 01 g (uma grama) na cidade de São Gabriel do Oeste/MS. A menor E. S. M. viajou com o denunciado para adquirir e transportar a droga e, por consequência, praticou conduta análoga à infração penal, o que enseja a ocorrência do crime de corrupção de menores. A materialidade e a autoria do crime estão devidamente comprovadas pelo Auto de Apreensão de fl. 33, Pagamento por Depósito Identificado de fls. 35, Laudo de Exame de Constatação Preliminar de fls. 37, bem como pelos depoimentos prestados na fase policial e pela confissão do denunciado e da adolescente às fls. 11 e 06, respectivamente”.

Não merece guarida a pretensão da defesa técnica do apelante de que o mesmo deve ser absolvido da prática do crime de corrupção de menores, pois o mesmo é crime material e não há provas de que o menor foi corrompido.

E. S. M., na fase policial, narrou que sabia que D. K. ia buscar a droga e foi junto com o mesmo, presenciando todas as negociações, bem como, que D. K., que pagou sua passagem, iria dividir a droga em paradinhas e vendê-la.

Em juízo, D. K. confirmou a prática dos dois delitos – tráfico e corrupção de menores - e que E. S. M., de 15 anos, era sua namorada à época e o acompanhou para buscar a droga, sendo que receberia somente uma parte em dinheiro, pois precisava quitar uma dívida de R\$900,00. Disse ainda que qua do foi

preso estava em “quebra do regime semiaberto”. Acresceu que falou que a droga era sua , pois não pode indicar o dono da droga.

Desta forma, comprovada a corrupção de menores uma vez que E. S. M. viajou com D. K. com o intuito de adquirir e transportar a droga e, por consequência, praticou ato infracional análogo ao tráfico de drogas.

Frise-se que é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime de corrupção de menores é de natureza formal, bastando a participação do menor de dezoito anos para que se verifique a subsunção da conduta do réu imputável ao tipo descrito no artigo 1º, da Lei nº 2.252/54 - atual artigo 244-B, da Lei nº 8.069/90, introduzido pela Lei nº 12.015/2009.

Tanto é que Súmula 500, do STJ - *“A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal. (Súmula 500, terceira seção, julgado em 23/10/2013, DJe 28/10/2013, DJe 26/06/2013)”*.

Importante salientar que o artigo 1º, da Lei nº 2.252/54, que visa a proteção do menor, deve ser interpretado conjuntamente com os supervenientes direitos e garantias menoristas inseridos na Constituição Federal, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo o dispositivo 3º, da Lei nº 8.069/90¹, à criança e ao adolescentes são asseguradas todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento, físico, mental, moral, espiritual e social.

Neste contexto, infere-se que o fim a que se destina a tipificação do delito previsto no artigo 1º, da Lei nº 2.252/54, é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso. Assim, o bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora abrange tanto à inocência moral do menor como à formação moral da criança e do adolescente, consistente na abstenção da prática de infrações penais.

É cediço que a criança e o adolescente estão em plena formação de caráter e personalidade e, por essa causa, a repetição de ilícitos age como reforço à eventual tendência infracional anteriormente adquirida. Considerar não configurado o crime de corrupção de menores pelo simples fato de o adolescente ter ingressado na seara infracional equivale a qualificar irreversível o caráter do inimputável, pois não pode mais ser corrompido, em razão da prática de atos infracionais.

No caso concreto, conforme exposto na sentença, é incontroverso que a menor E. S. M. foi com D. K. à Campo Grande-MS buscar a droga e presenciou-se sua entrega, estando com o mesmo o tempo todo.

Assim, mantida a condenação de D. K. pela prática do crime previsto no artigo 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Nº 8.069/90).

Aduz que o *quantum* da redução da pena pelo reconhecimento da atenuante da confissão não guarda consonância com o princípio da razoabilidade, devendo ser exasperado.

Neste ponto, assiste razão à defesa técnica do apelante.

Verifica-se a seguinte dosimetria da pena:

1 Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

“3.1 - Delito do art. 33, caput, da lei 11.343/06.

3.1.1 - Primeira Fase - Circunstâncias Judiciais.

Passo a fixar a pena-base atendendo-se a ordem estabelecida pelo art. 68, do Código Penal, iniciando-se, assim, a análise quantos aos critérios definidos pelo art. 59, do Código Penal e art. 42, da Lei 11.343/06.

1 - Culpabilidade: a conduta do réu merece considerável reprimenda, pois a quantidade de droga encontrada em sua posse seria suficiente para confeccionar cerca de duzentas embalagens de droga (“paradinhas” de cocaína), quantia demasiadamente alta e capaz de originar diversos danos à sociedade. 2 - Antecedentes: o réu registra diversos antecedentes criminais. 3 - Conduta social: o réu possui conduta social extremamente reprovável, uma vez que vive voltado à delinquência, tendo, inclusive, vastos registros de atos infracionais enquanto menor de dezoito anos. 4 - Personalidade: também sem elementos; 5 - Motivos do crime: o lucro rápido e fácil. 6 - Circunstância: normais para o tipo. 7 - Consequências do crime: normal para o tipo. 8 - Comportamento da vítima: sem elementos, até porque a vítima, em crimes tais, são a própria incolumidade e a saúde pública. Diante do exposto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal e art. 42, da Lei 11.343/06 não lhe são benéficas, a pena deve ser aplicada um pouco acima do mínimo legal, razão pela qual fixo a pena-base em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa.

3.1.2 - Segunda Fase - Agravantes e Atenuantes. 1 - Circunstâncias atenuantes: o réu confessou a prática criminoso, tanto na fase policial quanto em juízo. 2 - Circunstâncias agravantes: sem agravantes. Reduzo, portanto, a pena-base para 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, e 630 (seiscentos e trinta) dias-multa. 3.1.3 - Terceira Fase: Causas de aumento e diminuição de pena. 1 - Causas de diminuição de pena: não há. 2 - Causas de aumento de pena: não há. Portanto, torno a pena, definitivamente, em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e 630 (seiscentos e trinta) dias-multa. 3.2 - Delito do art. 244-B, da lei 8.069/90. 3.2.1 - Primeira Fase - Circunstâncias Judiciais. 1 - Culpabilidade: normal para o tipo. 2 - Antecedentes: o réu registra diversos antecedentes, dentre eles condenação anterior pelo crime de corrupção de menores. 3 - Conduta social: o réu possui conduta social extremamente reprovável, uma vez que tem vida voltada à delinquência desde a menoridade, onde registra diversos atos infracionais. 4 - Personalidade: também sem elementos; 5 - Motivos do crime: sem elementos. 6 - Circunstância: normais para o tipo. 7 - Consequências do crime: normais. 8 - Comportamento da vítima: sem elementos. Diante do exposto, a pena deve ser aplicada um pouco acima do mínimo legal, razão pela qual fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão. 3.2.2 - Segunda Fase - Agravantes e Atenuantes. 1 - Circunstâncias atenuantes: o réu confessou a prática do delito. 2 - Circunstâncias agravantes: não há. Ante o exposto, reduzo a pena-base para 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão. 3.2.3 - Terceira Fase: Causas de aumento e diminuição de pena. 1 - Causas de diminuição de pena: não há. 2 - Causas de aumento de pena: não há. Portanto, torno a pena, definitivamente, em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão”.

Embora a lei não estabeleça um *quantum* para diminuição da pena, em virtude do reconhecimento e aplicação de atenuantes, no caso concreto, tenho que a diminuição da pena foi desproporcional.

Como esclarece Ricardo Augusto Schmitt² “muito embora não tenhamos atualmente um consenso quanto ao patamar ideal a ser adotado, torna-se mais aceito pela jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) a aplicação do coeficiente imaginário de 1/6 (um sexto) para cada circunstância atenuante ou agravante reconhecida (e valorada) – STF HC 69392/SP, HC 69666/PR, HC 73484-7”.

2 SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática*. 7ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p.215.

Assim, passo à nova dosimetria da pena.

Para o delito de tráfico, a pena-base foi fixada em 6 anos e 6 meses de reclusão e 660 dias-multa (f.211), pena que mantenho pela culpabilidade e maus antecedentes (Processo 0002130-72.2010.8.12.0043, trânsito em julgado em 31/10/2012, pois “*a condenação por fato anterior ao delito que aqui se julga, mas com trânsito em julgado posterior, pode ser utilizada como circunstância judicial negativa, a título de antecedente criminal.*” (STJ.HC 210.787/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, quinta turma, julgado em 10/09/2013, DJe 16/09/2013)).

Decoto a má conduta social, pois atos infracionais não se presta a exasperar a pena-base e o lucro fácil integra o tipo penal.

Pela atenuante da confissão, reduzo a pena em 1/6, ficando a mesma em 5 anos e 5 meses de reclusão e 550 dias-multa, pena que torno definitiva à míngua de agravantes, causas de diminuição e aumento a modificá-la.

Para a corrupção de menores, a pena-base foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão (f.212), em virtude dos maus antecedentes e da má conduta social.

Contudo, a prática de atos infracionais não se presta a exasperar a pena.

É que “O Direito Penal, dadas as conquistas liberais, estabelece a distinção entre as respostas penais: para imputáveis, à luz da culpabilidade, cominam-se penas; para inimputáveis, de acordo com a periculosidade, são estabelecidas medidas educativas/curativas. Diante deste modelo, é impossível exacerbar a reprimenda criminal com base em passagens pela Vara da Infância; isto porque, assim se entendendo, confundem-se grandezas distintas - culpabilidade e periculosidade. O comportamento carente de capacidade de entendimento/autodeterminação não se presta a aumentar a pena. (STJ.HC 57.924/MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sexta turma, julgado em 19/05/2009, DJe 08/06/2009)”.

Portanto, decoto a má conduta social e, em razão dos maus antecedentes, fixo a pena-base em 1 ano e 4 meses de reclusão.

Pela atenuante da confissão, reduzo a pena em 1/6, ficando a mesma em 1 ano, 1 mês e 10 dias de reclusão, pena que torno definitiva à míngua de agravantes, causas de diminuição e aumento a modificá-la.

Pelo concurso material, fica a pena total de Diego fixada em 6 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão e 550 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

Abrando o regime inicial para o semiaberto, uma vez que Diego não é reincidente a maioria das circunstâncias judiciais são favoráveis.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao apelo de Diego Kunrath para exasperar o percentual de diminuição da pena em virtude do reconhecimento e aplicação da atenuante da confissão e, de ofício, redimensionar a pena-base, restando sua pena pela prática dos delitos de tráfico de droga e corrupção de menores reduzida para 6 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 550 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Revisor)

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Diego Kunrath contra sentença proferida no Juízo da Vara Única da comarca de São Gabriel do Oeste que o condenou às penas de 6 anos e 3 meses de reclusão e 630 dias-multa pela prática do crime de tráfico de drogas e 2 anos e 3 meses de reclusão pela prática do

delito de corrupção de menores, em concurso material e regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade.

Busca a reforma da sentença com: a) a absolvição da imputação do crime de corrupção de menores; b) o aumento da redução da pena pela condenação do delito de tráfico de drogas e subsidiariamente por eventual condenação pelo crime de corrupção de menores.

O e. Relator deu provimento parcial ao apelo para exasperar o percentual de diminuição da pena em virtude do reconhecimento e aplicação da atenuante da confissão e, de ofício, redimensionar a pena-base, restando sua pena pela prática dos delitos de tráfico de droga e corrupção de menores reduzida para 6 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 550 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

Acompanho-o em parte, para dar provimento ao recurso em maior extensão, porquanto tenho que deve ser aumentado o percentual de diminuição da pena em virtude do reconhecimento e aplicação da atenuante da confissão e redimensionada a pena-base pela condenação pelo crime de tráfico de drogas, nos moldes como estabelecidos em seu voto, mas divirjo no tocante à condenação pelo delito de corrupção de menores, que deverá ser desclassificado, bem como em relação ao afastamento da valoração negativa da circunstância judicial relativa aos maus antecedentes.

Narra a denúncia, que foi acolhida na sentença, que:

“(...) no dia 27 de julho de 2012, por volta das 10h30min., na Estação Rodoviária, sito Avenida Juscelino Kubitschek, o denunciado (...) transportava e trazia consigo material entorpecente em desacordo com a Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. , na data e local supracitados, Policiais Militares encontravam-se próximos à Estação Rodoviária de São Gabriel do Oeste e, repentinamente, avistaram o denunciado D. K. e a adolescente E. S. M. (...), os quais apresentaram atitudes suspeitas e se apressaram a entrar num táxi. Desta forma, os Policiais Militares foram até o veículo e abordaram o denunciado, encontrando com este, dentro de uma mochila de mão, aproximadamente 207 g (duzentos e sete gramas) de substância entorpecente conhecida vulgarmente por pasta-base de cocaína (...) além da quantia de R\$ 15,35 (quinze reais, e trinta e cinco centavos) em dinheiro trocado, típico da venda da droga. O denunciado, à fl. 03, confessou que foi buscar a substância entorpecente na madrugada daquele dia, juntamente com a mencionada adolescente, na cidade de Campo Grande/MS, e que faria o desdobramento da substância e comercialização em porções de 01 g (uma grama) na cidade de São Gabriel do Oeste/MS.”

Superada tal digressão fática, começo anotando que o efeito devolutivo da apelação criminal é amplo, não se restringindo às matérias suscitadas nas razões recursais. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal já exarou que:

“a apelação da defesa devolve integralmente o conhecimento da causa ao Tribunal, que a julga de novo, reafirmando, infirmando ou alterando os motivos da sentença apelada, com as únicas limitações de adstringir-se à imputação que tenha sido objeto dela (cf. Súmula 453) e de não agravar a pena aplicada em primeiro grau ou, segundo a jurisprudência consolidada, piorar de qualquer modo a situação do réu apelante” (HC 76156, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 31/03/1998).

No caso, embora nas razões recursais não se pleiteie a desclassificação da imputação de corrupção de menores, a sentença merece reparos neste ponto, conforme já adiantei.

Além da imputação de tráfico de drogas, o réu foi denunciado como incurso nas penas do artigo 244-B da Lei 8.069/90 porque corrompeu adolescente a praticar com ele o delito de tráfico de drogas, o que foi comprovado, conforme bem fundamentado no voto do Relator.

Sucede, entretanto, que paralelamente ao disposto no sobredito dispositivo legal, a Lei 11.343/06 aponta que as penas previstas nos artigos 33 a 37 daquela lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente (artigo 40, inciso VI).

Existe, portanto, concurso aparente de normas entre o art. 40, VI, da Lei 11.343/06 e o artigo 244-B da Lei 8.069/90, de modo que o primeiro dispositivo deve prevalecer, pois configura norma especial em relação ao segundo.

Assim, comprovado o envolvimento de um adolescente no tráfico, deve incidir a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/06 e não a tipificação da conduta como corrupção de menores.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios já decidiu que *“se a prática do crime envolveu adolescente, há de incidir a causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, afastando-se, por conseguinte, o crime de corrupção de menores”* (1ª Turma Criminal - Apelação Criminal 20110110255170APR – Relator: Desembargador Esdras Neves, j. 08.03.2012).

A adoção da exegese acima exposta redundaria em solução menos gravosa ao recorrente e encontra amparo no artigo 617 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*), segundo o qual *“o tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”*.

Passo então, à nova dosimetria da pena, partindo do que foi estabelecido no voto do e. Relator, na parte em que o acompanho.

Na primeira fase da individualização da pena, permanece como desfavorável a culpabilidade, mantida pelo Relator como fixada na sentença, porquanto *“a quantidade de droga encontrada em sua posse seria suficiente para confeccionar cerca de duzentas embalagens de droga (‘paradinhas’ de cocaína), quantia demasiadamente alta e capaz de originar diversos danos à sociedade”* (p. 211) e afastado o desvalor da conduta social e dos motivos do crime, conforme fundamentos lançados também pelo Relator.

Divirjo em relação à primeira fase da dosimetria da pena somente da consideração negativa relacionada aos maus antecedentes, porquanto se utilizou de condenação transitada em julgado em momento posterior (31.10.2012 - p. 211) ao delito apurado nos presentes autos (27.7.2012).

Se referida condenação não serve para agravar a pena pela reincidência, também não deve servir para majorar a pena-base, sob pena de violação indireta ao art. 63, do CP (*“verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”*). [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#).

Assim reduzo de ofício a pena-base para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Pela atenuante da confissão acompanho o e. Relator para reduzir a pena em 1/6, fixando-a provisoriamente em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria da pena, em razão da *emendatio libelli* promovida alhures, aumento a pena do acusado em 1/5 pela causa especial de aumento pela prática do crime de tráfico envolvendo adolescente (art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06), considerando que o menor possuía na época dos fatos 15 anos de idade, ficando a reprimenda em 6 anos de reclusão, porém, mantenho a pena de multa em 550 dias

a fim de evitar *reformatio in pejus*, já que o crime de corrupção de menores desclassificado não possui tal cominação.

Assim, na ausência de outras modificadoras torno a pena pelo crime de tráfico de drogas, com a causa de aumento pelo envolvimento com adolescente, em 6 anos de reclusão e 550 dias-multa, no valor fixado pelo Relator.

Relativamente ao regime prisional, também acompanho o e. Relator para fixá-lo no semiaberto, considerando as circunstâncias judiciais do réu.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por D. K. e, em parte com o e. Relator, dou-lhe provimento parcial para: a) aumentar o percentual de diminuição pela atenuante da confissão; b) abrandar o regime prisional para o semiaberto; c) de ofício, reduzir a pena-base aplicada em razão da condenação pela prática do delito de tráfico de drogas; d) de ofício, desclassificar a imputação do crime de corrupção de menores para a incidência, na terceira fase da dosimetria, da causa de aumento do artigo 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06, na fração de 1/5, estabelecendo a pena definitiva pelo crime de tráfico de drogas 6 anos de reclusão e 550 dias-multa, no valor fixado pelo Relator, no valor fixado na sentença.

O Sr. Des.Carlos Eduardo Contar (Vogal)

Acompanho o relator e dou parcial provimento ao apelo interposto por D. K. para redimensionar a reprimenda.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram em parte o recurso, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

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. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 04 de fevereiro de 2014.

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0103003-60.2007.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – PORTE DE ARMA E RESISTÊNCIA – DELITO PRATICADO POR INDÍGENAS – ERRO DE PROIBIÇÃO- NÃO CONFIGURADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA DA PENA REVISTA – ART.56, DO ESTATUTO DO ÍNDIO - INAPLICÁVEL - PROVIMENTO PARCIAL.

Comprovada a autoria e materialidade dos delitos, mantém-se a condenação, mormente porque afastada a tese de erro de proibição, uma vez que a provas dos autos apontam que os indígenas são integrados à cultura moderna, com pleno discernimento e ciência acerca dos delitos praticados.

Redimensiona-se a dosimetria da pena exasperada com opinião do julgador acerca do desvalor da conduta do agente.

Inaplicável ao caso o artigo 56, do Estatuto do Índio aos índios integrados à sociedade moderna, conforme entendimento do STF e do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, prover em parte os recursos.

Campo Grande, 17 de fevereiro de 2014.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de Apelação Criminal (f.119-205) interposta por Loretito Fernandes Vilhalba, condenado à pena de 5 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, pela prática das infrações previstas no art.14 da Lei nº 10.826/03 e art. 329 § 1º do Código Penal e por André Morel Souza, Justino Ramos Ribeiro, Alexandre Morel e Mariano Fernandes Vilhalva, condenados pela prática da infração prevista no artigo 329, § 1º, do Código Penal, à pena de, cada um, 1 ano e 06 meses de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, conforme sentença de f. 167-186

Argumenta a defesa técnica que os apelantes são indígenas, naturais da Aldeia Nhaderu Marangatu, em Antônio João-MS e não estão totalmente integrados à sociedade, devendo ser absolvidos ou terem sua pena diminuída pelo erro de proibição.

Aduz ainda que o conjunto probatório em relação ao delito de resistência não autoriza a condenação, pois há apenas mera suposições.

Caso mantida a condenação, pugna pela aplicação da atenuante genérica do artigo 56, da Lei 6.001/73.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (f.207-217) e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 221-229) pelo improvimento do recurso interposto.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal (f.119-205) interposta por Loretito Fernandes Vilhalva, condenado à pena de 5 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, pela prática das infrações descrita no artigo 14 da Lei nº 10.826/03 e artigo 329 § 1º do Código Penal e por André Morel Souza, Justino Ramos Ribeiro, Alexandre Morel e Mariano Fernandes Vilhalva, condenados pela prática da infração descrita no artigo 329, § 1º, do Código Penal, à pena de, cada um, 1 ano e 06 meses de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, conforme sentença de f. 167-186

Narra a denúncia às f. 02-04, *in verbis*:

“(...) Consta da denúncia que no dia 15 de junho de 2007, por volta das 14 hr, na Fazenda Sobrero, zona rural de Antônio João/MS, nesta comarca, o denunciado Loretito Fernandes Vilhalva fora surpreendido por policiais civis portando um revólver, calibre 38, marca Taurus, de uso permitido, com cinco munições intactas, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

Segundo se apurou após a polícia comparecer no local e realizar revista em Loretito Fernandes Vilhalva, por receber denúncia de que Loretito estava praticando ameaças e danos, fora encontrada a supra citada arma de fogo na cintura do acusado Loretito, sendo que o acusado não possuía porte ou registro.

Após os policiais apreenderem a arma de Loretito Fernandes Vilhalva, os denunciados Loretito, Justino, André, Alexandre e Mariano se opuseram a execução do ato legal, mediante grave ameaça, armados com facões, impedindo que os policiais efetuassem a prisão em flagrante de Loretito Fernandes, sendo que por esse motivo foi necessário instaurar o presente inquérito policial através de Portaria. (...)”.

Argumenta a defesa técnica que os apelantes são indígenas, naturais da Aldeia Nhaderu Marangatu, em Antônio João-MS e não estão totalmente integrados à sociedade, devendo ser absolvidos ou terem sua pena diminuída pelo erro de proibição.

Esclarece Paulo José da Costa Júnior¹ que “no erro de proibição direto o agente atua convencido de que não está contrariando a norma jurídica.[...] No erro de proibição indireto, o agente erra sobre a intervenção de uma norma permissiva. [...] Se o erro de proibição (direto ou indireto) for inevitável (invencível, escusável), a conduta não será objeto de reprovação. O erro de proibição inevitável não poderá incorrer em censura alguma, ficando o agente isento de pena (art.21, *caput*). A solução é outra se se tratar de erro de proibição evitável (vencível, inescusável): o agente será punido, com pena reduzida de um sexto a um terço (art.21, *caput*, última parte).

¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. COSTA, Fernando José da. *Código Penal Comentado*. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 129.

Ainda sobre a questão Zaffaroni e Pierangeli² afirmam que “o condicionamento cultural nem sempre dá lugar a um erro de proibição, mas pode dar lugar a distintas classes de erros [...].Muito embora exista delito que o silvícola pode entender perfeitamente, existem outros cuja ilicitude ele não pode entender.”

No caso telado, competia à defesa técnica ter comprovado que os apelantes, por serem indígenas, adotavam apenas costumes próprios, com falta de contato com a sociedade e desconhecimento da legislação vigente, mormente porque todo o conjunto probatório dos autos aponta ao contrário.

É que dos autos extrai-se que era comum os índios ingressarem nas fazendas - propriedade particular – armados e abaterem cabeças de gado, utilizando-se, por vezes, de bicicleta (f.19-20), meio de transporte que não é próprio dos costumes indígenas e nem é adquirido em aldeias segregadas da sociedade.

Outrossim, Loretito, como capitão da aldeia, tinha o costume de ingressar armado nas fazendas, chegando ao ponto de utilizar aparelho de telefonia celular para pedir auxílio dos demais índios (f.29/30), o que demonstra integração com a vida e costumes da sociedade..

Tanto é, que na Delegacia de Polícia Loretito forneceu o número de seu telefone celular para contato (f. 30).

Embora os apelante não tenham comparecido em juízo, extrai-se do interrogatório dos mesmos que tinham plena ciência dos delitos cometidos.

Aliás, Mariano, filho de Loretito, que declarou trabalhar como tratorista na Fazenda Santa Ana, em Corumbá-MS, deixou claro que foram até ao local dos fatos a pedido de seu pai e este “não obedeceu a ordem de parar, momento em que os policiais o alcançaram em um revista e encontraram um revólver na cintura de Loretito [...] Que após Loretito ser detido o interrogando juntamente com os demais indígenas cercaram os policiais, não permitindo que seu pai fosse levado” (f.54-55).

Portanto, nas palavras do Des. João Carlos Brandes Garcia, “Insta salientar que pertencer a alguma etnia indígena não assegura salvo-conduto para a prática delituosa (TJMS. Apelação Criminal - Reclusão - N. 2009.001001-5/0000-00 - Amambai.Primeira Turma Criminal. Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia.J.31.3.2009.Publicação: 08/04/2009.Nº Diário: 1942)”.

Por outro lado, não há o que se falar em ausência de provas em relação ao delito de resistência.

Sobre o referido delito Rogério Sanches³ afirma que “a conduta se consubstancia em se opor, positivamente, à execução de ato legal, mediante violência (emprego de força física) ou ameaça (constrangimento moral, não necessariamente grave), contra a pessoa do funcionário executor ou terceiro que o auxilia, representantes da força pública. É imprescindível que a oposição seja positiva,, não se considerando crime a ‘resistência passiva’, destituída de qualquer conduta agressiva por parte do agente [...]. Deve ser observado, também, que os atos de resistência devem ser usados para impedir o cumprimento da ordem (durante sua execução). Se empregados antes ou após, estaremos certamente, diante de outro crime (arts. 129,147 ou 352, todos do CP)”.

No caso telado, policiais constataram que Loretito estava portando um revólver Taurus, calibre.38, municiado e sem documentação e não foi possível a prisão em flagrante do mesmo devido a ação de André, Justino, Alexandre e Mariano.

2 ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.646-647.

3 SANCHES, Rogério.*Código Penal para Concursos*.5ed. Salvador:*JusPodivm*, 2012, p.592.

Conforme acima transcrito, Mariano admitiu que não permitiram que policiais levassem Loretito (f. 54-55).

O policial civil Márcio André Molina, em juízo (f. 108-109), disse que:

“Nós fomos chamados pelo proprietário da fazenda, é... Cristiano, pra ir até a fazenda dele, que os indígenas iriam lá pra pedir um animal pra eles. E ele... Ele tava com medo de nega e sofrer alguma represália. Aí nós fomos até lá, no caminho encontramos 3 ou 4 indígenas, com facão e uma pistolinha há de plástico. Depois na fazenda tava o Loretito que é o capitão da aldeia, e chegamos lá com o proprietário da fazenda, aí conversamos ele, ele negou o animal pro Loretito, o Loretito não gostou muito e saiu, depois disso o funcionário, acho que é Célío, se eu não me engano é o nome dele, disse que o Loretito parecia que tinha uma arma na cintura, aí pedimos pra ele para, ele já tava uma distância de uns cinqüenta metros de nós, pedimos pra ele para(sic), ele não parou, aí saímos correndo atrás dele, seguramos ele, demos uma revista geral, ele tinha um revólver na cintura. [...] essa arma nós encaminhamos pra perícia, ela era raspada, não foi possível identificar a numeração da arma. [...] Durante a abordagem quando nós chegando, nós conversando... Os que estavam no trajeto até a fazenda, né, que eles falaram que estavam indo porque iriam carnear um animal, desses aí nós recolhemos deles uns facões que eles tinham, né? Depois, os outros que já estavam na fazenda, nós conversamos com eles, eu fiz a identificação de todos eles, peguei o nome de todos eles e quando nós abordamos o Loretito armado, quando ele já tava se retirando do local, os demais indígenas cercaram nós, e algum deles ainda tinha faca, facão, e aí nós começamos a retirar deles essas armas e aí eles conversavam em guarani, né, o Loretito era o que a gente segurava, por causa que ele estava, tinha recolhido a arma de dele e ia encaminhar ele, enquanto a gente segurava, eles conversava em guarani, e aí o Hugo que traduzia pra nós, o que eles falava, que ele falava que não era pra deixar levar ele, que era pra mandar cercar a estrada, que por onde nós teríamos que passar pra voltar pra Antonio João, aí ficou aquele, não era pra deixar levar ele, porque eles iam resistir [...] na hora ali, nós estávamos em três, chegamos a conclusão que seria melhor, deixá-lo ir e depois ser processado, como está sendo, do que a gente tentar tirar ele a força e teria um confronto naquele local, né?”

O inspetor de polícia Wanderlei Brandão dos Santos, na Delegacia de Polícia, narrou que Loretito aparentava estar com uma arma na cintura e determinou que parasse, mas o mesmo começou a andar mais rápido, sendo que tiveram que correr para alcançá-lo e desarmá-lo. Acresceu que “de imediato Loretito reagiu, sendo seguido por seus indígenas principalmente por seu filho de nome Mariano” (f. 20-21).

Em juízo, disse que:

“[...] o Loretito(F) estava lá na, na, na sede da fazenda, e que queria a vaca por toda lei, né, e aí o capataz, o menino que tava lá, ligou apavorado, né, que tava, tinha mais índios e aí ele foi registrar ocorrência, em vez de ir pra fazenda, ele veio até a delegacia pra registrar ocorrência e pediu um apoio nosso pra ir até a fazenda, né, que ele tava com medo.[...] Inclusive, quando estavam indo pra fazenda, no, no, no, na reta que vai pra fazenda, encontramos índios, iam de bicicleta, outros a pé, entendeu/ E quando estávamos os alcançamos todos nós revistávamos, o primeiro que nós, a primeira dupla que nós revistamos, um tava com uma pistola de brinquedo, ou com um facão, aí tomamos a arma e perguntamos pra onde eles estavam indo, eles nos disseram que estavam indo pra fazenda lá, que o Loretito(F) tinha chamado. [...] Na tarde anterior, eles estavam nas terras do Cristiano, né, e aí eles encurralaram a vaca e ela caiu, eu acho, no buraco e ela fraturou a perna, coisa assim, né? E eles queriam essa vaca por toda lei” (f. 110-111).

Na fase judicial, o policial Hugo César Benites afirmou (f. 112-113) que:

“No dia do fato, o dono da fazenda comunicou que tinha índios na propriedade dele. E a gente foi verificar e constatamos que tinha seis elementos armados de facão, que eu me lembro, e o capitão, que eles falam lá, tava dentro da sede, conversando com o capataz. [...] E a gente foi verificar e constatamos que ele tava armado realmente [...] a gente deixou eles irem embora, porque senão eles queriam investir contra a gente e ia sair uma coisa pior.

E, ainda (f.112-113):

“MP: Vocês deram voz de prisão para esse índio?

D: Demos, só que aí o filho dele e mais um, mais uns cinco, seis, eu não lembro agora a quantidade de indígena que tava com ele, não deixaram a gente levar, e falaram que iam chamar mais pessoas pra, pra, pra, pra, pra, pra, pra nós, lá.

MP: Quando eles falaram para vocês que eles não iam deixar levar o índio, eles de alguma forma ameaçaram vocês?

D: Sim.

MP: Expressamente indique o que aconteceu.

D: Eles falaram que a gente não ia sair de lá e praticamente, ao meu entender, vivo, porque eles iam chamar, e a gente tava muito distante da rodovia.

MP: Eles aparentavam exaltação, estavam calmos?

D: Não. Praticamente eles estavam alterados, eles não queriam saber: ‘Vocês vão libertar o cacique!’, e começaram a falar em guarani, e tanto é que a gente, a gente ficou com medo, né, porque a maioria que entra lá na aldeia, eles tiram arma, eles fazem o que querem.

[...]

.A: Mais ou menos quantos indígenas tinham lá na hora que o senhor foi lá?

D: Uns sete ou oito e mais umas crianças com eles”.

O capataz da fazenda onde ocorreu os fatos narrado na denúncia, Osmar Ramão Lopes, na fase judicial (f. 114-115) contou que *“[...] chegando lá, onde que os índios, no local lá estava esse Lorentito [...] estava armado; inclusive, eles tomaram até um, acho que um 38, né, municiado dele”.*

Acresceu que (f.114-115) :

“J: E os outros deixaram levar preso o Lorentito(F)?

D: Não, eles não prenderam, através disso daí, para não dar problema, né, assim de (...)”

Desta forma, não há o que se falar em absolvição.

Contudo, verifico que a dosimetria da pena merece reparos. Vejamos.

Loretito

Consignou a julgadora singular que “a) Crime de porte ilegal de arma de fogo: A ação do acusado reveste-se de normal grau de censurabilidade, ante ao ilícito praticado. Quanto à conduta social e a personalidade do denunciado, estas não o favorecem, já que há demonstração nos autos este era dado a invadir propriedade alheia, sentindo-se no direito, inclusive, de exigir que lhe entregassem reses. Também há demonstração que o acusado usava mal a sua natural liderança como cacique, já que incitava os demais índios a praticarem crimes. O réu não possui antecedentes criminais. Os motivos ficaram esclarecidos. As circunstâncias do crime são desfavoráveis. O réu usava a arma de forma ostensiva, para que com isso a sua vontade fosse acatada, intimidando de forma velada, os funcionários da fazenda, que inclusive, temendo o perigo, chamaram a polícia. Não há consequência relevantes, que não sejam a prática de outro crime, pelo qual o réu também foi condenado. O comportamento da vítima não influenciou para a prática do crime. Assim, não sendo totalmente favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixo a pena-base em três anos de reclusão. Na segunda fase da fixação da pena, não há agravantes a serem consideradas. Por outro lado, deixo de analisar a atenuante da confissão espontânea, pelo fato da pena já estar fixada no mínimo legal. Na terceira fase, não há majorantes ou minorantes a serem analisadas. Assim, fixo definitivamente a pena em três anos de reclusão. Considerando as circunstâncias judiciais e a situação econômica do acusado, condeno-o ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato. O valor da multa será reajustado de acordo com o art. 49, § 2º, do Código Penal” (f.180).

Decoto a má conduta social e a personalidade negativa, pois a questão de conflitos fundiários envolvendo indígenas e produtores rurais não deve ser considerada para negatar as circunstâncias judiciais, pois se trata de questão social.

Mantenho apenas as circunstâncias do delito como negativas, razão pela qual fixo a pena-base em 2 anos e 6 meses de reclusão e 15 dias-multa.

Na segunda fase, reconheço a atenuante da confissão e reduzo a pena ao mínimo legal, qual seja, 2 anos de reclusão e 10 dias multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido, pena que torno definitiva à míngua de agravantes, causas de diminuição ou aumento a modificá-la.

Em relação ao delito de resistência, constou na sentença o seguinte(f.181)”b) Crime previsto no §1º do art. 329 do CP: A ação do acusado reveste-se de normal grau de censurabilidade, ante ao ilícito praticado. Quanto à conduta social e a personalidade do denunciado, estas não o favorecem, já que há demonstração nos autos este era dado a invadir propriedade alheia, sentindo-se no direito, inclusive, de exigir que lhe entregassem reses. Também há demonstração que o acusado usava mal a sua natural liderança como cacique, já que incitava os demais índios a praticarem crimes. O réu não possui antecedentes criminais. Os motivos ficaram esclarecidos, já que o réu queria fugir da prisão que havia sido imposta. As circunstâncias do crime são desfavoráveis, já que o acusado, incitou os indígenas a buscarem mais índios e emboscaram os policiais na estrada, demonstrando que eles estavam em grave risco. Não há consequências relevantes, que não sejam a própria qualificação do crime. O comportamento da vítima não influenciou para a prática do crime. Assim, não sendo totalmente favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixo a pena-base em dois anos de reclusão. Na segunda fase da fixação da pena, não há atenuantes ou agravantes a serem consideradas. Na terceira fase, não há majorantes ou minorantes a serem analisadas. Assim, fixo definitivamente a pena em dois anos de reclusão”.

Pelos fundamentos cima, decoto a conduta social e personalidade apontadas como negativas.

Os motivos do delitos são inerentes ao tipo penal, razão de também serem decotados.

Mantenho apenas as circunstâncias do delito como negativas, razão pela qual fixo a pena-base em 1 ano e 6 meses de reclusão.

Na segunda fases, sem atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição e aumento da pena, ficando a mesma definitivamente fixada em 1 ano e 6 meses de reclusão.

Pelo concurso material, fica Loretito condenado à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão e 10 dias multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

O regime prisional inicial é o aberto, conforme diretrizes do artigo 33, do Código Penal,

Presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução penal.

André, Justino, Mariano e Alexandre

Pelo delito de resistência a pena-base dos apelantes foi exasperada com a mesma fundamentação, qual seja, “Quanto à conduta social e a personalidade do denunciado, estas não o favorecem, já que há demonstração nos autos este era dado a invadir propriedade alheia, sentindo-se no direito, inclusive, de exigir que lhe entregassem reses. [...] Os motivos ficaram esclarecidos, já que o réu incitado por seu cacique, queria impedir que este fosse levado preso”, conforme f.182, 183, 184, 185.

Tais circunstâncias judiciais merecem ser decotadas, pois, conforme acima exposto, o problema envolvendo indígenas e produtores rurais, de ordem social, não se presta a exasperar a pena-base, mormente porque, neste caso, a população indígena entende que os produtores rurais estão ocupando de forma irregular suas terras e estes entendem que os índios invadem sua propriedade.

Os motivos dos delitos são inerentes ao tipo penal, razão pela qual também devem ser decotados.

Assim, resta a pena-base de André, Justino, Mariano e Alexandre pela prática do delito de resistência reduzida ao mínimo legal, qual seja, 1 ano de reclusão.

Para André, Justino e Alexandre, não existem atenuantes, agravantes, causas de diminuição e aumento da pena, ficando a mesma definitivamente fixada em 1 ano de reclusão.

Para Mariano, presente a atenuante da confissão, mas deixo de aplicá-la, nos moldes da Súmula 231, do STJ. Sem agravantes.

Inexistentes causas de diminuição e aumento da pena, ficando a mesma definitivamente fixada em 1 ano de reclusão.

O regime prisional inicial é o aberto, conforme diretrizes do artigo 33, do Código Penal

Presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos a ser fixada pelo juízo da execução penal.

Por fim registro que inaplicável ao caso o artigo 56, do Estatuto do Índio, por uma razão simples: a semiliberdade somente é direito subjetivo àqueles índios considerado como sylvícolas, não se aplicando aos índios integrados à sociedade moderna, conforme entendimento do STF, exposto no RECR n.º 97.064-9/AM, rel. o Min. Néri da Silveira, e do STJ, exposto no HC. n.º 11.862/PA, rel. o Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 9.10.2000⁴, este interposto em favor de *Bênkaroty Kayapó* (Paulinho Paiakan), em caso de repercussão nacional.

4 “O art. 56, da Lei nº 6.001/73, se destina apenas aos índios em fase de aculturação e não àqueles já completamente integrados à civilização dos brancos. Mesmo assim, a atenuação da pena não pode levá-la para além do mínimo cominado (STF, RECR-100319/PR, Rel.Min. Aldir Passarinho e Súmula 231 - STJ), somente ensejando o cumprimento em regime de semiliberdade, se possível, não podendo aplicar-se, pois, ao crimes hediondos..Ordem denegada. (HC 11862/PA, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2000, DJ 09/10/2000 p. 166)”.

Assim, “*havendo na Lei específica, Estatuto do Índio, uma alternatividade quanto ao regime de cumprimento de pena, com a expressão ‘se possível’, fica na discricionariedade do magistrado atender ou não àquela norma.* (TJMS; HC 2008.006293-2/0000-00; Amambaí; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. Gilberto da Silva Castro; DJEMS 17/04/2008; Pág. 55)”.

Ante o exposto:

A) Dou provimento parcial ao apelo de Loretito Fernandes Vilhalba para redimensionar a dosimetria da pena, restando sua pena pela prática dos delitos descritos no artigo 14 da Lei 10.826/03 e artigo 329 § 1º do Código Penal reduzida para 3 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicial aberto, e 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução penal.

B) Dou provimento parcial ao apelo de André Morel Souza para redimensionar a dosimetria da pena, restando sua pena reduzida para 1 ano de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicial aberto, pela prática da infração descrita no artigo 329 § 1º do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por uma penas restritiva de direitos, a ser fixada pelo juízo da execução penal.

C) Dou provimento parcial ao apelo de Justino Ramos Ribeiro, para redimensionar a dosimetria da pena, restando sua pena reduzida para 1 ano de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicial aberto, pela prática da infração descrita no artigo 329 § 1º do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por uma penas restritiva de direitos, a ser fixada pelo juízo da execução penal.

D) Dou provimento parcial ao apelo de Alexandre Morel, para redimensionar a dosimetria da pena, restando sua pena reduzida para 1 ano de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicial aberto, pela prática da infração descrita no artigo 329 § 1º do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por uma penas restritiva de direitos, a ser fixada pelo juízo da execução penal.

E) Dou provimento parcial ao apelo de Mariano Fernandes Vilhalva, para redimensionar a dosimetria da pena, restando sua pena reduzida para 1 ano de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicial aberto, pela prática da infração descrita no artigo 329 § 1º do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por uma penas restritiva de direitos, a ser fixada pelo juízo da execução penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram em parte os recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

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, 17 de fevereiro de 2014.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0061918-75.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – PLEITO ABSOLUTÓRIO – ACOLHIDO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – RECURSO PROVIDO.

Não se caracteriza como crime de desobediência (previsto no artigo 330 do CP) o descumprimento de medidas protetivas de urgência decretadas, porque a conduta já é punível com outras sanções específicas, não fazendo a lei ressalva expressa de possibilidade de cumulação da sanção penal.

A conduta praticada é atípica, impondo-se a absolvição.

Contra o parecer, recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento ao recurso nos termos do voto da Relatora.

Campo Grande, 20 de janeiro de 2014.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

D. C. T. P. interpôs recurso de apelação manifestando seu inconformismo pela sentença que julgou procedente a denúncia condenando-o à pena de 20 (vinte) dias de detenção, no regime aberto, e pagamento de 13 (treze) dias-multa a razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime tipificado no art. 330 do Código Penal.

Em sua razões recursais narra o Apelante que compareceu ao local de trabalho da vítima, sendo o local freqüentado por ele com habitualidade em razão de sua profissão, entretanto a vítima, desconsiderando tal fato e agindo incorretamente, o denunciou ao órgão policial com a finalidade de obter vantagens em procedimentos cíveis movidos em desfavor do acusado.

Aduz que, por estar próximo ao Natal, tentou se comunicar com seus filhos via telefone, mas foi impedido pela vítima, já que esta não atendia as ligações, entretanto, em certo momento, foi estabelecido tal contato telefônico, o qual motivou o processo em questão.

O Apelante alega que em nenhum momento houve qualquer agressão física ou moral e que a única finalidade da ligação era o de promover o encontro com seus filhos, sem a intenção de cometer qualquer ofensa ou ato de violência, inclusive a própria vítima teria reconhecido em audiência que a atual relação de amizade entre ela e o Apelante tem sido boa.

Apregoa que não há fato relevante para a punição. Ressalta que o apelante é réu primário, trabalhador e de boa conduta social. Aponta, ainda, a existência em seu favor da atenuante da confissão espontânea.

Assim, pugna pelo provimento do recurso a fim de seja reformada a sentença para absolver o Apelante do crime de desobediência (f. 86-91).

O Ministério Público, em contrarrazões, sustentou que o delito de desobediência estaria provado uma vez que o Apelante já havia sido citado do tero da medida protetiva aplicada nos autos 0064584-20.2010, e ainda assim tentou manter contato telefônico com a vítima, logo, pugnou pelo improvimento do apelo (f. 94/98).

As contrarrazões da assistente de acusação foram juntadas às f. 102/108, oportunidade em pleiteou pelo improvimento do recurso, ponderando que o próprio Apelante, ao ser interrogado, teria confessado a autoria delitiva, assim, as provas coligidas aos autos seriam suficientes para sustentar o decreto condenatório.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opina pelo conhecimento e improvimento do recurso, justificando que não há que se falar em absolvição do apelante pois comprovadas a autoria e a materialidade dos delitos (f. 119/124).

VOTO

A Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de apelação interposta por D. C. T. P. manifestando seu inconformismo pela sentença que julgou procedente a denúncia condenando-o pela prática do crime tipificado no art. 330 do Código Penal.

O Apelante foi denunciado pelo crime de desobediência. Narra a denúncia que (f. 02/03):

“Consta do inquérito policial incluso, que na data de 23 de dezembro de 2010, por volta das 02h, na Rua Eduardo Contar, 977, Bairro Guanandi, nesta capital, o denunciado ligou para a vítima, com chamada originada pelo número (67) 8404-0167 para o número (67) 8161-5008, dizendo-lhe que ‘se a mesma quer guerra, guerra ela vai ter’ (sic) pedindo ainda para reatar o casamento.

Ao efetuar ligações para a vítima, a fim de manter contato, o denunciado desobedeceu à ordem judicial da qual foi devidamente intimado, que determinou que ele fosse proibido de se aproximar da vítima, bem como, manter contato com ela por qualquer meio de comunicação (...).”

A sentença ulgou procedente a pretensão punitiva estadual, impondo a D. C. T. P. à pena de 20 (vinte) dias de detenção, no regime aberto, e pagamento de 13 (treze) dias-multa a razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo pela prática do crime tipificado no art. 330, do CP.

Irresignado, o Apelante interpôs o presente recurso, pleiteando a sua absolvição pelo crime de desobediência, argumentando que o ato por ela praticado não seria relevante para a punição (f. 86/91).

O Magistrado sentenciante julgou procedente a pretensão deduzida da denúncia para condenar o Apelante como incurso nas penas do art 330, do CP tendo em vista o descumprimento de medida protetiva de urgência previamente aplicada em favor da vítima, que o proibiu de comunicação com a ofendida por quaisquer meios.

As medidas protetivas previstas na Lei 11.340/2006, que visam proteger as vítimas de eventuais abuso por parte de seus agressores, são medidas cautelares que, em caso de descumprimento, podem levar à decretação de prisão preventiva quando as providências mais brandas se mostrarem insuficientes à proteção da ofendida, haja vista o disposto no art. 313, do CPP:

“Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

(...) III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)”.

Por sua vez, a Lei 11.340/2006 estabelece que:

“Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

(...)

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

(...) §4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)”.

O art. 22, § 4º, da Lei n.º 11.340/06 confere ao Juiz a aplicação dos §§ 5º e 6º do art. 461 do Código de Processo Civil, a fim de assegurar o resultado prático das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor.

Por outro lado, observa-se que o legislador foi silente quanto à possibilidade de responsabilização criminal no caso de descumprimento da medida cautelar aplicada.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pontuaram que não se configura, no plano da tipicidade penal, o crime de desobediência (CP, art. 330), se a inexecução de determinada ordem, emanada de servidor público, revelar-se passível de sanção de caráter administrativo prevista em lei, como ocorre nos casos em que há descumprimento de medida protetiva imposta previamente em favor da vítima. Confira-se:

“HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. MOTORISTA QUE SE RECUSA A ENTREGAR DOCUMENTOS À AUTORIDADE DE TRÂNSITO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há crime de desobediência quando a inexecução da ordem emanada de servidor público estiver sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal. Hipótese em que o paciente, abordado por agente de trânsito, se recusou a exhibir documentos pessoais e do veículo, conduta prevista no Código de Trânsito Brasileiro como infração gravíssima, punível com multa e apreensão do veículo (CTB, artigo 238). Ordem concedida.”

(STF. HC 88.452/RS. Rel.Min.EROS GRAU. 2ª Turma. Julgado em 02/05/2006).

“HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO DO RECURSO ADEQUADO. INADMISSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO DELITO DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO (ART. 195 DO CTB). NATUREZA ADMINISTRATIVA. RESSALVA DE SANÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSIDERADA NEGATIVA. CONDUTA SOCIAL DO PACIENTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, o que é o caso dos autos.

2. Para a configuração do delito de desobediência, salvo se a lei ressalvar expressamente a possibilidade de cumulação da sanção de natureza civil ou administrativa com a de natureza penal, não basta apenas o não cumprimento de ordem legal, sendo indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção determinada em lei específica no caso de descumprimento (HC n. 22.721/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 30/6/2003). Precedentes.

3. Necessária se faz, portanto, a reforma do acórdão recorrido para restabelecer a sentença de primeiro grau, que absolveu o paciente quanto ao crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal.

(...) 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau no ponto que absolveu o ora paciente pelo crime de desobediência.”

(STJ. HC 186718 / RJ. Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Sexta Turma. Julgado em 20/08/2013).

Os Tribunais Superiores orientam que, quando alguma lei comina determinada sanção civil ou administrativa para o descumprimento de ordem legal, somente incidirá o crime tipificado no art. 330 do Código Penal se a respectiva lei ressalvar expressamente a aplicação cumulativa do delito de desobediência.

Ora, descumprida a ordem judicial que determina uma medida protetiva de urgência no âmbito doméstico, será cabível requisitar auxílio de força policial, a imposição de multas, decretação de prisão preventiva, dentre outras sanções específicas. Por essa razão, não se deve admitir a caracterização do crime de desobediência, se o descumprimento de medidas protetivas já conduz a uma sanção específica, não fazendo a lei ressalva expressa acerca da possibilidade de cumulação da sanção penal.

Nesse sentido pronunciou-se este Tribunal:

“APELAÇÃO CRIMINAL – DESOBEDIÊNCIA – PRELIMINAR DE NULIDADE POR FALTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – REJEITADA – EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL – AUSÊNCIA DA AUDIÊNCIA PREVISTA NO ART. 16 DA LEI N. 11.340/2006 – NÃO ACOLHIDA – DELITO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – PROCEDENTE – RECURSO PROVIDO.

(...) III - Para a configuração do delito de desobediência de ordem judicial é indispensável que inexista a previsão de sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação. Precedentes.”

(TJMS. Apelação Criminal 0040971-68.2010.8.12.0001. Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 25/03/2013).

“APELAÇÃO CRIMINAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - PRELIMINAR DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA - IMPOSSIBILIDADE - DELITO DE DESOBEDIÊNCIA TIPIFICADO NO ART. 330 DO CP - NÃO CONFIGURADO - ATIPICIDADE PENAL RECONHECIDA - CRIME DE AMEAÇA - PROVAS SUFICIENTES PARA CONDENAÇÃO - TIPICIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - VEDAÇÃO PELO ART. 44, I, DO CP - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) A diversidade de cominações para o inadimplemento das medidas de proteção previstas na Lei Maria da Penha, aí incluída a custódia cautelar do agressor, são suficientes para proteção da mulher, não reclamando, a princípio, a escora prevista no artigo 330 do Código Penal, para cuja caracterização, ademais, exige-se dolo representado pela vontade livre e consciente de desobedecer a ordem legal de funcionário público competente para emití-la, inexistente no caso concreto. (...)”

(TJMS. Apelação Criminal 0046680-84.2010.8.12.0001. Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Segunda Câmara Criminal. Julgado em 10/12/2012).

Em suma, as determinações judiciais cujo cumprimento for garantido por sanções previstas em leis civis, processual civil ou administrativa, torna atípica a desobediência no campo penal, assim, embora o apelante tenha infringido determinação judicial, a circunstância de haver previsão de sanção específica de natureza cível, não cumulada com a penal, afasta a tipicidade da conduta narrada na exordial acusatória.

Portanto, entendo ser o caso de dar provimento ao apelo para absolver D. C. T. P. para absolvê-lo.

Do prequestionamento

Com relação aos prequestionamentos aventados, esclareço que a matéria foi apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de a matéria se confundir com o mérito e ter sido amplamente debatida.

Conclusão

Por todo o exposto, em parte contra o parecer, rejeitado as preliminares arguidas e dou provimento ao recurso de apelação interposto por D. C. T. P. para absolvê-lo do crime tipificado no art. 330, do CP, por atipicidade da conduta, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso nos termos do voto da relatora.

Presidência da Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha

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. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 20 de janeiro de 2014.

1ª Câmara Criminal**Agravo de Execução Penal n. 0009118-33.2013.8.12.0002 - Dourados****Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha**

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO – UNIFICAÇÃO DAS PENAS – ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FUTUROS – TERMO A QUO – TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Sobrevindo nova condenação no curso da execução da pena, desimporta se esta se deu por fato anterior ou posterior à referida execução, pois agora é relevante a soma das penas em fixação de regime mais gravoso, sendo necessária a retificação da data-base para concessão de futuros benefícios.

Neste diapasão, quando há unificação das penas, conta-se o prazo para obtenção de novos benefícios do dia em que efetivamente transitou em julgado a nova condenação, no caso em tela, 16.01.2012.

Em parte com o parecer, agravo 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, por maioria, em parte com o parecer, improver o recurso nos termos do voto da Relatora, vencido o 2º Vogal.

Campo Grande, 13 de janeiro de 2014.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Humberto Alves de Oliveira interpõe Agravo em Execução Penal em face da decisão de fls. 84-85, proferida pelo Juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS, que lhe indeferiu o pedido de retificação do cálculo de liquidação da pena e, por consequência, o pedido de progressão para o regime semiaberto, já que o novo cálculo de pena alterou a data-base do benefício.

Em razões recursais (fls. 01-22), pleiteia a progressão para o regime semiaberto com base no primeiro cálculo de pena, que considera o dia 13.11.2009 como data-base ou, subsidiariamente, requer seja considerado o dia 30.08.2011(data do efetivo recolhimento ao regime fechado), como nova data-base, sendo refeito o cálculo penal da progressão de regime.

Nesses termos, requer a progressão para o regime semiaberto com base no primeiro cálculo de pena ou, subsidiariamente, com lastro na retificação do novo cálculo de pena.

Em contrarrazões (fls. 80-83), o *parquet* estadual pugnou pelo improvimento do recurso.

A decisão impugnada consta às fls. 84-85 e, em sede de retratação, restou mantida por seus próprios fundamentos (fls. 118).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso nos termos do parecer de fls. 122-125.

VOTO

A Sr^a. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Consoante relatado, trata-se de agravo em execução penal interposto por Humberto Alves de Oliveira (fls. 01-22), em face da decisão de primeiro grau (fls. 84-85), que lhe indeferiu a progressão para o regime semiaberto, ao homologar novo cálculo de pena que alterou a data-base para o benefício.

Em razões recursais (fls. 01-22), pleiteia a progressão para o regime semiaberto com base no primeiro cálculo de pena, que considera o dia 13.11.2009 como data-base ou, subsidiariamente, requer seja considerado o dia 30.08.2011(data do efetivo recolhimento ao regime fechado), como nova data-base, sendo refeito o cálculo penal da progressão de regime.

Em contrarrazões, o *parquet* estadual pugna pelo improvimento do recurso (fls. 80-83). No mesmo sentido o parecer da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 122-125).

O pleito não merece acolhimento.

A r. decisão monocrática assentou que o requisito objetivo (lapso temporal) não se encontrava atendido, indeferindo o pedido de progressão a regime prisional mais brando bem como pedido de retificação de cálculo de liquidação de pena, nos seguintes termos (fls. 84-85):

“Vistos, etc.

Trata-se de pedido de progressão de regime e impugnação ao cálculo penal de fls. 105-107, elaborados pelo apenado.

O reeducando requereu progressão ao regime semiaberto alegando preencher os requisitos legais, posto que, conforme o cálculo de pena acostado às fls. 57-58, a exigência temporal teria sido atingida em 12/12/2012.

Todavia, nesse ínterim, o referido cálculo fora retificado e a data-base para progressão de regime, alterada para o dia 16/03/2012, nos termos da impugnação ministerial de fls. 103/104.

A defesa, insatisfeita com a nova liquidação de pena, impugnou-a, com o ensejo de manter a data-base para fins de cômputo do benefício como dia 13/11/2009.

Com vista, o Ministério Público manifestou-se pelo não acolhimento do pleito.

Relatado, decido.

De efeito, assiste razão ao representante ministerial, tendo em vista que o art. 112, da Lei de Execução Penal, colaciona expressamente que a forma progressiva da pena está sujeita ao cumprimento de pelo menos 1/6 (um sexto) da reprimenda no regime anterior.

Assim sendo, fulcrado no art. 112 da LEP, acolho o parecer ministerial para indeferir o pedido de retificação do cálculo de liquidação de pena de fls. 105/107 e, por conseguinte, indefiro a progressão a regime prisional mais brando, diante da ausência do requisito objetivo.

Nos termos do art. 277, § 1º do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça, homologo o cálculo de pena de fls. 105/107.”

Inicialmente, insta consignar que o agravante pleiteou perante a instância singela, o benefício da progressão de regime, amparando-se no cálculo de pena acostado às fls. 72-74, que previa o cumprimento do requisito temporal em 13.12.2012, tendo como data-base para a progressão 13.11.2009.

Ocorre que à época do referido cálculo (f. 72-74), o reeducando cumpria pena somente pela prática do delito capitulado no *caput* do art. 121 do Código Penal, praticado em 2004. Não obstante, no curso do cumprimento da reprimenda, praticou novo delito em 18.12.2006, capitulado no art. 121, § 2º, incisos II e IV do CP, pelo qual veio a ser condenado e cuja sentença transitou em julgado em 16.01.2012 (cf. f. 75-77).

A discussão trazida à baila gira em torno da data-base a ser fixada nos casos em que há unificação das penas.

Nos termos da jurisprudência do STJ e do STF, a superveniência de condenação por crime doloso implica o reinício do cômputo do prazo para a concessão de eventuais benefícios, que deverá ser novamente calculado tendo como base a soma das penas restantes a serem cumpridas, pouco importando que a nova condenação decorra de fato praticado antes ou depois do delito que deu início à execução.

Assim, a contagem do prazo para a concessão de eventuais benefícios da execução é interrompida e passa a ter por parâmetro a pena unificada, desprezando-se, neste cálculo, o período já cumprido.

Cumprе lembrar que a possibilidade de alteração da data-base para o cálculo do benefício da progressão de regime, em virtude de superveniência de nova condenação do apenado, está prevista na própria Lei de Execução Penal, cujo artigo 111, parágrafo único, assim determina:

“Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.”

Uníssono é o entendimento, ainda, de que o marco inicial da contagem da nova data-base é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória do novo delito praticado e não a data da prisão, como entendeu o magistrado singular. Tampouco da data do início do cumprimento da primeira reprimenda, como aduz a tese defensiva.

Nesse sentido, os recentes julgados da Corte Superior, *verbis*:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. UNIFICAÇÃO DE PENAS. ALTERAÇÃO DA DATA BASE PARA A CONCESSÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

- (...)

- A jurisprudência desta Corte já pacificou o entendimento de que, na superveniência de condenação criminal, é possível a alteração da data-base para concessão de progressão de regime, fazendo-se novo cálculo com base no somatório das penas, sendo o termo inicial contado a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido”.

(HCn.263.852/MG, Rel. Ministra MARILZAMAYNARD-DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJSE, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 27/05/2013).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO NO CURSO DA EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. BENEFÍCIOS PRISIONAIS. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. TERMO A QUO. TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO.

(...)

3. Trata-se de hipótese em que, no curso da execução, sobreveio nova condenação. Em casos tais, é operada a unificação das penas, nos termos do art. 111, parágrafo único, da LEP.

4. Conforme orientação desta Corte, a contagem do prazo para a concessão de eventuais benefícios da execução é interrompida e passa a ter por parâmetro a pena unificada, desprezando-se, neste cálculo, o período já cumprido.

5. De ressaltar, entretanto, que a jurisprudência tem considerado como marco interruptivo a data do trânsito em julgado da nova condenação, sendo irrelevante se o crime foi praticado antes ou depois do início da execução da pena.

6. Agravo regimental a que se nega provimento”.

(AgRg no HC n. 269.154/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013).

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 111, PARÁGRAFO ÚNICO, 112 E 118, II, DA LEP. VIOLAÇÃO AO ART. 75, § 2º DO CP. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. CRIME ANTERIOR OU POSTERIOR AO INÍCIO DA EXECUÇÃO. TERMO A QUO. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO SUPERVENIENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Sobrevindo nova condenação ao apenado no curso da execução da pena, a contagem do prazo para concessão de benefícios é interrompida, devendo ser feito novo cálculo, com base no somatório das penas.

2. O termo a quo para contagem do período aquisitivo é o trânsito em julgado da superveniente sentença condenatória.

3. Ordem denegada”. (HC n. 210.637/MA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 19/3/2012).

Corroborar-se a isso o entendimento da doutrina majoritária, traduzida nos ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete, em sua obra *Execução Penal*:

“No caso de superveniência de nova condenação, por crime praticado antes ou durante a execução, terá direito o condenado à progressão quando preenchidos os

requisitos legais, entre eles o de cumprimento de um sexto da pena. Não fixa expressamente a lei, entretanto, a partir de quando deve ser contado o tempo necessário para a progressão a regime mais brando. Por uma interpretação lógica deve-se entender o seguinte: se não é modificado o regime com a adição da nova pena, deve cumprir um sexto da soma do restante da pena em cumprimento com a nova sanção, se operar a regressão, conta-se um sexto a partir da transferência, tendo como base para o cálculo o que resta da soma das penas a serem cumpridas. Assim, pode acarretar a revogação do livramento condicional e a regressão”. (in Execução Penal, 11ª edição, Editora Atlas, 2007, p. 382).

No caso em análise, a sentença condenatória pelo delito superveniente transitou em julgado na data de 16.01.2012 (cf. fls. 75-77), sendo esse o termo inicial de contagem para concessão de benefícios, que passa a ser calculado a partir do somatório das penas que restam a ser cumpridas.

Desse modo, para a definição da próxima progressão, a fração de 1/6 (um sexto) deve incidir sobre a pena unificada, e o produto dessa equação se somará à data-base de 16.01.2012.

Ante o exposto, tenho que a concessão de benefícios da execução penal deverá se pautar pela data do trânsito em julgado da sentença condenatória do novo delito praticado, marco inicial para a contagem do prazo, e não pela data do início do cumprimento da primeira reprimenda ou a data do efetivo recolhimento do agravante ao regime fechado, como requer a defesa, tampouco 16.03.2012 (dia do cumprimento do mandado de prisão) como procedeu o magistrado singular, devendo, pois, ser considerada a data-base para o cálculo de novos benefícios como sendo a data do trânsito em julgado da sentença condenatória do novo delito praticado, qual seja, no caso, 16.01.2012.

Caso prevaleça o voto, comunique-se ao Juiz da causa para refazimento do cálculo de pena.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (1º Vogal)

De acordo com o voto da relatora.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (2º Vogal)

Conforme relatado, trata-se de agravo de execução interposto por Humberto Alves de Oliveira contra decisão proferida pelo d. Juízo da 3ª Vara Criminal de Dourados, que indeferiu os pedidos de progressão prisional e de retificação do cálculo de pena.

Nas razões, almeja a retificação do cálculo a fim de que a data-base para a fluência do prazo da progressão prisional seja fixado em 13.11.2009, quando dera início ao cumprimento de suas reprimendas ou, subsidiariamente, que o referido prazo seja contado a partir de 30.08.2011, data em que foi transferido para o regime fechado.

A d. Relatora, Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha, nega provimento ao recurso, porém determina a retificação do cálculo de pena para adoção de nova data-base, assentando, no transcorrer de seu r. voto, que o correto marco inicial é 16.01.2012, data em que houve o trânsito em julgado da última condenação.

O d. 1º Vogal, Des. Dorival Moreira dos Santos, acompanha irrestritamente o voto inaugural.

Pois bem.

Após analisar cuidadosamente os autos, cheguei a conclusão diversa daquela externada pela d. Relatora, de modo que ousarei opor divergência ao seu r. voto para dar parcial provimento ao agravo.

Explico.

Segundo infere-se dos autos, o agravante deu início ao cumprimento de sua reprimenda na data de 13.11.2009 em decorrência de condenação pela prática do crime de homicídio simples, a qual infligiu-lhe a pena de 06 anos de reclusão em regime inicial semiaberto. Posteriormente, na data de 02.12.2010, obteve progressão ao regime aberto (p. 34-35 e 49-50).

Ocorre que durante o cumprimento daquela pena sobreveio nova condenação por crime de homicídio qualificado, fato praticado em 18.12.2006, ou seja, antes do início da execução da anterior reprimenda. A sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri de Dourados ocorreu em 30.08.2011, sendo a condenação quantificada em 13 anos de reclusão (posteriormente reformada em sede de apelação para 12 anos e 06 meses de reclusão), negando-se ao agravante a possibilidade de recorrer em liberdade (p. 90-96, *in fine*), motivo pelo qual foi ele imediatamente preso e conduzido ao Estabelecimento Penal Harry Amorim Costa (p. 46 e 68).

Expedida a guia de recolhimento provisória, impôs-se a necessidade de elaboração de novo cálculo de pena com a adequação do regime prisional à nova realidade da execução penal, circunstância que implica em regressão, malgrada a irresignação defensiva.

Nessa esteira, dispõe o § único do art. 111 da Lei de Execução Penal que “*sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime*” (destaquei).

Outrossim, apregoa o inc. II do art. 118 do referido diploma legal que haverá a regressão ao regime mais rigoroso quando o reeducando “*sofrer condenação, por crime anterior; cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime*”.

Implementada, portanto, a regressão prisional, seu efeito inerente é a interrupção da contagem do prazo para a progressão, devendo, pois, a data-base ser deslocada para momento posterior, a partir do qual serão computados os novos benefícios.

Isso porque o art. 112 da Lei de Execução Penal preceitua que “*a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento*”, reforçando-se, pois, a observância do efeito interruptivo da contagem do prazo para progressão.

Assim, na hipótese aqui retratada, o percentual de 1/6 (apesar de hediondo, trata-se de delito cometido antes da vigência da Lei n. 11.464/07, que alterou a Lei n. 8.072/90, instituindo prazos diferenciados para progressão prisional) deve incidir sobre a soma do restante da pena anterior com a nova pena aplicada.

Cumprir fazer um adendo a fim de registrar que o presente caso é diverso daquele em que a soma das penas não altera o regime, inexistindo, pois, rigorosamente, regressão prisional, de modo que não haverá ali qualquer circunstância apta a legitimar a interrupção da contagem da pena, devendo, naquele exclusivo caso, ser preservada a última data-base (falta disciplinar, início da execução e etc).

Todavia, na hipótese retratada nos autos, em que se configurou a regressão prisional (art. 118, inc. II, da Lei de Execução Penal), a legislação não é clara quanto ao marco inicial em que o prazo para a progressão deverá voltar a fluir, o que motivou o surgimento de várias interpretações jurisprudenciais a respeito da exata data em que a contagem deve ser reiniciada, vale dizer: se a partir da transferência para o novo regime; se a partir da efetiva somatória realizada pelo cartório judicial; se a partir do cumprimento do mandado de prisão, ou; se a partir do trânsito em julgado da posterior condenação.

Nesse prospecto, considerando que excetuada a primeira hipótese, as outras tratam-se de procedimentos meramente administrativos ou processuais, cujo atendimento ou atingimento demandam da prática de atos pela serventia judicial, os quais raramente são praticados em prazo exíguo, não podem eles serem utilizados como data-base, sob pena de flagrante prejuízo ao condenado.

Tal gravame pode ser facilmente visualizado tomando como exemplo o presente caso. Veja-se que o agravante foi recolhido para o cumprimento da nova pena em 30.08.2011 (p. 46 e 68), sendo que a somatória das reprimendas pelo cartório judicial -se em 06.12.2011, ou seja, após cerca de 03 meses. Em sequência, conforme bem observou a d. Relatora, houve o trânsito em julgado da segunda condenação, o que ocorreu em 16.01.2012, portanto 04 meses e 17 dias após o início do cumprimento da pena. Mais adiante, em 16.03.2012 (p. 114), houve a formalização do cumprimento do mandado de prisão (consoante decisão agravada – p. 84-85), ato que demandou de nada menos que 06 meses e 17 dias, isso tomando por base a data em que o agravante foi efetivamente preso.

Assim, *verbi gratia*, ao se adotar a data em que o mandado de prisão foi efetivamente cumprido, conforme realizado em 1º grau, deixa-se de computar o considerável período de 06 meses e 17 dias para a progressão ao regime semiaberto, o que corresponde, na prática, a desprezá-lo à pretexto de um ato administrativo, tardio e meramente formal praticado pelo Poder Judiciário.

Especialmente em relação ao trânsito em julgado, há de considerar que a interposição de recurso invariavelmente retardará seu advento, de modo que nesses casos (ocorrido nos autos) a utilização de tal momento processual como data-base para a progressão acaba por impor ao reeducando uma verdadeira sanção, com o retardamento da obtenção da progressão, prejudicando-o simplesmente por ter exercitado um direito constitucional, que é a revisão do julgado em 2ª instância.

É fácil, pois, notar, que ao considerar qualquer daqueles marcos (soma efetuada pelo cartório, trânsito em julgado ou formalização do cumprimento do mandado de prisão) como início da contagem para as novas progressões, o prejuízo vai se intensificando a medida em que as datas se afastam do exato dia em que houve a transferência para o atual regime.

Frente a tal conjuntura – e não olvidando do entendimento adotado pelo e. Superior Tribunal de Justiça – tenho como apropriado utilizar-se da data em que o indivíduo efetivamente é transferido para o atual regime como marco para os posteriores benefícios, a fim de conferir ao sistema interpretação lógica e mais benéfica ao reeducando, evitando-lhe prejuízos decorrentes da morosidade da máquina estatal, até porque, no tocante ao requisito objetivo, o art. 112 da Lei de Execução Penal é categórico ao determinar que a progressão se dará após o cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior.

Sobre o tema, vale trazer a colação da doutrina de Julio Fabrrini Mirabete:

“(...) Não fixa expressamente a lei, entretanto, a partir de quando deve ser contado o tempo necessário para a progressão a regime mais brando. Por uma interpretação lógica deve-se entender o seguinte: se não é modificado o regime com a adição da nova pena, deve cumprir um sexto da soma do restante da pena em cumprimento com a nova sanção; se operar a regressão, conta-se um sexto a partir da transferência, tendo como base para o cálculo o que resta da soma das penas a serem cumpridas.

(...)

Satisfaz o requisito temporal o condenado submetido à regressão quando cumpre um sexto da pena a partir da transferência para o regime mais severo, ou seja, do restante da pena que tem a cumprir. Não pode ser computado para o total da pena, com base no qual se calcula um sexto, o tempo já cumprido.

Ocorrendo nova condenação, deve ser observado o art. 111, e o prazo de 1/6 da soma da nova sanção com o restante da pena anterior deve ser computado a partir da entrada no regime estabelecido após a referida operação.(...)" (Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2004, p. 382, citado em HC-TJPR 0772618-5; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Rogério Kanayama; de 02/06/2011) - destaquei.

Na mesma linha do entendimento aqui exposto (utilização, como marco inicial para a progressão, da data da última transferência do reeducando para o atual regime), colho recentes arestos de Tribunais Pátrios:

"EXECUÇÃO PENAL. VÁRIAS CONDENAÇÕES. SOMA DAS PENAS. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE EM RAZÃO DA NOVA QUANTIDADE DE PENA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 111 DA LEP. DATA-BASE PARA CONTAGEM DO REQUISITO OBJETIVO PARA EVENTUAIS BENEFÍCIOS. REEDUCANDO QUE JÁ SE ENCONTRAVA SEGREGADO EM REGIME FECHADO. DATA DA ÚLTIMA PRISÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO, PARA ESTABELECEER A DATA DA ÚLTIMA PRISÃO COMO TERMO INICIAL PARA EVENTUAIS BENEFÍCIOS. Somadas as penas e mantido o regime anterior, ou seja, no fechado, da mesma forma deverá ser conservado todo o prazo adquirido para a progressão, não podendo a data-base ser estabelecida no dia em que houve a soma das penas, mas, sim, quando a agravante foi presa e iniciou ainda que provisoriamente, o cumprimento da sentença condenatória imposta (Recurso de Agravo n. 2010.045705-9, de Tijucas, rela. Desa. Salete Silva Sommariva)." (TJSC; AG 2013.054607-0; Criciúma; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Jorge Henrique Schaefer Martins; Julg. 15/10/2013; DJSC 18/10/2013; Pág. 371)

"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME ABERTO. NOVA CONDENAÇÃO EM REGIME ABERTO. ARTIGO 111 DA LEP. UNIFICAÇÃO DE PENAS. DETERMINAÇÃO DO REGIME. REGRESSÃO PARA O REGIME SEMI ABERTO. POSSIBILIDADE. MARCO INICIAL PARA CONTAGEM DE PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. DATA DA ÚLTIMA PRISÃO. DECISÃO ACERTADA. RECURSO NÃO PROVIDO. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento de pena será feita pelo resultado da soma ou da unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restando da que está sendo cumprida, para determinação do regime. Considerando que a Lei de Execuções Penais não prevê a data do reinício da contagem para concessão de benefícios após a unificação das penas e determinação do regime, deve ser considerada a data da última prisão do condenando, não sendo admitida a fixação de nova database como sendo da unificação das penas." (TJMG; AG-ExP 1.0471.10.013925-5/001; Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques; Julg. 07/05/2013; DJEMG 17/05/2013)

"AGRAVO EM EXECUÇÃO. RECURSO MINISTERIAL. REEDUCANDO QUE CUMPRIA REGIME SEMIABERTO E VOLTOU A DELINQUIR. SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO. DECISÃO SINGULAR QUE FIXOU A DATA DA ÚLTIMA PRISÃO COMO O MARCO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. IRRESIGNAÇÃO DO PARQUET. PRETENDIDA A ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. DATA DA ÚLTIMA PRISÃO DO REEDUCANDO QUE DEVE SER CONSIDERADA COMO O MARCO PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. RECURSO DESPROVIDO. Depreende-se da leitura dos artigos 111 e 118 da Lei de execuções penais, que não há previsão legal para a alteração da data-base no processo executivo de pena, na hipótese de condenação posterior ao início da execução. Assim, deve ser considerada como data-base a data da última prisão do agravado, e não a data

da prolação da última condenação, vez que a morosidade da justiça não pode onerar ainda mais a pessoa submetida à custódia estatal.” (TJMT; AG-EXPEN 117597/2012; 1º Câmara Criminal; Rel. Des. Paulo da Cunha; Julg. 29/01/2013)

Destarte, considerando que o agravante, de fato, já cumpria a nova reprimenda em regime fechado no momento do trânsito em julgado e/ou da formalização do cumprimento do mandado de prisão, dou parcial provimento ao recurso a fim de determinar a retificação do cálculo de pena mediante a adoção, como termo inicial para a contagem do prazo para a progressão, da data da transferência para o atual regime (30.08.2011 – p. 46 e 68), salvo no caso de existir eventual notícia de posterior falta disciplinar de natureza grave ou de outro fator igualmente prejudicial.

Assim, divergindo respeitosamente da i. Relatora, é como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, em parte com o parecer, improveram o recurso nos termos do voto da relatora, vencido o 2º vogal.

Presidência da Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha

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. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 13 de janeiro de 2014.

1ª Câmara Criminal***Habeas Corpus* n. 4012791-69.2013.8.12.0000 - Campo Grande****Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CAPTAÇÃO DE ÁGUA DE POÇO TUBULAR – CRIME AMBIENTAL – CONDUTA NÃO PREVISTA NO ART. 60 DA LEI 9.605/98 – PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – POSSIBILIDADE – ATIPICIDADE DA CONDUTA – MATÉRIA REGULADA POR LEGISLAÇÃO CIVIL E ADMINISTRATIVA – ORDEM CONCEDIDA.

1. As condutas imputadas aos pacientes têm previsão expressa na Política Nacional de Recursos Hídricos, de modo que as sanções referentes à infração do citado dispositivo legal são de natureza exclusivamente administrativa, sem qualquer referência à cumulação com sanções penais.

2. A Resolução nº 237/1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA assim como a Resolução nº 102/2005 do Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA não dispõem que a captação de água superficial ou subterrânea é atividade potencialmente poluidora.

3. Além disso, que em Laudo juntado à fl. 325, a análise da água obtida da torneira da cozinha do Hotel Metropolitan foi classificada como “satisfatória para os padrões de potabilidade”. E mais, juntada à fl. 328, datada de 12 de novembro de 2012, está a Licença Ambiental do citado hotel, a qual permanecerá válida até 12 de novembro de 2017. Assim, não há provas nos autos de que a conduta dos pacientes é crime ambiental.

4. Ordem concedida para o trancamento da Ação 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, por unanimidade, com o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto da Relatora.

Campo Grande, 6 de fevereiro de 2014.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

O advogado Tiago Bana Franco impetra ordem de *Habeas Corpus*, sem pedido de liminar, em favor de Hotel Metropolitan Ltda – EPP, Jair Pandolfo, Irma Maria Carrer Pandolfo, Rubens Carrer e Benildo Domingos Carrer, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal de Campo Grande/MS.

Relata o impetrante que a denúncia do Ministério Público se baseia na existência de um poço de água, o qual gerou a imputação de sete crimes diferentes, e em concurso material, aos representantes do Hotel Metropolitan Ltda.

Narra que o Hotel Metropolitan encontra-se ligado à rede de abastecimento de água, entretanto, possui também um poço de água, o qual é usado no caso de interrupções no abastecimento e para a lavagem de áreas externas.

Argumenta que não é papel do Poder Judiciário discutir se determinado local tem ou não um poço artesiano dentro de sua propriedade. Ademais, alega que o Direito Penal não é a *prima ratio*, de forma que se a Administração Pública é ausente, não cabe desde logo a imputação de crime ao cidadão.

Menciona que todos os fatos alegados na denúncia podem ser discutidos pela via administrativa, de modo que a extinção da Ação Penal, por ausência de justa causa, é medida necessária.

Aduz que não há laudo com o qual o Ministério Público possa provar que o poço mantido pelos paciente é obra ou serviço potencialmente poluidor, que cause risco ao meio ambiente ou à saúde pública.

Frente a tais argumentos, pede, por meio deste remédio constitucional, que a Ação Penal seja extinta, porque julga ausente a justa causa necessária para continuação da mesma.

A tutela de urgência foi indeferida às fls. 342/344.

As informações da autoridade pontuada como coatora foram requisitadas e devidamente prestadas às fls. 348/356.

O Ministério Público manifesta-se pela concessão da ordem, por haver constrangimento ilegal a ser sanado pelo remédio constitucional (fls. 359/367).

VOTO

A Sr. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

A partir dos autos, verifica-se o Hotel Metropolitan mantém, em sua propriedade, um sistema alternativo de captação de água subterrânea (poço tubular). Em razão disso, o Ministério Público ofereceu denúncia imputando aos pacientes as condutas dispostas nos arts. 60 e 68, da Lei n. 9.605/1998.

A Defesa, por sua vez, impetrou o presente *writ* desejando que a Ação Penal seja trancada por atipicidade da conduta, pois os supostos crimes cometidos pelos pacientes tem natureza Administrativa, e não Penal.

Eis, concisamente, o objeto do *writ*.

A ordem deve ser concedida.

Consoante enumera a Lei n. 9.433/97, que dispõe sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos, em seu art. 49, constitui infração das normas de utilização de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos:

I - derivar ou utilizar recursos hídricos para qualquer finalidade, sem a respectiva outorga de direito de uso;

II - iniciar a implantação ou implantar empreendimento relacionado com a derivação ou a utilização de recursos hídricos, superficiais ou subterrâneos, que implique alterações no regime, quantidade ou qualidade dos mesmos, sem autorização dos órgãos ou entidades competentes;

III - (VETADO)

IV - utilizar-se dos recursos hídricos ou executar obras ou serviços relacionados com os mesmos em desacordo com as condições estabelecidas na outorga;

V - perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização;

VI - fraudar as medições dos volumes de água utilizados ou declarar valores diferentes dos medidos;

VII - infringir normas estabelecidas no regulamento desta Lei e nos regulamentos administrativos, compreendendo instruções e procedimentos fixados pelos órgãos ou entidades competentes;

VIII - obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades competentes no exercício de suas funções. (...)

Como se vê, as condutas imputadas aos pacientes têm previsão expressa na Política Nacional de Recursos Hídricos, de modo que as sanções referentes à infração do citado dispositivo legal são de natureza exclusivamente administrativa, sem qualquer referência à cumulação com sanções penais.

Ademais, na Resolução nº 237/1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA assim como a Resolução nº 102/2005 do Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA não dispõem que a captação de água superficial ou subterrânea é atividade potencialmente poluidora.

Ora, se os pacientes estão sendo processados por conduta que não se encaixa em obras ou serviços potencialmente poluidores, não há falar em crime ambiental, estando visível a atipicidade da conduta e a ausência de justa causa da Ação Penal.

Destaque-se, além disso, que em Laudo juntado à fl. 325, a análise da água obtida da torneira da cozinha do Hotel Metropolitan foi classificada como “satisfatória para os padrões de potabilidade”. E mais, juntada à fl. 328, datada de 12 de novembro de 2012, está a Licença Ambiental do citado hotel, a qual permanecerá válida até 12 de novembro de 2017. Assim, não há provas nos autos de que a conduta dos pacientes é crime ambiental.

Nas palavras do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em caso semelhante ao da hipótese dos autos:

“Os verbos nucleares do artigo 60 da Lei Ambiental são ‘construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar’ estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, aí não incluída a atividade de captação de água de cursos hídricos naturais (rios, lagoas, riachos, córregos, lençóis freáticos etc.). Destarte, não estando a atividade de captação de água superficial prevista como crime na Lei 9.605/98 ou no rol de atividades ou empreendimentos potencialmente poluidores sujeitos a licenciamento ambiental (Resolução 237/97 do CONAMA), atípica é a conduta narrada na exordial.” (TJ-RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Data de Julgamento: 21/05/2012, Turma Recursal Criminal)

Como bem enfatizou a Defesa, o Direito Penal tem caráter subsidiário, pautado pelo princípio da intervenção mínima, de modo que se a matéria tratada é regulamentada exclusivamente por legislação

na esfera administrativa, é nesta em que as infrações como a do caso em testilha devem ser apuradas e regularmente punidas.

Por fim, como é cediço, a Ação Penal só pode ter continuidade por fato que tenha descrição adequada a algum tipo penal, sendo o seu trancamento, pela via do *writ*, medida excepcional, que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que é a hipótese dos autos.

Nesse sentido:

“CRIME AMBIENTAL. CAPTAÇÃO DE ÁGUA DE ARROIO. ATIVIDADE NÃO SUBSUMIDA NO ARTIGO 60 DA LEI 9.605/98. ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA. MATÉRIA REGULADA POR LEGISLAÇÃO CIVIL E ADMINISTRATIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. É plenamente atípica a conduta do indivíduo que efetua captação de água de arroio para utilização eventual em sua atividade industrial de recuperação de embalagens plásticas, para a qual ele possuía licenciamento/autorização dos órgãos competentes. Matéria regulada pela Lei 9.433/97 de cunho exclusivamente civil e administrativo. RECURSO PROVIDO. (Recurso Crime n. 71003622925, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Cristina Pereira Gonzales, julgado em 07/05/2012) RECURSO CRIME. DELITO AMBIENTAL. ARTIGO 60 DA LEI 9.605/98. NORMA PENAL EM BRANCO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. As obras tidas como potencialmente poluidoras e que exigem licença do órgão ambiental competente estão relacionadas no Anexo I da Resolução 237 do Conama, assim como na Tabela de Atividades do Manual de Cadastro Técnico Federal. A possibilidade de complementação desta tabela, frente ao que dispõe o § 2.º do art. 2.º da mesma Resolução só pode ser feita pelo órgão ambiental competente, entendido este, pela legislação competente, como o Conama, a teor do disposto na Lei Federal n. 6.938/81 e do Decreto n. 99.274/90. Fora dessas atividades, a falta de licenciamento ambiental em relação as obras tidas como potencialmente poluidoras não pode ser vista como crime ambiental penal. A atribuição dada pela Lei Estadual n. 10.220/94, que dispõe sobre a organização do Sistema Estadual de Proteção Ambiental, ao Conselho Estadual do Meio Ambiente, não alcança, por falta de previsão legal, a possibilidade de ampliar a classificação das atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, já que sua competência está limitada às situações ali previstas. RECURSO PROVIDO.” (Recurso Crime n. 71003344884, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, julgado em 31/10/2011)

“CRIME AMBIENTAL. CAPTAÇÃO DE ÁGUA DE POÇO ARTESIANO. ATIVIDADE NÃO SUBSUMIDA NO ARTIGO 60 DA LEI 9.605/98. ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA. MATÉRIA REGULADA POR LEGISLAÇÃO CIVIL E ADMINISTRATIVA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. É penalmente atípica a conduta do indivíduo que efetua captação de água de poço artesiano para abastecimento humano e lavagem de carros em posto de combustíveis, uma vez que ela não está prevista como crime na Lei 9.605/98, tampouco consta do rol de atividades ou empreendimentos potencialmente poluidores e sujeitos a licenciamento ambiental, da Resolução 237/97 do...” (TJ-RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Data de Julgamento: 21/05/2012, Turma Recursal Criminal)

“EMENTA HABEAS CORPUS CRIME AMBIENTAL TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL ATIPICIDADE DA CONDUTA ORDEM CONCEDIDA. I - A conduta pela qual a paciente foi incriminada é atípica, uma vez que se amolda à prática prevista no art. 49, incisos I e V, da Lei n. 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, cujas sanções, previstas no seu art. 50, são de natureza exclusivamente administrativa, sem referência à cumulação com sanções penais. Outrossim, a Resolução n. 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente CONAMA, bem como a Resolução n. 8, de 06/07/2009 da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e

Tecnologia SEMAC/MS, não prevêem a captação de água superficial ou subterrânea como atividade potencialmente poluidora, não podendo a simples falta de autorização, que é de natureza administrativa, servir de fundamento para a persecução penal. Da mesma forma, o verbo do tipo descrito no art. 60 da Lei n. 9.605/98 são: “construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar” estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, aí não incluída a atividade de captação de água de cursos hídricos naturais (rios, lagoas, riachos, córregos, lençóis freáticos etc.). II - Com relação ao disposto no art. 68 da Lei n. 9.605/98, imperioso salientar que, nos termos do § 2.º do art. 1.º da já mencionada Resolução n. 8, de 06/07/2009 da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia SEMAC/MS, que disciplina o licenciamento ambiental de poços tubulares para captação de água no Estado, há a dispensa de autorização para instalação de poços inferiores a 50 (cinquenta) metros e diâmetro inferior a 4,5 polegadas de diâmetro. In casu, o laudo de vistoria acostado aos autos nada mencionou acerca da profundidade e diâmetro do poço tubular. III - Por fim, ao que tudo indica a água retirada diretamente do subsolo era utilizada somente para manutenção do estabelecimento, e não se destinava à ingestão humana, já que o hotel tem contrato com a concessionária pública para o fornecimento de água e tratamento de esgoto. Ainda que destinada ao consumo humano (do que não há sequer indícios), nada demonstra que houvesse suspeitas mínimas sobre qualquer tipo de contaminação capaz de provocar danos à saúde humana, o que seria imprescindível para a caracterização da conduta criminosa descrita no art. 66 do Código de Defesa do Consumidor. Habeas Corpus - Nº 1601574-31.2013.8.12.0000 - Campo Grande.”

Logo, não restando comprovado que a conduta imputada aos pacientes é punível pela legislação penal, o trancamento da Ação Penal n. 0023873-65.2013.8.12.0001 é medida que se impõe.

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, Concederam A Ordem, Nos Termos Do Voto Da Relatora.

Presidência da Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha

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. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 06 de fevereiro de 2014.

2ª Câmara Criminal***Habeas Corpus* n. 1401649-20.2014.8.12.0000 - Nova Andradina****Relator Des. Romero Osme Dias Lopes**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – AMEAÇA – LEI 11.340/06 – LIBERDADE PROVISÓRIA – INEXISTÊNCIA DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA ANTERIORMENTE EFETIVADA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE – ORDEM CONCEDIDA.

Inexistindo os requisitos previstos no artigo 312 do CPP, sendo o crime imputado ao paciente apenado com detenção, além de demonstrando que a prisão provisória é desproporcional, principalmente, pelo fato de futura e incerta condenação possivelmente fixar regime prisional mais brando que o fechado, concede-se a liberdade provisória ao agente.

Ademais, concedida e cumprida a medida protetiva de urgência inexistem motivos para a manutenção do paciente no cárcere.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, MS, 27 de fevereiro de 2014.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator.

RELATÓRIO

Des. Romero Osme Dias Lopes.

A Defensoria Pública Estadual impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor do paciente Edelberto Cardoso, preso preventivamente pela suposta prática do delito tipificado no art. 147 do Código Penal, sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte da Juíza de Direito da 3ª Vara da Comarca de Nova Andradina.

Narra que o paciente foi preso em flagrante no dia 2 de fevereiro de 2014, sendo decretada sua prisão preventiva para a garantia da execução das medidas protetivas de urgência e da ordem pública.

Aduz que não se vislumbra os requisitos que justifique a segregação cautelar, a prisão é desproporcional, além de que o paciente possui requisitos subjetivos favoráveis.

Por fim, trouxe que a vítima declarou, à f. 9, que os fatos não ocorreram da forma narrada no auto de prisão em flagrante, além de que não necessita de medida protetiva de urgência, posto que não se sente ameaçada pelo paciente.

Assim sendo, requer, em sede liminar, a concessão da ordem, a fim de que o paciente seja colocado em liberdade.

A liminar foi concedida, às f. 62-64.

Informações prestadas, à f. 67.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 70-73, pela concessão da ordem.

VOTO

Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

Considerando que a decisão que deferiu o pleito liminar esgotou a análise da matéria, adoto-o como razões de decidir, transcrevendo-o, *ipsis literis*:

“A prisão preventiva é cabível quando a situação concreta se enquadrar em uma das hipóteses dispostas nos incisos do art. 313, do Código de Processo Penal, não bastando apenas estarem presentes os pressupostos e fundamentos dispostos no art. 312, do Código de Processo Penal.

O art. 313, do Código de Processo Penal, possui a seguinte redação:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Com efeito, percebe-se que somente é cabível a prisão preventiva se: a) o crime pelo qual o agente responde comine pena máxima superior a 4 anos; b) o agente for reincidente em crime doloso; c) no caso de violência doméstica para garantir medida protetiva anteriormente imposta e; d) quando houver dúvida quanto a identidade do agente.

In casu, verifica-se que não estão presentes nenhuma das hipóteses dispostas acima, posto que o paciente não tem antecedentes criminais, conforme f.27, não houve descumprimento de medida protetiva anteriormente imposta, não há dúvidas quanto a sua identidade e o crime que está sendo acusado é o previsto no artigo 147 do Código Penal, que tem pena máxima inferior a 4 anos.

Ademais, a vítima Jaira Diniz Lopes juntou declaração, à f. 7, sustentando que em nenhum momento o acusado ofendeu ou tentou agredir (...) não oferece risco à vida da depoente (...) e que não tem interesse na manutenção da medida protetiva.

É claro que a declaração juntada não é suficiente para a análise das condições da ação, até mesmo porque será designada a audiência do artigo 16 da lei 11.340/06, conforme decisão de f. 56, ou para revogar as medidas protetivas de urgência deferidas em seu favor. Entretanto, a declaração demonstra a ausência de necessidade da manutenção da custódia cautelar para garantir a ordem pública, porquanto a vítima não demonstrou que as ameaças proferidas foram suficientes para causar-lhe temor.

Acresça-se a isso que o fato de tratar-se de mera ameaça, a permanência do paciente no cárcere mostra-se desarrazoada e desproporcional, principalmente ante a ausência dos requisitos do artigo 313 do CPP, bem como pelo paciente ostentar condições subjetivas favoráveis.

Por tais motivos, DEFIRO a liminar pleiteada, a fim de que o paciente Adelberto Cardoso seja imediatamente colocado em liberdade, sendo desnecessária a imposição de medidas protetivas de urgência, na medida em que já foram estabelecidas pela magistrada, ficando consignado na decisão “que o descumprimento da medida poderá implicar em crime de desobediência, podendo, inclusive, ser decretada a sua prisão preventiva (art. 312 c/c art. 313, III, ambos do CPP)”.

Pelas razões acima expostas, com o parecer, concedo a ordem de *habeas corpus* em favor de Adelberto Cardoso, ratificando a liminar anteriormente deferida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a ordem.

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 e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, MS, 27 de fevereiro de 2014.

2ª Câmara Criminal***Habeas Corpus* n. 1401360-87.2014.8.12.0000 - Campo Grande****Relator Des. Romero Osme Dias Lopes**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA – AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS E DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – ORDEM CONCEDIDA.

A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser alicerçada nos requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal e sem a demonstração de elementos concretos, não há fundamentos idôneos para a manutenção da prisão cautelar, mormente quando pequena a quantidade de entorpecente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, conceder a ordem, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, MS, 27 de fevereiro de 2014.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

Des. Romero Osme Dias Lopes.

O advogado Carlos Eduardo França Ricardo Miranda impetra a presente ordem de habeas corpus, com pedido de liminar, em favor de Edmar Aparecido Figueiredo da Silva, preso em flagrante pela suposta prática do delito incurso no artigo 33, da Lei 11.343/06 (tráfico de drogas), sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, que indeferiu seu pedido de liberdade provisória.

Alega o impetrante que não estão presentes os fundamentos da prisão preventiva, previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, bem como o paciente preenche requisitos pessoais favoráveis para responder o processo em liberdade.

Afirma ainda que “*considerando a insanidade mental do paciente, é razoável aplicar-lhe medidas cautelares diversas da prisão*”.

Assim, em caráter liminar, requer “*seja determinada a revogação da prisão preventiva, expedindo-se o competente alvará de soltura para que o paciente possa aguardar o desfecho do processo em liberdade; ou sejam impostas medidas cautelares diversas da prisão (Art. 319 do CPP)*”. Ao final, busca pela ratificação da liminar e concessão da ordem.

A liminar foi indeferida, f. 43/44.

Solicitadas as informações foram prestadas, f. 47/51.

Instada a se manifestar a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem de habeas corpus. (f. 54/58)

É o relatório.

VOTO

Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

A ordem deve ser concedida.

Alega o impetrante que não estão presentes os fundamentos da prisão preventiva, previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, bem como o paciente preenche requisitos pessoais favoráveis para responder o processo em liberdade.

Em informações noticiou o magistrado apontado como autoridade coatora:

“O paciente foi preso em flagrante delito na data de 30 de dezembro de 2013 como incurso nas penas do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

A prisão em flagrante do paciente foi convertida em preventiva na data de 01/01/2014, nos seguintes termos (autos de nº 0000028-19.2004.8.12.0001):

“(...) Considerando que presentes os requisitos legais, homologo o flagrante. Ademais, há indicativos suficientes da autoria e materialidade, apontando no sentido da participação do indiciado no delito.

No que tange à necessidade de manutenção da prisão cautelar, se faz necessária, sobretudo, como forma de garantia da ordem pública, porquanto, em sede de cognição sumária, observa-se que as circunstâncias do suposto crime lhes são desfavoráveis.

Assim, nos termos dos arts. 310 e 312 do Código de Processo Penal, considerando que se vislumbra prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria; corroborado pela gravidade do delito, insegurança que causa na sociedade; ademais, por se revelarem inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do CPP; ainda, em especial, por conveniência da instrução criminal, e visando assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública; cumpre acolher o parecer ministerial.

Não se pode perder de vista ainda, a confissão do flagrado.

Portanto, os requisitos da prisão preventiva seguem preenchidos, bem como os fundamentos que autorizam, no caso notadamente a garantia da ordem pública.

ISTO POSTO, face as razões acima exaradas, presentes os fundamentos da prisão preventiva, com fulcro nos arts. 310 e 312, do Código de Processo Penal, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA DE EDMAR APARECIDO FIGUEIREDO DA SILVA.

Serve a presente decisão de mandado de prisão.

Traslade-se cópia da decisão nos autos principais de ação penal quanto autuada. (...)”

Na data de 06/01/2014 o paciente ingressou com pedido de revogação da prisão preventiva, o qual restou indeferido por esta Juíza subscritora, sob os seguintes fundamentos (f. 20/23):

“(...) O requerente foi segregado em virtude de prisão em flagrante delito, sendo-lhe imputado o delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06.

A prisão em flagrante do requerente foi convertida em preventiva em 01/01/2014 (autos n. 00002.8-19.2014.8.12.0001), razão pela qual o pedido ora analisado como pedido de revogação da prisão preventiva, pelo que passo a analisá-lo.

A prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva nos seguintes termos:

“(...) Considerando que presentes os requisitos legais, homologo o flagrante. Ademais, há indicativos suficientes da autoria e materialidade, apontando no sentido da participação do indiciado no delito.

No que tange à necessidade de manutenção da prisão cautelar, se faz necessária, sobretudo, como forma de garantia da ordem pública, porquanto, em sede de cognição sumária, observa-se que as circunstâncias do suposto crime lhes são desfavoráveis.

Assim, nos termos dos arts. 310 e 312 do Código de Processo Penal, considerando que se vislumbra prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria; corroborado pela gravidade do delito, insegurança que causa na sociedade; ademais, por se revelarem inadequadas e insuficientes as medias cautelares diversas, previstas no art. 319 do CPP; ainda, em especial, por conveniência da instrução criminal, e visando assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública; cumpre acolher o parecer ministerial.

Não se pode perder de vista ainda, a confissão do flagrado.

Portanto, os requisitos da prisão preventiva seguem preenchidos, bem como os fundamentos que autorizam, no caso notadamente a garantia da ordem pública.

ISTO POSTO, face as razões acima exaradas, presentes os fundamentos da prisão preventiva, com fulcro nos arts. 310 e 312, do Código de Processo Penal, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA DE EDMAR APARECIDO FIGUEIREDO DA SILVA.

Serve a presente decisão de mandado de prisão.

Traslade-se cópia da decisão nos autos principais de ação penal quanto autuada. (...)”

Ocorre que a segregação cautelar teve como fundamento a conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal e a preservação da ordem pública, considerando que há provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a gravidade do delito e a insegurança que causa na sociedade. Considerou ainda que se revelam inadequadas e insuficientes as medias cautelares diversas, previstas no art. 319 do CPP.

Por sua vez, o pedido apresentado em nada modifica os fundamentos da prisão cautelar decretada.

A discussão quanto a autoria do delito, não cabe na presente via, que visa apenas verificar os pressupostos e requisitos para a prisão preventiva, o que ocorre.

O simples fato de ser o requerente primário e afirmar residência fixa e trabalho lícito, não afasta a necessidade da prisão cautelar. Do mesmo modo, a presunção da inocência, não ilide a adoção da medida.

Destarte, mantendo-se presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, indefiro o pedido de sua revogação, sem prejuízo de nova análise no decorrer da ação penal.

Junte-se cópia desta no feito principal e arquivem-se estes autos.

Ciência ao MP.

Intime-se. (...)”

Atualmente o feito encontra-se no prazo para notificação do paciente, cuja determinação ocorreu em 27/01/2014 (f. 55 – autos nº 0002295-85.2014.8.12.0001).

Nesta mesma data determinou-se à serventia deste Juízo, o cumprimento imediato das determinações constantes na decisão acima mencionada, em virtude da prioridade na tramitação dos processos que envolvem réus presos.

Diante disso, salvo melhor juízo de Vossa Excelência, não vislumbro constrangimento ilegal decorrente da segregação cautelar.”

Pois bem.

Por primeiro, cumpre ressaltar que o paciente foi preso em flagrante por ter em sua posse 11 papétes de cocaína, pesando 6,6g, e 1 porção de maconha, pesando 20g.

Em relação a prisão cautelar do paciente, percebe-se que a autoridade coatora fundou-se na garantia da ordem pública (*“porquanto, em sede de cognição sumária, observa-se que as circunstâncias do suposto crime lhes são desfavoráveis”*) na existência do crime e indícios suficientes de autoria e *“pela gravidade do delito, insegurança que causa na sociedade ... em especial, por conveniência da instrução criminal, e visando assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública”*.

A meu ver, esses argumentos não são idôneos para justificar a segregação provisória do paciente, visto que traduz apenas os reflexos genéricos que o tráfico de drogas causa à sociedade, o que não evidencia uma necessidade concreta na constrição do paciente.

Aliás, deve ser salientado que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a gravidade abstrata do crime não é capaz, tão somente, de justificar a segregação provisória para o crime de tráfico de drogas. Confira-se:

“CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA PELO MAGISTRADO PROCESSANTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MERA INDICAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. AUSÊNCIA DE ELEMENTO CONCRETO A JUSTIFICAR A MEDIDA EXCEPCIONAL. ORDEM CONCEDIDA.

A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a existência de indícios de autoria e prova da materialidade do delito, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime imputado ao paciente e sua periculosidade abstrata, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.

A mera alusão aos requisitos da custódia cautelar, expressões de simples apelo retórico, bem relativas à necessidade de coibir a prática de delitos graves e ao clamor público, não são aptos a embasar a medida restritiva de liberdade.

As condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes e residência definida, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas quando não demonstrada a presença dos requisitos que justificam a medida constritiva excepcional (Precedentes).

Reconhecida a ausência de motivação idônea do decreto prisional, resta superada a análise do suposto excesso de prazo na formação da culpa.

Deve ser cassado o acórdão recorrido e as decisões de 1º grau, para conceder ao paciente o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Magistrado singular, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.” (HC 243.717/BA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

Nesse sentido é o entendimento desta Corte:

“EMENTA HABEAS CORPUS TRÁFICO DE DROGAS 3 GRAMAS DE CRACK PRISÃO PREVENTIVA AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS E DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO ORDEM CONCEDIDA.

A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser alicerçada nos requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal e sem a demonstração de elementos concretos, não há fundamentos idôneos para a manutenção da prisão cautelar, mormente quando pequena foi a quantidade de droga apreendida.” (Habeas Corpus – Nº 4007056-55.2013.8.12.0000 - Aparecida do Taboado - Relator Des. Manoel Mendes Carli TJ/MS)

Ademais, denota-se que o paciente é primário, de bons antecedentes (consulta ao SAJ), bem como possui residência fixa e trabalho lícito (aposentado). Ademais, a quantidade do entorpecente apreendido com ele (11 porções de cocaína, pensando 6,6g, e 1 porção de maconha pesando 20g), não demonstra uma elevada periculosidade social na conduta a ponto de justificar a medida extrema calcada no fundamento da garantia da ordem pública.

Por tais considerações, contra o parecer da Procuradoria- Geral de Justiça, concedo a presente ordem de habeas corpus em favor do paciente Edmar Aparecido Figueiredo da Silva.

Expeça-se alvará de soltura se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.

O Sr. Des.Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

A conduta enseja a manutenção de sua custódia cautelar, uma vez que estão presentes os requisitos dos artigos 312 e 313, I, ambos do Código de Processo Penal.

Evidenciam os autos que o acusado foi flagrado trazendo consigo 11 (onze) papелotes, pesando 6,6 g (seis gramas e seis decigramas), de droga potencialmente nociva – cocaína – além de 01 (uma) porção totalizando 20 g (vinte gramas) de maconha, o que evidencia a gravidade concreta da conduta imputada.

Como se não bastasse, o paciente foi preso em flagrante delito pela prática de delito punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, sendo admitida a prisão preventiva, conforme artigo 313, I, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, nego concessão ao *Habeas Corpus* impetrado em favor de Edmar Aparecido Figueiredo da Silva.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, concederam a ordem, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, MS, 27 de fevereiro de 2014.

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0026492-36.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CONTRAVENÇÃO PENAL – VIAS DE FATO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINARES – PRETENDIDA NULIDADE DO PROCESSO – NÃO DESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA PREVISTA NO ART. 16, DA LEI 11.340/06 – AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE – NULIDADE AFASTADA – REJEITADA – ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – NÃO OCORRÊNCIA – ARGUIÇÃO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA – MATÉRIA PRECLUSA – REJEITADA – ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PROSEGUIMENTO DO FEITO – PRESENÇA DE ELEMENTOS INDICATIVOS DA EXISTÊNCIA DA INFRAÇÃO PENAL E DE SUA AUTORIA – REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP – REJEITADA – NÃO TRANSCRIÇÃO DOS DEPOIMENTOS – NÃO OBRIGATORIEDADE EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE – REJEITADA – MÉRITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – DISCUSSÃO – AGRESSÃO MÚTUA – AUSÊNCIA DE DOLO – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – RECURSO PROVIDO.

Se as vítimas manifestaram total interesse no prosseguimento do feito, não há falar em nulidade do processo ante o despacho que acabou revogando a designação da audiência prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/06. Afinal, a obrigatoriedade da audiência dá-se tão somente no caso de prévia manifestação expressa ou tácita da ofendida que evidencie a intenção de se retratar antes do recebimento da denúncia. Preliminar rejeitada.

Tratando-se de despacho de cunho não decisório, consoante sedimentado nas Superiores Instâncias, prescinde de fundamentação a decisão que recebe a exordial acusatória. Ademais, com a prolação da sentença, esvazia-se a discussão acerca da necessidade ou não de fundamentação do despacho que recebe a denúncia, estando preclusa a matéria.

Não há falar em ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal se há nos autos elementos indicativos da existência da infração penal e de sua autoria, bem como se a denúncia contém todos os requisitos indispensáveis elencados no art. 41 do Código de Processo Penal, como a adequada descrição do fato, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas.

Nos termos do que dispõe o § 2º, art. 405, do Código de Processo Penal, introduzido com a reforma de 2008, não há necessidade de transcrição em se tratando de gravação de audiência por meio audiovisual. Afinal, buscou-se com a utilização dos recursos audiovisuais a aplicação dos princípios da celeridade processual e oralidade, assegurando assim uma resposta jurisdicional mais eficaz, não se amoldando com tais princípios a transcrição dos atos capturados por tais meios. Assim sendo, não havendo a necessidade de transcrição dos depoimentos e interrogatório realizados em áudio e vídeo, que, aliás, permaneceram à disposição das partes na base de dados do sistema, inexistente qualquer ilegalidade a ser reconhecida. Preliminar rejeitada.

Se os fatos apurados apenas retratam que as agressões mútuas entre o ex-casal deu-se como desenrolar da calorosa discussão, inexistindo dolo na conduta do réu em praticar vias de fato contra

a vítima, impõe-se a sua absolvição com base no disposto no art. 386, III, do CPP, notadamente se a pretensão punitiva de quem deu início às agressões, no caso a vítima, muito provavelmente será atingida pela prescrição da pretensão punitiva retroativa em caso de futura e eventual condenação, sendo desarrazoada a condenação do acusado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, MS, 10 de março de 2014.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

Des. Romero Osme Dias Lopes.

O réu C. L. M. L. foi condenado à pena de 20 (vinte) dias de prisão simples, em regime aberto, como incurso no art. 21 do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), sendo-lhe concedida a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos, porque, no dia 04/03/2011, por volta das 16 horas, na Rua Cel. Antonino, n.º 1.938, no Bairro Cruzeiro, nesta Capital, agrediu fisicamente a sua companheira F. J. de A., com tapas e empurrões, sem, contudo, causar lesões corporais.

Inconformado com a sentença condenatória (f. 97-101), o acusado interpôs recurso de apelação criminal.

Preliminarmente, requer a nulidade do feito, alegando: I) não realização da audiência prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/06; II) ausência de fundamentação na decisão que recebeu a denúncia, em afronta ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal; III) falta de justa causa para a persecução penal, já que a denúncia está fundada em mera suspeita baseada apenas na palavra da vítima, sem outros elementos indicativos da materialidade e autoria e; IV) cerceamento de defesa, alegando que o sistema SAJ não disponibilizou os depoimentos testemunhais e interrogatório do apelante, fazendo-se necessária a degravação do áudio da audiência de instrução e julgamento, anulando-se todos os atos posteriores à sentença.

No mérito, busca sua absolvição, em razão da fragilidade do conjunto probatório, bem como pela aplicação do princípio da irrelevância penal do fato. Subsidiariamente, pugna pela exclusão da agravante prevista no art. 61, inciso II, *f*, do Código Penal, sob o argumento de que a sua aplicação caracteriza *bis in idem*, e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

Ao final, prequestiona o art. 16 da Lei 11.340/06; art. 89 da Lei n.º 9.099/95; art. 25 e art. 44, ambos do Código Penal; art. 386, VI e VII, do Código de Processo Penal, bem como o art. 5.º, inciso LVII, e art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Em sede de contrarrazões recursais (f. 167-178), o MP requer a rejeição das preliminares e, no mérito, o improvimento do recurso defensivo. Ao final, apresentou prequestionamento ao art. 4.º; art. 16 e art. 41, todos da Lei n.º 11.340/2006; art. 61, II, *“f”*, do Código Penal, bem como ao art. 1.º, III; art. 5.º, § 2.º; art. 5.º, XLI e art. 226, § 8.º, todos da Constituição Federal.

A Defensoria Pública da Mulher (f. 180-207) pugnou pelo conhecimento e o improvimento do recurso defensivo.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pela rejeição das preliminares arguidas, e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

VOTO

Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator).

1 - Preliminares.

1.1 Nulidade do feito ante a falta de procedibilidade da ação, pelo fato de não ter sido realizada a audiência preliminar prevista no art. 16, da Lei 11.340/06.

Infere-se dos autos que até foi designada a audiência do art. 16, da Lei n. 11.340/06, conforme despacho de f. 50. Ocorre que, devido ao interesse das vítimas no prosseguimento do feito, o juiz acabou revogando o despacho que designava a audiência (f. 51). Afinal, a obrigatoriedade da audiência dá-se tão somente no caso de prévia manifestação expressa ou tácita da ofendida que evidencie a intenção de se retratar antes do recebimento da denúncia.

Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça assim vem decidindo:

“[...] 1. Nos termos do art. 16 da Lei nº 11.340/06, “nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”.

2. A realização do referido ato, portanto, depende de prévia manifestação de vontade da ofendida em retratar-se, seja por meio da autoridade policial ou diretamente no fórum, de tal sorte que somente após tal manifestação é que o Juízo deverá designar a audiência para sanar as dúvidas acerca do real desejo da vítima quanto à continuidade da ação penal.

3. Da detida análise dos autos, verifica-se que a denúncia foi recebida sem ter ocorrido a audiência prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha justamente porque a vítima não havia manifestado, em nenhum momento, qualquer intenção em se retratar da representação formulada. Pelo contrário, observa-se que a ofendida, mediante comunicação à autoridade policial, declarou a sua vontade de ver o paciente submetido à persecutio criminis - cuja manifestação prescinde de formalidades - o que foi reafirmado no momento de seu depoimento em juízo, demonstrando que até mesmo após o recebimento da exordial acusatória ela ainda possuía o desejo de que o agente respondesse penalmente pelo fato.

4. Ordem denegada.” (HC 196592/DF Habeas Corpus N. 2011/0024950-9 – Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma. DJe. 04/05/2011)

“HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÕES CORPORAIS LEVES. LEI MARIA DA PENHA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. REPRESENTAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DE RIGOR FORMAL. AUDIÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 16 DA LEI 11.340/06. OBRIGATORIEDADE APENAS NO CASO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA VÍTIMA EM SE RETRATAR.

1. (...)

2. (...)

3. *A obrigatoriedade da audiência em Juízo, prevista no artigo 16 da Lei nº 11.340/06, dá-se tão somente no caso de prévia manifestação expressa ou tácita da ofendida que evidencie a intenção de se retratar antes do recebimento da denúncia.*

4. *Habeas corpus denegado.*” (HC 96601/MS – Habeas Corpus N. 2007/0296925-4 – Rel. Min. Haroldo Rodrigues, Des. conv. do TJ/CE, 6ª Turma. DJe. 22/11/2010. Lex/STJ, v. 257. p. 159, RSTJ. v. 221. p. 787)

No mesmo sentido é o entendimento desta Corte:

“APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – RECURSO DEFENSIVO – ALEGADA NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA PRÉVIA – NÃO RECONHECIDA – AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA NO SENTIDO DE SE RETRATAR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A Audiência prevista no art. 16 da Lei n.º 11.340/06, deve obrigatoriamente ser designada somente nos casos em que houver a manifestação da vítima na intenção de retratar-se, in casu, a ofendida não demonstrou qualquer vontade no sentido de não prosseguimento do feito, o que demonstra a sua vontade na intenção de ajuizar ação penal em face do apelante, não havendo que se falar em nulidade, ante a ausência daquele ato.” (Apelação Criminal N. 2010.029876-1 – Rel. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, 1ª Turma Criminal. J. 27/06/2011)

“APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL E PROCESSO PENAL – LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA PRÉVIA – INTENÇÃO DA VÍTIMA NA CONTINUIDADE DO FEITO – NULIDADE INOCORRENTE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL – NÃO PROVIMENTO – HABEAS CORPUS EX OFFICIO – RITJMS, ART. 436 – MAUS ANTECEDENTES – AFASTADO.

A obrigatoriedade de realização de audiência preliminar restringe-se às hipóteses em que a ofendida manifesta a intenção de se retratar; o que não ocorre quando, no curso do processo, demonstra sua vontade no prosseguimento do feito, não havendo de se falar em nulidade ante a ausência daquele ato(...).” (Apelação Criminal N. 2009.023827-3 – Rel. Desig. Juiz Manoel Mendes Carli, 2ª Turma Criminal. J. 30/11/2009)

Nesse prisma, não há falar em nulidade do feito se a denúncia já foi recebida e não houve a audiência do art. 16 da Lei n. 11.343/06.

Rejeito, assim, referida preliminar.

1.2 Nulidade do feito por violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal, ao argumento de que não houve a necessária fundamentação da decisão que recebeu a denúncia.

Confere-se às f. 51 dos autos que a exordial foi recebida nos seguintes termos:

“Preenchidos os requisitos do art. 41 e art. 395, contrario sensu, ambos do CPP, RECEBO a denúncia nos termos em que foi articulada”.

Segundo a doutrina e a jurisprudência, prescinde de fundamentação a decisão que recebe a denúncia, sendo necessário consignar que a fundamentação sucinta não se trata de ausência de fundamentação.

A respeito de tema, Guilherme de Souza Nucci¹ leciona:

“Motivação para o recebimento da peça acusatória: desnecessidade. Continua-se a utilizar o mesmo procedimento, ou seja, a fundamentação para o recebimento da denúncia ou da queixa não é exigível. Presume-se que, acompanhada de provas pré-constituídas, o juiz delas tenha se valido para analisar a existência de justa causa para a ação penal.”

Nesse sentido, colhem-se os seguintes arestos, inclusive desta Corte:

“A fundamentação sucinta do recebimento da denúncia não pode ser confundida com ausência de fundamentação. Ademais, trata-se de despacho sem caráter decisório, conforme sedimentado na jurisprudência do STJ.” (TJMS; RSE 2012.017268-3/0000-00; Rio Brilhante; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJEMS 24/07/2012; Pág. 58)

“A decisão que recebe a exordial acusatória, dada a sua natureza interlocutória, prescinde de fundamentação substancial, na forma exigida pelo art. 93, inciso IX, da Constituição da República. Precedentes.” (HC 234.763/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012)

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. PRAZO. ORDEM DENEGADA. I. É desnecessário o procedimento do art. 514 do Código de Processo Penal quando a denúncia foi embasada em prévio inquérito policial. II. O recebimento da denúncia é decisão interlocutória simples. O primeiro juízo acerca da viabilidade de deflagração da ação penal (art. 396 do CPP), atem-se tão somente aos indícios de autoria e prova da existência da infração penal (justa causa), pressupostos processuais e demais condições da ação, de sorte que prescinde de fundamentação mais robusta, como se faz necessária na decisão que absolve sumariamente o acusado (ou deixa de fazê-lo), no momento previsto no art. 397 do CPP. III. Ordem denegada.” (TRF 2ª R.; HC 0013137-71.2011.4.02.0000; Primeira Turma Especializada; Rel. Juiz Fed. Conv. Marcello Ferreira de Souza Granado; Julg. 11/01/2012; DEJF 18/01/2012; Pág. 96)

Ademais, tal tese deveria ter sido arguida em momento oportuno e não agora depois de prolatada a sentença condenatória.

Encontra-se, pois, preclusa a matéria.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO COMPLEXA. PRECEDENTES. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. QUESTÃO SUPERADA. ORDEM DENEGADA I. À luz da jurisprudência dominante, não obstante alguns entendimentos contrários, é dispensável a fundamentação no despacho que recebe a denúncia, visto que tal procedimento não possui caráter decisório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 2. Ainda que ultrapassado este fundamento, com a prolação da sentença condenatória, que abrange não só a questão da viabilidade da exordial acusatória, mas também o mérito da causa, esvazia-se a discussão acerca da necessidade ou não de fundamentação do despacho que recebe a denúncia. 3. Habeas corpus denegado.” (HC 181.031/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 01/03/2012) (destaquei)

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado 11ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 770

Assim, rejeito a preliminar arguida.

1.3 Nulidade do feito ante a ausência de justa causa para a persecução penal, sob o argumento de que não existem elementos suficientes para amparar a acusação nos autos.

Uma vez mais, não há como acolhê-la.

In casu, pela simples análise da peça acusatória (f. 01-02), constata-se que se encontram presentes elementos indicativos da existência da contravenção penal, bem como de que o recorrente seria o seu autor. Aliás, a denúncia oferecida pelo representante do *parquet* contém todos os requisitos indispensáveis dispostos no art. 41 do Código de Processo Penal, já que houve a adequada descrição do fato, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas.

Assim sendo, se a exordial encontra-se apta e devidamente fundamentada nas provas existentes nos autos, não há falar em ausência de justa causa para a persecução penal.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal:

“HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA E DE FALTA DE JUSTA CAUSA: INVIABILIDADE DA PRESENTE AÇÃO. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE HABEAS CORPUS. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência deste supremo tribunal entende prejudicada a alegação de falta de justa causa para o oferecimento da denúncia com a superveniência da sentença condenatória, assim como coberta pela preclusão a questão da inépcia da denúncia, quando aventada após a sentença penal condenatória, entendimento que somente não se tem aplicado quando a sentença é proferida na pendência de habeas corpus já em curso. 2. Não é inepta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do código de processo penal. Basta que da leitura da peça acusatória se possam vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa do paciente. 3. Habeas corpus denegado. (STF; HC 96.050; RS; Primeira Turma; Relª Min. Carmen Lúcia; Julg. 09/06/2009; DJE 17/12/2010; Pág. 82)

Afasto, em razão do exposto, mais essa preliminar.

1.4 Nulidade do feito por cerceamento de defesa, argumentando que “o sistema (SAJ) não disponibilizou o acesso aos depoimentos e interrogatórios colhidos na audiência de instrução e julgamento”.

Compulsando os autos, verifica-se que a defesa peticionou ao juízo alegando que os depoimentos e o interrogatório do réu prestados na audiência não estavam disponíveis no SAJ, requerendo a degravação do interrogatório e depoimentos realizados a fim de se possibilitar a apresentação das razões.

No entanto, o magistrado indeferiu o pedido de degravação sob os seguintes argumentos, *verbis*:

“Indefere-se o pedido de degravação (p. 109/111), porquanto, em que pesem os argumentos da defesa, os depoimentos e interrogatórios colhidos em audiência estão devidamente disponíveis na base de dados do sistema, e, a ocorrência demonstrada se refere a problema pontual e estrutural da base de dados do órgão de consulta, não importando em nulidade.

O que se busca com a utilização dos recursos audiovisuais é a aplicação dos princípios da celeridade processual e oralidade, não se amoldando com tais princípios a transcrição dos atos capturados por tais meios, assegurando assim uma resposta jurisdicional mais eficaz.

Da mesma forma, não existe cerceamento de defesa, tendo em vista que as referidas mídias encontram-se disponíveis e poderão ser exportadas para dispositivos removíveis junto ao cartório”.

Não há, portanto, falar em cerceamento de defesa, já que os arquivos digitais contendo os áudios dos depoimentos e interrogatório permaneceram, como ainda permanecem, à disposição das partes na base de dados do sistema. Houve, a bem da verdade, um problema pontual e estrutural na base de dados incapaz de gerar a nulidade.

Ademais, as alegações finais foram apresentadas oralmente na audiência de instrução, logo após a oitiva das testemunhas e da vítima, de modo que não há falar em qualquer prejuízo à defesa.

Por outro lado, a degravação dos depoimentos colhidos em audiência não é obrigatória, conforme dispõe o § 2º, do art. 405, do CPP. Nesse sentido:

“CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DA DEFESA DE DEGRAVAÇÃO DOS DEPOIMENTOS COLHIDOS POR MEIO AUDIOVISUAL. INOCORRÊNCIA DE TUMULTO PROCESSUAL. ART. 405, § 2º, DO CPP. CORREIÇÃO INDEFERIDA. Nos termos do art. 405, § 2º, do CPP, a degravação dos depoimentos colhidos por meio audiovisual não é obrigatória, cabendo ao magistrado singular aferir a efetiva necessidade da medida. Disposição legal que visa a propiciar uma maior celeridade na prestação jurisdicional, cabendo aos advogados e às instituições ligadas ao mundo jurídico, adaptar-se, inclusive (...) (70048570378 RS , Relator: Danúbio Edon Franco, Data de Julgamento: 06/06/2012, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/07/2012).”

Assim sendo, rejeito a preliminar suscitada.

Mérito.

No que tange ao pleito absolutório por insuficiência de provas, assiste razão ao apelante.

E já posso antecipar que dois são os motivos que me levam a absolvê-lo da prática da contravenção penal de vias de fato.

Antes, porém, devo registrar, com relação à ré F. J. de A., que o juiz determinou a sua exclusão do polo passivo, com o encaminhamento de cópia integral dos presentes autos para distribuição a uma das varas do Juizado Especial Criminal, diante da inaplicabilidade da Lei Maria da Penha em casos que o homem figure como vítima.

Consta na denúncia, “que, na data de 04 de março de 2011, por volta das 16h, na Rua Cel. Antonino, 1938, Bairro Cruzeiro, em via pública, nesta capital, ocorreu uma discussão verbal entre as partes, sendo que a denunciada F. J. de A. ofendeu a integridade corporal da vítima C. L. M. L., seu ex-companheiro, agredindo-o com um sapato, causando-lhe as lesões corporais descritas no Laudo de Exame de Corpo de Delito de fls. 34 e 35/IP. Consta ainda que, na sequência, o denunciado C. L. M. L. praticou vias de fato contra F. J. de A., agredindo-a com tapas e empurrões, sem, contudo, causar lesões aparentes. (...)”.

Diante dos fatos narrados na exordial não se vislumbra o dolo na conduta dos acusados, na medida em que os fatos apurados, a meu ver, apenas retratam uma áspera discussão verbal ocorrida entre F. J. de A. e C. L. M. L., ex-casal, evidentemente que em lugar impróprio.

Ademais, a agressão mútua entre F. J. de A. e C. L. M. L. deu-se como desenrolar da calorosa discussão, não tendo aquela a intenção de ofender a integridade física deste, tampouco este de praticar vias de fato contra aquela. É o primeiro motivo.

O segundo, e pra mim mais importante, é que com a remessa dos autos ao Juizado Especial em 07/03/2013 – o que ainda não aconteceu embora passados aproximadamente um ano – muito provavelmente a conduta da co-denunciada F. J. de A. será atingida pela prescrição da pretensão punitiva retroativa em caso de futura e eventual condenação. Afinal, o delito prevê pena de 03 (três) meses a 03 (três) anos de detenção, e os fatos se deram em 04/03/2011, de modo que, em sendo condenada à pena de até 01 (um) ano, a pretensão punitiva estatal estaria prescrita em 04/03/2014.

Desta feita, não me parece razoável manter a condenação do réu C. L. M. L. - que após ser agredido com um sapato apenas revidou com tapas e empurrões -, enquanto F. J. de A. ver-se-ia livre da imputação em sendo reconhecida a prescrição retroativa, justamente quem deu início às agressões.

Por tudo isso é que rejeito as preliminares arguidas e, no mérito, dou provimento ao recurso interposto por C. L. M. L., para absolvê-lo da prática da contravenção penal de vias de fato, prevista no art. 21 do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal. Decisão contra o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso.

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 e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, MS, 10 de março de 2014.

2ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* n. 4013533-94.2013.8.12.0000 - Itaporã**
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – HABEAS CORPUS – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – PRISÃO PREVENTIVA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP - LIMINAR CONFIRMADA - ORDEM CONCEDIDA.

A cautelaridade da prisão, considerando a nova legislação para o desencarceramento, somente se justifica quando presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, os quais devem sempre ser concretamente demonstrados por percuciente fundamentação que evidencie, de forma segura, a indispensabilidade da medida extrema de restrição ao direito à liberdade, em detrimento das demais providências diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Afastando-se a prisão preventiva dessas premissas, deve ser revogada.

Ordem concedida. 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, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, MS, 13 de janeiro de 2014.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator.

RELATÓRIO

Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Os advogados Elison Yukio Miyamura e Renato Otavio Zangirolami impetram *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor de Everaldo Gomes da Costa, apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Itaporã.

O *writ* está baseado nas seguintes asserções: 1) o paciente foi preso na data de 21 de novembro de 2013, por volta das 13h30min, na Avenida José Maria Bezerra Lima, em frente a Cerealista Jangada, em Itaporã, sob a acusação de estar conduzindo veículo em estado de embriaguez alcoólica e portar, sem autorização ou registro, uma espingarda calibre 22, sem marca de numeração aparente; 2) houve a conversão do flagrante em prisão preventiva; 3) no entanto, entende que a medida constritiva imposta é desnecessária, pois o paciente ostenta as condições subjetivas favoráveis e inexistem riscos à ordem pública ou econômica, à conveniência da instrução criminal e à eventual aplicação da lei penal; 4) registra haver ofensa ao princípio constitucional da humanidade, ponderada a superlotação da Delegacia de Polícia de Itaporã; 5) finaliza aventando ser desproporcional e desarrazoada a segregação antecipada no regime fechado, já que, em hipotética condenação, é grande a possibilidade de imposição de regime mais brando para o cumprimento da pena.

Pediu a concessão de liminar para a imediata soltura do paciente, confirmando-se a ordem no mérito, permitindo-lhe que responda ao processo em liberdade.

A liminar foi deferida (p. 43-46).

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora (p. 49-50).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (p. 52-56).

Os autos vieram distribuídos a minha Relatoria por sorteio (p. 27).

VOTO

Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

Trata-se de *Habeas Corpus* com pedido de liminar impetrado pelos advogados Elison Yukio Miyamura e Renato Otavio Zangirolami em favor do paciente Everelado Gomes da Costa apontando como autoridade coatora, a Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Itaporã atuante nos autos de n.ºs 0001950-69.2013.8.12.0037 e 0801097-27.2013.8.12.0037.

O *writ* está baseado nas seguintes asserções: 1) o paciente foi preso na data de 21 de novembro de 2013, por volta das 13h30min, na Avenida José Maria Bezerra Lima, em frente a Cerealista Jangada, em Itaporã, sob a acusação de estar conduzindo veículo em estado de embriaguez alcoólica e portar, sem autorização ou registro, uma espingarda calibre 22, sem marca de numeração aparente; 2) houve a conversão do flagrante em prisão preventiva; 3) no entanto, entende que a medida constritiva imposta é desnecessária, pois o paciente ostenta as condições subjetivas favoráveis e inexistem riscos à ordem pública ou econômica, à conveniência da instrução criminal e à eventual aplicação da lei penal; 4) registra haver ofensa ao princípio constitucional da humanidade, ponderada a superlotação da Delegacia de Polícia de Itaporã; 5) finaliza aventando ser desproporcional e desarrazoada a segregação antecipada no regime fechado, já que, em hipotética condenação, é grande a possibilidade de imposição de regime mais brando para o cumprimento da pena.

Pediu a concessão de liminar para a imediata soltura do paciente, confirmando-se a ordem no mérito, permitindo-lhe que responda ao processo em liberdade.

A liminar foi deferida (p. 44-46).

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora (p. 49-50).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (p. 52-56).

A ordem comporta concessão nos termos da liminar deferida.

Como se sabe, a cautelaridade da prisão, considerando a nova legislação para o desencarceramento, somente se justifica quando presentes os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, os quais devem sempre ser concretamente demonstrados por percuciente fundamentação que evidencie, de forma segura, a indispensabilidade da medida extrema de restrição ao direito à liberdade, em detrimento das demais providências diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Pois bem, muito embora preenchido o requisito objetivo previsto no art. 313, I, do Código de Processo Penal, e também exista prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, entendo que a excepcional prisão preventiva é desnecessária no caso em tela.

Isso porque não há o aparente perigo na liberdade do paciente, réu confesso de crimes que, além de não envolverem violência ou grave ameaça à pessoa, são de perigo abstrato, não exigindo concreta violação a bem jurídico tutelado, o que, dessa forma infirma a periculosidade social tanto da conduta quanto do paciente.

Outrossim, a potencialidade lesiva do artefato ainda há de ser averiguada no deambular do processo, uma vez que, dos documentos policiais extrai-se que *“era arma de ar comprimido, modificada para arma de fogo de calibre .22”* (p.23), merecendo nota, igualmente, o fato de que não foram apreendidas munições.

De outro lado, a despeito dos registros criminais constantes de p. 35, certo é que o paciente, segundo consta da certidão criminal n. 1473625 de p. 15, não tem contra si qualquer condenação transitada em julgado, ou mesmo processos em andamento, devendo prevalecer o princípio da presunção de inocência sobre tais fatos, levando-nos à conclusão, por conseguinte, de que afirmativa da *“reiteração da prática de atos criminosos”* denotar risco a ordem pública não tem base empírica e não pode alicerçar a segregação processual.

O ilustre doutrinador Aury Lopes Júnior, aliás, adverte que:

“(...) sempre, qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado periculum libertatis, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.

Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos). Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o periculum libertatis.

Por fim, como bem explicou o Min. EROS GRAU, ‘a custódia cautelar voltada à garantia da ordem pública não pode, igualmente, ser decretada com esteio em mera suposição – vocábulo abundantemente usado na decisão que a decretou – de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinquindo. Seria indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da medida extrema’. (Trecho extraído do voto proferido pelo Min. EROS GRAU no HC 95.009-4/SP, p. 29.)

É imprescindível um juízo sério, desapassionado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter um primor de fundamentação, não bastando a invocação genérica dos fundamentos legais. Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade do fumus commissi delicti e do periculum libertatis” (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.)

E continua o escólio lembrando o papel que assume o princípio da presunção de inocência no “(ab) uso” das prisões cautelares:

“No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).

Tal é a sua relevância que AMILTON B. DE CARVALHO afirma que ‘o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’ – para seguir Eros –, nesse momento histórico, da condição humana’

A presunção de inocência é, ainda, decorrência do princípio da jurisdicionalidade, como explica FERRAJOLI, pois, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.

Segue o autor explicando que é um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade e algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo. Destarte, segue FERRAJOLI, o medo que a Justiça inspira nos cidadãos é signo inconfundível de perda da legitimidade política da jurisdição e, ao mesmo tempo, de sua involução irracional e autoritária.

(...)

Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição 'negativa' (não o considerando o culpado), mas sim ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).

Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (...)

Por tudo isso, a presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (regla del juicio) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab)uso das prisões cautelares.

A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente do acusador), diante da imposição do in dubio pro reo); (...)

Em suma: a presunção de inocência impõe verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz – determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; (...)" (idem)

De mais a mais, sendo o paciente réu primário, com bons antecedentes e tendo supostamente confessado a prática dos crimes em questão, projeta-se que o regime prisional provável a ser imposto, na eventualidade de uma condenação, será mais brando do que o fechado, mostrando-se desproporcional o cárcere antecipado também por esse motivo.

Diante do exposto, contra o parecer, concedo a presente ordem de *habeas corpus*, confirmando a liminar deferida ao paciente Everaldo Gomes da Costa para que responda ao processo em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, reforçando o compromisso de comparecer sempre que necessário aos atos do processo, sem prejuízo de eventual prisão por meio de decisão fundamentada, caso a situação de fato objetiva assim recomendar.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Acompanho o relator e concedo a ordem em favor de Everaldo Gomes da Costa salientando, entretanto, que o faço por considerar que a manutenção do paciente no cárcere, a essa altura, violaria o princípio da homogeneidade/proporcionalidade.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, MS, 13 de janeiro de 2014.

2ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* n. 4012709-38.2013.8.12.0000 - Itaporã**
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PRISÃO TEMPORÁRIA- DENÚNCIA RECEBIDA – INSUBSISTÊNCIA DO DECRETO – ORDEM CONCEDIDA.

Uma vez recebida a denúncia não mais subsiste o decreto de prisão temporária, que visa resguardar, tão somente, as investigações.

Ordem concedida. 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, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, MS, 27 de janeiro de 2014.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator.

RELATÓRIO

Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Os advogados Marcos Eli Nunes Martins e Alan Carlos Pereira impetraram *habeas corpus* com pedido de liminar em favor de Devair Soares Archilla apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Itaporã em regime de plantão.

Alegam em síntese, que: a) o paciente foi preso temporariamente no dia 20.11.2013 decretada nos autos da ação cautelar inominada n. 0001174-36.2013.8.12.0037 em que está sendo apurada diversas infrações envolvendo servidores e particulares em obras e licitações no município de Douradina; b) o órgão ministerial, após o decurso de prazo de cinco dias da prisão do paciente, requereu prorrogação, sob a alegação de que uma testemunha fora procurada por pessoa ligada ao acusado, com vistas a influenciar em seu depoimento, o que foi deferido pelo magistrado singular; c) o paciente afirma que que não faz parte da comissão de licitação do município; d) está sofrendo constrangimento ilegal, pois inexistem requisitos para a manutenção da segregação cautelar; e) o acusado é primário, possui bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, uma vez que é servidor municipal concursado na prefeitura de Douradina.

Pediram a liminar para revogar a prisão temporária do paciente e, ulterior confirmação no mérito.

O pedido de liminar foi deferido parcialmente (p. 79-81).

O pedido de reconsideração foi deferido para ratificar a liminar que revogou a prisão temporária e a expedição de salvo conduto em favor do paciente contra possível decreto da prisão preventiva até o julgamento de mérito do *writ* (p.135-136).

Foi indeferido o pedido de reconsideração formulado pelo *parquet*, para que fosse decretada a prisão preventiva do paciente (p.161-162).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações (p. 165).

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem (p. 167-178).

VOTO 20/01/2014

Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrados pelos advogados Marcos Eli Nunes Martins e Alan Carlos Pereira em favor de Devair Soares Archilla apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Itaporã em regime de plantão.

Alegam em síntese, que: a) o paciente foi preso temporariamente no dia 20.11.2013 decretada nos autos da ação cautelar inominada n. 0001174-36.2013.8.12.0037 em que está sendo apurada diversas infrações envolvendo servidores e particulares em obras e licitações no município de Douradina; b) o órgão ministerial, após o decurso de prazo de cinco dias da prisão do paciente, requereu prorrogação, sob a alegação de que uma testemunha fora procurada por pessoa ligada ao acusado, com vistas a influenciar em seu depoimento, o que foi deferido pelo magistrado singular; c) o paciente afirma que que não faz parte da comissão de licitação do município; d) está sofrendo constrangimento ilegal, pois inexistem requisitos para a manutenção da segregação cautelar; e) o acusado é primário, possui bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, uma vez que é servidor municipal concursado na prefeitura de Douradina.

Pediram a liminar para revogar a prisão temporária do paciente e, ulterior confirmação no mérito.

O pedido de liminar foi deferido parcialmente (p. 79-81).

O pedido de reconsideração foi deferido para ratificar a liminar que revogou a prisão temporária e a expedição de salvo conduto em favor do paciente contra possível decreto da prisão preventiva até o julgamento de mérito do *writ* (p.135-136).

Foi indeferido o pedido de reconsideração formulado pelo *parquet*, para que fosse decretada a prisão preventiva do paciente (p.161-162).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações (p. 165).

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem (p. 167-178).

A ordem deve ser concedida nos mesmos termos que ensejaram o deferimento da liminar.

Segundo consta (p.88-111), o Ministério Público Estadual, por intermédio do Grupo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO), ofereceu denúncia (p. 88-111) dos supostos crimes no município de Douradina perpetrados por uma hipotética organização criminosa do qual faria parte o paciente.

Infere-se dos autos de cautelar nominada n. 0001174-69.2013.8.12.0037 que a magistrada a quo prorrogou a prisão temporária até a oitiva da testemunha, com o objetivo de assegurar as investigações que antecedem a acusação. No entanto, ouvida a testemunha e já recebida a denúncia (ação penal n. 0801098-12.2013) não mais subsiste o decreto da prisão temporária.

Nesse sentido, trago à colação os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira:

“Trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do art. 1º, I, da Lei n. 7.960/89 no que cumpriria a função de instrumentalidade, isso é, de cautela.

[...]

A Lei n.7.960/89 prevê que a prisão temporária, ao contrário da prisão preventiva, dirige-se exclusivamente à tutela das investigações policiais, daí porque não se pode pensar na sua aplicação quando já instaurada a ação penal.” (in Curso de Processo Penal, 6ª edição, Editora Del Rey, 2006, pág.444).

Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. ART. 12 DA LEI 6.368/76. PRISÃO TEMPORÁRIA. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. INSUBSISTÊNCIA DO DECRETO. 1. Uma vez oferecida a denúncia não mais subsiste o decreto de prisão temporária, que visa resguardar, tão somente, a integridade das investigações. 2. Ordem concedida para revogar a prisão temporária decretada nos autos do processo n.º 274/2006, em trâmite na Vara Única da Comarca de Ipaçu/SP. (STJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 28/06/2007, T5 - QUINTA TURMA)

Assim, a decisão ora combatida não mais subsiste, tendo em vista o término do inquérito policial, não sendo vedada, contudo, a critério do Juízo em que tramita o feito, a decretação, a qualquer tempo, da segregação preventiva do paciente.

Diante do exposto, contra o parecer concedo a ordem em favor de Devair Soares Archilla , nos termos da liminar deferida *initio litis*.

Conclusão do julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista do 1º Vogal (Des. Carlos Eduardo Contar), após o relator conceder a ordem. o 2º Vogal aguarda.

VOTO 27/01/2014

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Acompanho o relator e concedo a ordem em favor de Devair Soares Archilla, a fim de revogar a prisão temporária contra si decretada, mormente porque após realizar consulta junto ao Sistema de Automação do Judiciário (SAJ), já foi oferecida denúncia contra o paciente (Ação Penal n.º 0801098-12.2013.8.12.0037) e na oportunidade o “*Parquet*” sequer requereu sua prisão preventiva.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2º Vogal)

Acompanho relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, MS, 27 de janeiro de 2014.

2ª Câmara Criminal***Habeas Corpus* n. 4014003-28.2013.8.12.0000 - Campo Grande****Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – POLICIAL MILITAR – DESOBEDIÊNCIA E DESACATO – SUPERIOR HIERARQUICO – PRISÃO PREVENTIVA – AUSÊNCIA DE REQUISITOS – ORDEM CONCEDIDA.

A ofensa aos valores da disciplina e hierarquia militar deve ser de elevada gravidade a ponto de causar um abalo nas relações entre superiores e subordinados para fundamentar a prisão preventiva visando assegurá-los, em detrimento da liberdade do acusado, o que, não sendo visualizado, enseja a concessão de liberdade provisória.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, concederam a ordem.

Campo Grande, MS, 4 de fevereiro de 2014.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator.

RELATÓRIO

Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O advogado Admilson da Silva Oliveira impetrou *habeas corpus* com pedido de liminar em favor de Edinaldo Souza Neves dos Santos apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Auditoria Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega que o paciente é policial militar, encontra-se recolhido no Presídio Militar Estadual, por ter sido preso em flagrante em 14.12.2013, pela prática, em tese, de desobediência a ordem legal de superior e desacatar policial Militar CB QPPM Euzébio. Alega ainda, que reside em Corumbá e exerce a função de policial militar em Campo Grande.

Aduz que nesse dia estava à paisana na rodoviária de Corumbá, aguardando a saída de um ônibus da Viação Andorinha para retornar à Campo Grande, a fim de assumir o serviço e, já sentado no ônibus foi procurado por funcionário da empresa de ônibus informando que havia uma mulher em atitude suspeita com bagagem e que não saía do banheiro e após a abordagem, foi confirmado de que na mala continha 3,200 kg de cocaína e que ela estava em companhia de um passageiro boliviano que havia comprado as passagens.

Afirma que ligou no 190 e ninguém atendeu, então encaminhou as pessoas e o material com o veículo da Viação Andorinha até o Batalhão da PM e repassou os dados da ocorrência ao 2º Sgt Sidney, bem como explicou os detalhes e disse que precisaria embarcar no ônibus. Posteriormente, o 2º Sgt Sidney determinou que o mesmo retornasse ao 6º Batalhão da PM, tendo informado que estava no ônibus chovia.

Dentro de alguns minutos, após o posto Lampião Aceso, apareceu uma viatura com sirene ligada, quando o CB Euzébio entrou no ônibus com arma em punho e puxou o paciente para que saísse do ônibus e aparentando querer bater e, como estava chovendo o paciente escorregou. Nesse momento o Cb PM Euzébio deu voz de prisão e o algemou, sendo encaminhado ao quartel do 6º Batalhão da Polícia Militar, onde foi determinado que confeccionasse o Boletim de Ocorrências da PM e encaminhasse para a Polícia Federal os dois presos por tráfico, onde inclusive foi ouvido como testemunha. Após, foi encaminhado para o Presídio Militar Estadual.

Ressalta que está sofrendo constrangimento ilegal porque em nenhum momento xingou o Cb PM, mas sim o boliviano que estava traficando drogas.

Alega ainda, que fez pedido de liberdade provisória ou concessão de menagem residencial, mas que foi indeferido, pela suposta proibição, diante da natureza do crime.

Aduz que a fundamentação do magistrado *a quo* se baseou apenas na garantia da ordem pública, pois supostamente lesaria a credibilidade da Justiça quanto aos militares.

Pediu a liminar para que o paciente responda ao processo em liberdade ou, alternativamente, a concessão de menagem residencial a ser cumprida em sua residência ou no Quartel da Companhia de Guarda e Escolta em Campo Grande nos dias de trabalho.

O presente *writ* foi redistribuído a minha Relatoria, o qual ratifiquei o indeferimento da liminar proferida pela Corregedora-Geral deste Tribunal de Justiça, Desª Tânia Garcia de Freitas Borges (p.72), em regime de plantão.

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (p.86-91).

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem (p.92-95).

VOTO

Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator).

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pelo advogado Admilson da Silva Oliveira em favor de Edinaldo Souza Neves dos Santos apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Auditoria Militar Estadual da comarca de Campo Grande.

Alega que o paciente é policial militar, encontra-se recolhido no Presídio Militar Estadual, por ter sido preso em flagrante em 14.12.2013, pela prática, em tese, de desobediência a ordem legal de superior e desacatar policial Militar CB QPPM Euzébio. Alega ainda, que reside em Corumbá e exerce a função de policial militar em Campo Grande.

Aduz que nesse dia estava à paisana na rodoviária de Corumbá, aguardando a saída de um ônibus da Viação Andorinha para retornar a Campo Grande, a fim de assumir o serviço e, já sentado no ônibus foi procurado por funcionário da empresa de ônibus informando que havia uma mulher em atitude suspeita com bagagem e que não saía do banheiro e após a abordagem, foi confirmado de que na mala continha 3,200 kg de cocaína e que ela estava em companhia de um passageiro boliviano que havia comprado as passagens.

Afirma que ligou no 190 e ninguém atendeu, então encaminhou as pessoas e o material com o veículo da Viação Andorinha até o Batalhão da PM e repassou os dados da ocorrência ao 2º Sgt Sidney, bem como explicou os detalhes e disse que precisaria embarcar no ônibus. Posteriormente, o 2º Sgt Sidnei

determinou que o mesmo retornasse ao 6º Batalhão da PM, tendo informado que estava no ônibus chovia. Dentro de alguns minutos, após o posto Lampião Aceso, apareceu uma viatura com sirene ligada, quando o CB Euzébio entrou no ônibus com arma em punho e puxou o paciente para que saísse do ônibus e aparentando querer bater e, como estava chovendo o paciente escorregou. Nesse momento o Cb PM Euzébio deu voz de prisão e o algemou, sendo encaminhado ao quartel do 6º Batalhão da Polícia Militar, onde foi determinado que confeccionasse o Boletim de Ocorrências da PM e encaminhasse para a Polícia Federal os dois presos por tráfico, onde inclusive foi ouvido como testemunha. Após, foi encaminhado para o Presídio Militar Estadual.

Ressalta que está sofrendo constrangimento ilegal porque em nenhum momento xingou o Cb PM, mas sim o boliviano que estava traficando drogas.

Alega ainda, que fez pedido de liberdade provisória ou concessão de menagem residencial, mas que foi indeferido, pela suposta proibição, diante da natureza do crime.

Aduz que a fundamentação do magistrado *a quo* se baseou apenas na garantia da ordem pública, pois supostamente lesaria a credibilidade da Justiça quanto aos militares.

Pediu a liminar para que o paciente responda ao processo em liberdade ou, alternativamente, a concessão de menagem residencial a ser cumprida em sua residência ou no Quartel da Companhia de Guarda e Escolta em Campo Grande nos dias de trabalho.

O presente *writ* foi redistribuído a minha Relatoria, o qual ratifiquei o indeferimento da liminar proferida pela Corregedora-Geral deste Tribunal de Justiça, Desª Tânia Garcia de Freitas Borges (p.72), em regime de plantão.

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (p.86-91).

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem (p.92-95).

O pedido de liberdade provisória foi indeferido pelo magistrado singular com base nos seguintes fundamentos:

“Colhe-se dos autos de ação penal n. 0048552-32.2013 que, no dia dos fatos, após o ora requerente embarcar num ônibus da empresa Andorinha, com destino à Campo Grande, um funcionário da empresa solicitou auxílio dele para que revistasse a bagagem de uma senhora que estava trancada no banheiro da rodoviária e se recusava a embarcar, sendo que sua mala estava no bagageiro do ônibus, sendo que, depois dos procedimentos legais, foi constatado que ela transportava substância análoga à cocaína, momento em que ele deu voz de prisão à traficante e ao seu acompanhante, e, em seguida, os encaminhou ao 6º BPM, onde forneceu ao 2º Sgt Sidney os dados referentes à ocorrência, e retornou à Rodoviária para embarcar.

Ato contínuo, antes de embarcar no ônibus novamente, o denunciado telefonou para o número 190 e solicitou falar com o Oficial de Dia, momento em que foi informado pelo Sargento Sidney que o Oficial de Dia determinou o retorno dele ao 6º Batalhão para dar prosseguimento à sua ocorrência, ao que respondeu que se aparecesse uma viatura na rodovia, desceria e retornaria ao local. Todavia, ignorando a ordem recebida, o requerente embarcou ao ônibus e seguiu viagem com destino a esta capital, sendo que, pouco tempo depois, o operador do CIOPS entrou em contato com ele e informou que o Oficial havia ordenado que ele descesse no posto chamado “Lampião Aceso”, pois uma guarnição da polícia militar iria até o local para buscá-lo, o que, mais uma vez, não foi obedecido.

Diante disso, quando a guarnição da polícia militar compareceu ao local ordenado para a parada, não o localizou, logrando êxito em alcançar o ônibus somente há alguns quilômetros à frente, momento em que ordenaram ao motorista que estacionasse o veículo e – após este parar o veículo, abrir a porta e os policiais iniciarem a entrada no ônibus – o Cb PM Euzébio Ribeiro Julião foi desacatado pelo autor, que proferiu as seguintes expressões: “Porra cabo, porque não assumiu a porra da ocorrência?”, “Eu deixei a ocorrência de mão beijada, é só vocês conduzirem”, diante do que foi dito a ele que, caso não acompanhasse a guarnição, lhe seria dado voz de prisão, ao que ele teria respondido: “Agora que eu não vou” e “Filho da puta, vagabundo, porcaria”.

Em seguida, foi dado voz de prisão ao requerente pelo crime de desacato, sendo que este ainda disse, em tom de deboche: “Me prende, me prende, me algema, me bate”, além de, no caminho de volta, declarar “é Euzébio, você como cabo, quero ver você me prender se nem um oficial conseguiu me prender”.

Pois bem. Em que pese o requerente ter negado a autoria e materialidade delitivas, especialmente em relação às condutas de desacatos, observa-se que as declarações do suposto ofendido e das testemunhas – colhidas no auto de prisão em flagrante delito (f. 1/20 dos autos da ação penal n. 0048552-32.2013) – conduzem à conclusão, em cognição sumária, de que existem fortes indícios de que ele praticou, em tese, não só os crimes de inobservância de lei e de desobediência, mas, também, o de desacato a militar, por duas vezes.

Nesse sentido, foram as declarações prestadas pela indigitada vítima, Cb PM Euzébio Ribeiro Julião (f. 5 dos autos da ação penal n. 0048552-32.2013) e pela testemunha Al Cb PM Macirley Clevison Lopes de Lima (f. 6 dos autos da ação penal n. 0048552-32.2013)

Dessa forma, pelo que dos autos consta, verifico que a palavra do réu, ora requerente, restou isolada, de modo que, em análise perfunctória, deduzo que as declarações da vítima e da testemunha presencial devem prevalecer, sobretudo quando considerado que o requerente declarou que tinha conhecimento sobre os procedimentos que devem ser adotados, estando ou não de folga, diante de uma situação de flagrante delito.

Por essas razões, infiro que estão preenchidos os pressupostos da prisão cautelar, nos termos previstos no art. 254 do CPPM.

Por outro lado, observa-se que a conservação da segregação cautelar do requerente se faz conveniente como “exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares” (CPPM, art. 255, “e”), uma vez que ele em liberdade representaria uma afronta a estes princípios militares.

Ao contrário do defendido pelo requerente, tenho a firme convicção de que as condutas de, em tese, desobedecer às ordens legais de autoridade militar, desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela e inobservar lei têm o condão de conculcar relevantemente a disciplina militar; além de, no caso específico, a hierarquia militar; visto que o desacatado era de graduação superior a do ora requerente.

Presentes, portanto, os pressupostos (prova do fato delituoso e indícios suficientes de autoria) e um dos fundamentos para a manutenção da prisão cautelar (exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado), de sorte que o indeferimento do pedido de liberdade provisória é medida que se impõe.

Aliado à essa ilação, cumpre salientar que o art. 270 do CPPM veda expressamente a concessão de liberdade provisória para os militares acusados de praticarem o crime de desacato a militar. Veja-se:

Art. 270. O indiciado ou acusado livrar-se-á solto no caso de infração a que não for cominada pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Poderá livrar-se solto:

(...); b) no caso de infração punida com pena de detenção não superior a dois anos, salvo as previstas nos arts. (...) 299 e 302, do Código Penal Militar. (grifou-se).

Soma-se a isso que as condições pessoais favoráveis ao requerente não são, por si só, a elidir a prisão cautelar devidamente fundamentada na legislação processual penal castrense.

Do mesmo modo, a menagem não é aplicável ao caso em questão. Nessa esteira, vê-se que o Código de Processo Penal Militar disciplina, em seu art. 263, que “a menagem poderá ser concedida pelo juiz, nos crimes cujo máximo da pena privativa da liberdade não exceda a quatro anos, tendo-se, porém, em atenção a natureza do crime e os antecedentes do acusado” (grifou-se).

Contudo, pelas mesmas razões, sobretudo porque, conforme asseverado acima, a pretensão deduzida encontra óbice na própria Lei Adjetiva Militar, é dizer, a natureza de um dos crimes pelo qual foi denunciado (desacato a militar) inviabiliza a concessão da menagem – é o que se conclui da leitura do art. 270 c.c o art. 255, “e”, ambos do Código de Processo Penal Militar.

Conforme já assentado alhures, a vida castrense tem na hierarquia e na disciplina os seus princípios informadores. Dessa forma, há condutas que ofende tão gravemente esses princípios que o legislador viu por bem tratá-los de forma mais rigorosa, restringindo alguns direitos e garantias.

É o que aconteceu, por exemplo, com o desacato a militar. Nesse contexto, a título de exemplo e em contraposição à alegação do requerente, o CPPM – assim como o fez em relação à liberdade provisória (CPPM, art. 270) – obstou a concessão do sursis para o militar condenado pela prática do crime de desacato (CPPM, art. 617, II, “a”).

Ora, a menagem, na forma requerida, trata-se de uma medida contracautelar, ou seja, outra coisa não é senão uma espécie de liberdade provisória e, pelas razões expendidas, não é aplicável para o crime de desacato a militar, sobretudo pela forma como foi, em tese, praticado.

(...)Registre-se, por derradeiro que, não obstante esse entendimento, nada impede que, após o interrogatório do requerente, este Órgão judicante reaprecie o presente pedido e decida por conceder a liberdade provisória ora pretendida.

Ante o exposto, com fulcro no art. 254 c/c o art. 255, alínea “e”, e art. 270, alínea “b”, todos do CPPM, bem como considerando as circunstâncias indigitadas para a prática dos delitos imputados ao requerente, indefiro os pedidos de liberdade provisória e de menagem formulados por Edinaldo Souza Neves dos Santos, que deverá, portanto, permanecer segregado até ulterior decisão.”

Pois bem.

Em que pese os argumentos do i. magistrado *a quo* tenho que a ordem deve ser concedida.

No caso, verifica-se que paciente, policial militar, fora preso em flagrante pelo cometimento, em tese, dos crimes de desobediência, inobservância da lei e desacato (artigos 301, 304 e 299, todos do Código Penal Militar), em razão dos fatos já mencionados.

Nos termos da decisão denegatória da liberdade provisória, vislumbro que o magistrado fundamentou-se na necessidade de manutenção dos princípios de hierarquia ou disciplina militares. No entanto, os delitos militares supostamente praticados pelo acusado deram-se em circunstância peculiar, tratando-se de caso isolado.

Sobre o tema, Jorge Cesar de Assis, comenta que:

“Para que a prisão preventiva possa ser aplicada visando assegurar a manutenção da disciplina e hierarquia, a ofensa a esses valores deve ser de elevada monta, ou seja: o crime cometido é de tal gravidade que a manutenção da liberdade do indiciado (fase inquisitória) ou acusado (fase processual) possa causar um abalo nas relações entre superiores e subordinados”. (Código de Processo Penal Militar Comentado, Curitiba: Juruá, 2010, p. 106).

Ao que se apresenta, o policial militar, que estava à paisana, poderia inclusive ter se omitido na situação em que visualizou o delito, porém, prestou relevante serviço social, dando voz de prisão a traficante e seu acompanhante, encaminhando-os ao 6º Batalhão da Polícia Militar, após fornecer ao 2º Sgt Sidney os dados referentes à ocorrência.

É de se notar, que o paciente poderia até mesmo ter encaminhado as pessoas presas em flagrante à Polícia Civil para realizar o auto de prisão em flagrante. Entretanto, por tê-los encaminhados ao Batalhão da Polícia Militar, teve determinado seu retorno para assumir a ocorrência. Determinação de legalidade duvidosa, já que dentro da praxe policial outro poderia conduzir referida ocorrência, enquanto o paciente dirigia-se para outra comarca para assumir seu posto de serviço.

Assim, possível a concessão da liberdade provisória, uma vez que ausentes os requisitos da preventiva exigidos no art. 255, do CPPM.

Diante do exposto, contra o parecer, concedo a ordem em favor do paciente Edinaldo Souza Neves dos Santos, a fim de que responda ao processo em liberdade se por outro motivo não estiver preso, mediante o compromisso de comparecer sempre que necessário aos atos do processo, sem prejuízo de eventual prisão por meio de decisão fundamentada, caso a situação de fato objetiva assim recomende.

Expeça-se Alvará de soltura.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, MS, 04 de fevereiro de 2014.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

NOTICIÁRIO



Innovare reconhece sucesso de parceria do TJ com seguradora - 07/01/2014



O projeto de Mutirão de Conciliação, realizado em Mato Grosso do Sul em 2013 pela parceria entre Tribunal de Justiça e a Seguradora Líder DPVAT, recebeu menção honrosa na categoria Advocacia da 10ª edição Prêmio Innovare.

A prática “Política de Conciliação como estratégia de celeridade no atendimento aos usuários do Seguro DPVAT e redução do passivo judicial”, implantada pela seguradora, foi escolhida entre 150 projetos inscritos.

Em Mato Grosso do Sul, a Semana Nacional da Conciliação realizou 2.705 audiências, atendeu 8.514 pessoas e homologou 1.073 acordos, somando R\$13.119.682,07 em conciliações. A parceria agilizou a realização de acordos, com o objetivo de acelerar o atendimento das vítimas, bem como diminuir a sobrecarga desses processos no judiciário.

O Prêmio Innovare reconhece as práticas inovadoras que visam melhorar e modernizar o Sistema do Judiciário do país. A homenagem foi recebida pelo diretor-presidente da Seguradora, Ricardo Xavier, pelo diretor Jurídico Marcelo Davoli e pela Assessora Jurídica da Seguradora Líder DPVAT Maristella Melo, autores da prática.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

TJMS tem distribuição recorde em 2013 - 09/01/2014



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul bateu o recorde em 2013 do número de processos distribuídos. No total, foram 48.119 processos, um aumento de 5,36% em relação a 2012, quando foram distribuídos 45.670 processos. Os dados são referentes ao Órgão Especial, Seções e Câmaras do Tribunal de Justiça.

O recorde de distribuição até então era do ano de 2010, com um total de 47.614 processos. O aumento representa uma procura maior da sociedade pela prestação jurisdicional, bem como a confiança na justiça como alternativa para solução dos conflitos.

Os números demonstram também uma maior aproximação do Poder Judiciário com a população, por meio dos canais de comunicação do Tribunal, esclarecendo aos cidadãos seus direitos e o funcionamento do Poder Judiciário, além da consciência do jurisdicionado de que a prestação jurisdicional será entregue em tempo razoável.

No último ano, o Tribunal de Justiça julgou 45.463 processos - praticamente a mesma quantidade de processos distribuídos. O resultado indica que há uma preocupação constante dos desembargadores em vencer a distribuição, buscando julgar mais processos do que a quantidade de distribuídos, visando reduzir o estoque de processos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Portaria regulamenta desconto em salário de presos - 21/01/2014



O juiz da 2ª Vara de Execução Penal da Capital e corregedor dos presídios de regime semiaberto, Albino Coimbra Neto, editou nesta segunda-feira (20) uma portaria que disciplina a forma de desconto da remuneração do trabalho prisional.

De acordo com a portaria, todo preso que estiver exercendo trabalho remunerado nas unidades prisionais de Campo Grande, ou empresas e órgãos públicos, por meio de convênios com a Agência Penitenciária de MS (Agepen) ou Conselho da Comunidade, terá descontado 10% de sua remuneração para atender despesas com sua manutenção. O desconto está previsto na Lei de Execução Penal.

O texto da portaria define ainda que como despesas de manutenção do preso englobam-se todas atividades que visam atender aos direitos do preso, em especial o fomento ao trabalho prisional, como tudo o mais que buscar melhorias nas condições de aprisionamento.

A portaria vem disciplinar o desconto que já está sendo aplicado há cerca de dois anos na Capital. Além de melhorias nos presídios, os recursos arrecadados estão sendo direcionados para projetos em prol da sociedade e que ao mesmo tempo contribuem sobremaneira para a ressocialização dos detentos.

Entre os projetos destaca-se o recém-lançado Pintando Educação com Liberdade, que utiliza, além do dinheiro do preso, sua mão de obra para promover reformas em escolas públicas.

A primeira instituição beneficiada foi a Escola Delmira Ramos, no Coophavilla II, onde estão sendo investidos R\$ 64 mil em uma reforma geral, desde a pintura total do prédio, reforma hidráulica e elétrica, revitalização da quadra de esportes, calçadas, banheiros, bebedouros até jardinagem.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa.forum@tjms.jus.br

TJMS empossa 15 novos juízes substitutos - 22/01/2014



Com o plenário repleto de autoridades, familiares e amigos, na tarde desta quarta-feira (22) foram empossados os 15 novos magistrados do Poder Judiciário sul-mato-grossense: Ana Carolina Miranda de Oliveira, André Ricardo, César Fidel Volpi, Evandro Endo, Fábio Kaiut Nunes, Francisco Soliman, Guilherme Henrique Berto de Almada, Idail de Toni Filho, Jessé Cruciol Júnior, Melyna Machado Mescouto Fialho, Rafael Gustavo Mateucci Cassia, Roberto Hipólito da Silva Júnior, Valter Tadeu Carvalho, Victor Curado Silva Pereira e Vitor Dias Zampieri.

Em seu discurso, o presidente da Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul (Amamsul), juiz Wilson Leite Corrêa, ressaltou as dificuldades enfrentadas pelos novos juízes até a aprovação. Ele lembrou não somente das etapas que tiveram que ser vencidas no concurso, mas também da investigação pela qual passaram, pela qual tiveram suas condutas pública e privada sondadas e na qual foram atestadas suas “condutas ilibadas e sem mancha, próprias de um magistrado”. O magistrado ressaltou também que “esse foi apenas o início de uma jornada que transformará suas vidas, de seus familiares e das inúmeras pessoas que serão atingidas pelos efeitos das decisões que os senhores proferirão”.

O presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Mato Grosso do Sul, Júlio César Souza Rodrigues, ressaltou a importância de o judiciário ser independente, para que os cidadãos possam ser livres, advertindo os novos juízes que “incumbe a Vossas Excelências o desempenho do dever que lhes é inerente: o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas”.

As boas-vindas em nome do Ministério Público foram dadas pelo procurador de justiça Antônio Siufi Neto, que chamou a atenção para a difícil missão que os ingressos na magistratura terão que enfrentar ao ter que “distinguir sentimento e aplicação da justiça. Ensinar-lhes-á o tempo que, no exercício da judicatura, é necessário combinar, harmonicamente, vários campos do conhecimento humano, com equilíbrio e sabedoria”. O procurador terminou citando o Ministro Carlos Mário Veloso: “um Poder Judiciário independente, justo e ágil é a maior garantia de que a vontade do constituinte será concretizada”.

Em breve discurso, o defensor público geral do Estado de Mato Grosso do Sul, Paulo André Defante, colocou a Defensoria à disposição dos novos juízes, para trabalharem juntos. O defensor ainda aconselhou: “o encargo de promover o ser humano como sujeito de Direitos só é verdadeiramente possível com dedicação, seriedade, estudo, sensibilidade e compromisso com a dignidade humana”.

Também saudou os juízes o Des. Hildebrando Coelho Neto, que os parabenizou pelo êxito alcançado e os aconselhou a não se esquecerem o compromisso prestado, qual seja o de “desempenhar, leal e honradamente, as funções do meu cargo, cumprindo a Constituição e as leis”. O desembargador também os advertiu: “cuidado com as mãos que hoje lhes outorgam favores, porque amanhã lhes imporão as rédeas”. Por fim, parabenizou os recém-empossados pela carreira escolhida, por ser, nas palavras de Rui Barbosa: “a mais eminente das profissões, a que um homem se pode entregar neste mundo”.

Finalizando os pronunciamentos, o primeiro colocado no concurso, juiz substituto Guilherme Henrique Berto de Almada, discursou em nome dos magistrados empossados, dando destaque à qualidade do Poder Judiciário sul-mato-grossense: “tomamos posse num dos mais eficientes Tribunais de Justiça deste país, conforme ano após o ano o Conselho Nacional de Justiça tem demonstrado com as estatísticas que divulga. Também posso dizer como ex-estagiário por dois anos e ex-servidor deste Tribunal por seis anos e meio que teremos a melhor estrutura possível – física e humana”.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

TJ discute ações para oitiva de crianças vítimas de crimes - 24/01/2014



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio da Coordenadoria da Infância e Juventude, promoveu na manhã desta quinta-feira (23) a segunda reunião de lideranças interessadas na implantação e efetivação do Depoimento Especial para crianças/adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.

O Depoimento Especial visa humanizar o modo como essas crianças são ouvidas nos procedimentos de investigação e nos processos, evitando que elas sejam revitimizadas, durante o processo, ao serem expostas a diversas inquirições em várias etapas da apuração, e passando por situações vexatórias, constrangedoras e intimidadoras, quando a oitiva não respeita sua idade e grau de maturidade.

A reunião de trabalho foi iniciativa da Coordenadora da Infância e Juventude de MS, desembargadora Maria Isabel de Matos Rocha, que convidou autoridades envolvidas nessa problemática e representantes do Sistema de Garantia de Direitos (Reptes da SEJUSP, da SESAUI, Magistrados, Promotores e Defensores das Varas da Infância e do Idoso e das Varas Criminais de Campo Grande, Delegado da Delegacia de Proteção da Criança e do Adolescente), assim como representantes da Rede de Proteção à Infância e Juventude e sociedade civil (OAB, Conselhos Tutelares, entidades de recebimento de denúncias, e integrantes da equipe da Coordenadoria da infância)

Na reunião, a Coordenadora da Infância salientou a necessidade de seguir a Recomendação 33/2010 do CNJ, que orienta para salvaguardar-se uma oitiva respeitosa e acolhedora das crianças/adolescentes e realização de depoimento com intervenção de técnicos especializados na técnica da entrevista cognitiva, visando evitar a revitimização da criança, de forma a se preservar a incolumidade emocional do infante. Ela também registrou que as iniciativas da Coordenadoria para implantar a Central do Depoimento Especial vêm sendo apoiadas pelo TJMS, com vistas à breve realização de tal objetivo.

A Central vai contar com equipe qualificada e preparada que vai colher o depoimento especial, em condições acolhedoras, para que a criança seja ouvida em espaço separado e com preservação do segredo de justiça, em momento o mais próximo possível da data do conhecimento do fato, procurando-se também concentrar tal depoimento em uma ou no máximo duas vezes.

Os vários participantes debateram vias de solução para efetivação da produção antecipada de prova e de um melhor fluxograma desde a notícia do crime até à sua solução na via judicial, apresentando propostas de encaminhamentos e ações que passam pela articulação de todos os que participaram da reunião, e respectivas instituições, envolvendo nessa articulação os governos estadual e municipais na luta contra a revitimização das crianças.

Saiba mais – O Depoimento Especial visa preservar um ambiente seguro e acolhedor para as crianças e adolescentes ouvidas em processos.

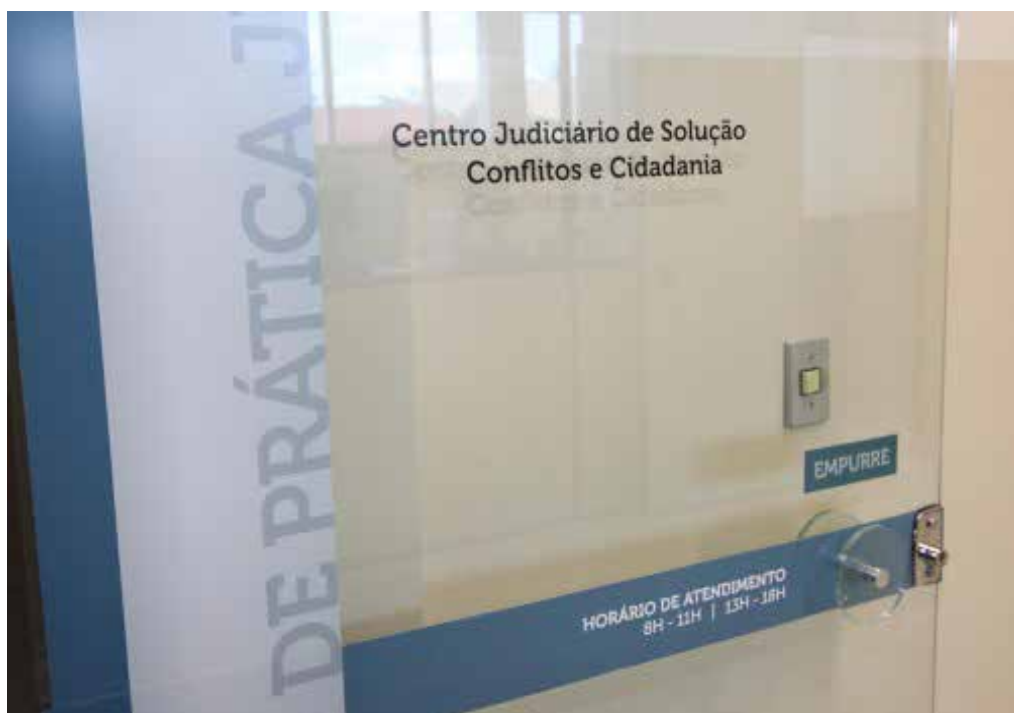
Funciona em várias etapas, que vão desde a comunicação prévia chamando a criança ou adolescente para ser ouvida, comparecimento com um responsável, acolhimento por profissionais capacitados, entrevista com apenas um técnico, gravação e transcrição do relato – para ser preservado e se possível realizado apenas uma vez -, tudo com sigilo absoluto do processo. Prevê-se que a criança não tenha contato com nenhuma outra parte do processo, nem mesmo juiz, promotor ou advogados, a não ser que deseje, visando evitar qualquer constrangimento seu.

Todo este procedimento é explicado em folder e cartilha explicativas que estão sendo elaboradas pelo TJMS e serão entregues aos interessados no momento de chamar a criança para ser ouvida, tal como recomendado pelo CNJ.

Para saber mais a respeito, acesse o site da Coordenadoria da Infância e Juventude , clique em CARTILHAS, CARTILHA DE DEPOIMENTO ESPECIAL (http://www.tjms.jus.br/_estaticos_/infanciaejuventude/cartilhas/cartilhaDepoimentoSemDano.pdf) .

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

TJMS inaugura Centro de Solução de Conflitos na quinta-feira - 04/02/2014



Na próxima quinta-feira (06) às 10 horas, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, em parceria com a Faculdade Estácio de Sá, inaugurará o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania na unidade II da faculdade.

Um dos objetivos da criação do Centro é facilitar o acesso do cidadão e disseminar a cultura de pacificação social com o objetivo de fomentar a conciliação e a mediação como métodos alternativos de composição de litígios.

Conforme dispõe a Resolução 125 do CNJ, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania são responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. Em um primeiro momento, o Centro da Estácio de Sá atenderá as áreas cíveis e de família, posteriormente também serão recebidas demandas fazendária, previdenciária e dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários.

As dependências do Centro serão compostas por uma sala destinada ao cartório e duas salas de mediação devidamente equipadas. Para atuar no local, o TJMS disponibilizará quatro servidores do quadro efetivo que serão responsáveis por toda a parte logística de organização, agendamento e encaminhamentos necessários. A faculdade cederá acadêmicos do curso de Direito que atuarão como mediadores e observadores após qualificação em cursos promovidos pelo Tribunal. No projeto, além dos estudantes de Direito, estarão envolvidos alunos dos cursos de Psicologia e Assistência Social.

O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania está localizado na rua Quintino Bocaiuva, 1175, Jardim TV Morena, e funcionará no período das 12 às 19 horas.

Campo Grande conta também, desde o dia 5 de agosto de 2013, com um Centro de Solução de Conflitos instalado na Universidade Anhanguera-Uniderp.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

TJ entrega seis novas vans do Juizado do Trânsito - 12/02/2014



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul entrega nesta quarta-feira, dia 12 de fevereiro, seis novas unidades móveis para o Juizado do Trânsito. A solenidade será às 10 horas, na sede do TJMS.

Foram adquiridas e adaptadas quatro novas vans para atender a Capital, em substituição às atuais a fim de melhorar a prestação do serviço, e outras duas serão encaminhadas para as comarcas de Corumbá e Três Lagoas, locais em que o serviço será implantado em breve. As melhorias e ampliações são de iniciativa do presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, Des. Marco André Nogueira Hanson.

Nas vans do Juizado do Trânsito, os atendimentos são feitos no local do acidente, com a presença de um conciliador, que faz o levantamento necessário para a elucidação e solução do conflito, em âmbito cível.

Quando há conciliação, é lavrado Termo, que sofrerá posterior homologação. Se não houver acordo e alguma parte manifestar interesse por ação destinada à composição de danos, o conciliador marca a audiência de instrução e julgamento e intima a parte, no mesmo ato.

Outra novidade é a criação de uma Central Telefônica, que irá operar em todo o Estado pelo número 159. Ao receber um chamado, da capital ou interior, a Central identificará a unidade móvel mais próxima do acidente para atendimento. O novo sistema irá garantir mais agilidade no atendimento das solicitações.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

Julgamento de crimes dolosos contra a vida é prioridade em MS - 17/02/2014



Para 2014 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em conjunto com o Ministério da Justiça e com o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), estabeleceu a Meta 4 da Enasp, que prevê que os tribunais estaduais devem julgar até 31 de outubro todos os processos relativos a crimes dolosos contra a vida cujas denúncias tenham sido recebidas até 31 de dezembro de 2009.

Conforme dados deste domingo (16) do processômetro do TJMS, 330 feitos dessa modalidade aguardam julgamento no Judiciário sul-mato-grossense.

A fim de cumprir a meta Enasp, o presidente do TJMS, Des. Joenildo de Sousa Chaves, espera o engajamento de todos os juízes das 54 comarcas de MS, com a realização do maior número possível de júris durante a Semana Nacional do Júri, que ocorrerá de 17 a 21 de março. “Após esse período, serão implementadas ações objetivando o julgamento da totalidade dos feitos dessa espécie”, disse ele.

O presidente lembrou que a medida (efetuar sessões plenárias do Tribunal do Júri em todas as unidades judiciárias) visa imprimir mais celeridade a processos de tal competência. Ele lembrou ainda que para o êxito da iniciativa é indispensável, também, o engajamento do Ministério Público, da Defensoria Pública, da OAB e da própria população.

O juiz auxiliar da presidência do TJMS e responsável pelas metas estabelecidas pelo Enasp em Mato Grosso do Sul, Odemilson Roberto Castro Fassa, ressalta que a ideia é voltar o foco para os crimes dolosos contra a vida e afastar a sensação de impunidade de autores desses crimes.

Saiba mais - As comarcas que realizarem mais julgamentos e tiverem melhor desempenho serão premiadas com Selo Enasp – uma forma de incentivo aos juízes e uma demonstração de reconhecimento nacional.

Serão quatro selos: Bronze para a unidade judicial que realizar quatro sessões do júri; Prata para a unidade judicial que julgar 80% dos estoques de ações penais em tramitação e suspensas; Ouro para as unidades que liquidarem o estoque de ações penais em tramitação e suspensas; Diamante para os tribunais que julgarem 80% dos estoques de ações penais em tramitação e suspensas.

Necessário ressaltar que a meta é julgar até 31 de outubro de 2014 as ações penais de crimes dolosos contra a vida com denúncia recebida até 31 de dezembro de 2009, porém, com a semana nacional pretende-se imprimir ainda mais rapidez, já que haverá um esforço concentrado em todo o Brasil.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

TJMS sedia reunião do Comitê Estadual do Fórum da Saúde - 19/02/2014



Na manhã desta quarta-feira (19), o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, coordenador do Comitê Estadual do Fórum da Saúde, presidiu a primeira reunião ordinária do comitê de 2014. Entre os temas da pauta estava a judicialização da saúde, assunto que preocupa a magistratura sul-mato-grossense.

A novidade foi a presença da conselheira Deborah Ciocci, supervisora do Comitê Nacional do Fórum da Saúde, e do juiz auxiliar da presidência do CNJ, Clécio Jair Schulze, coordenador do Comitê Nacional do Fórum da Saúde, que vieram a Mato Grosso do Sul para auxiliar na busca de soluções desses problemas no âmbito da saúde pública no Estado.

Para o Des. Luiz Gonzaga, a presença dos representantes de Brasília aponta que as preocupações dos juízes em MS também afetam a justiça em outros estados. Ele citou ainda a presença do diretor da Santa Casa, o maior hospital do Estado, na reunião para informar quais as maiores dificuldades enfrentadas pela instituição.

“Os membros do Comitê Estadual fizeram várias ponderações sobre os problemas enfrentados e apresentaram sugestões para tentar amenizar essas dificuldades que envolvem a área da saúde, o que torna nossas expectativas quanto ao trabalho do comitê em 2014 muito boas”, comentou o desembargador.

O presidente do TJMS, Des. Joenildo de Sousa Chaves, agradeceu a presença de todos e ressaltou a disposição do Poder Judiciário em contribuir para a solução de questões tão importantes, como as que envolvem a área da saúde.

Questionado pela conselheira sobre a possibilidade de se instalar uma vara especializada de saúde na Capital, o presidente esclareceu que o TJMS já vem desenvolvendo estudos para atender a Resolução nº 43 do CNJ e que, em razão disso, ainda no primeiro semestre de 2014 deve disponibilizar o atendimento solicitado.

“Nossa proposta é concentrar as ações sobre o tema em uma vara já instalada na Capital, de maneira que tenha competência concorrente e a prioridade sejam os processos envolvendo as questões de saúde”, explicou Joenildo.

O presidente da AMAMSUL, juiz Wilson Leite Corrêa, destacou a presença dos representantes de Brasília e lembrou que é muito importante que os juízes tenham mais conhecimento na área médica, porque sempre que precisam atuar nestas causas recorrem a médicos e peritos.

Os trabalhos do comitê devem ser realizados durante todo o dia no Salão Pantanal, no Tribunal de Justiça.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação Social - imprensa@tjms.jus.br

CNJ afirma que semiaberto de Campo Grande pode ser modelo para o país - 21/02/2014

Em notícia de destaque nesta sexta-feira (21) no site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselheiro Guilherme Calmon destaca que as atividades de ressocialização dos presos do regime semiaberto no Centro Penal Agroindustrial da Gameleira podem ser estendidas para outros presídios do País.

O Conselheiro e o juiz auxiliar da Presidência do CNJ, Luiz Carlos Rezende e Santos, visitaram o local, na última quarta-feira, a convite do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (TJMS).

“Há uma boa perspectiva nesse sentido, pois o modelo está funcionando muito bem”, disse o conselheiro, supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF).

Atualmente, 588 dos 727 presos no regime semiaberto estão no mercado de trabalho. São 65 empresas conveniadas. Cerca de 200 dos detentos trabalham em galpões dos empregadores instalados na própria unidade, na fabricação de painéis e churrasqueiras de alumínio, de cadeiras de fio, restauração de sofás, reforma de orelhões, armação para ferragem, contêineres e calçamento. Outros 388 detentos trabalham externamente em frigoríficos, madeireiras e indústrias alimentícias.

“A prova do êxito do projeto é a redução no índice de evasões de detentos. Em 2012, o índice era de 69%. Nos últimos quatro meses não chegou a 7%”, disse o diretor do presídio, Tarley Cândido Barbosa.

Apenas 67 não estão trabalhando porque respondem processos por faltas disciplinares. “Nas últimas duas semanas, 53 novos internos entraram e já estamos fazendo triagens e monitorando o comportamento dos presos para inseri-los no mercado de trabalho”, afirmou Tarley Barbosa.

Para o juiz auxiliar da Presidência do CNJ, Luiz Carlos Rezende e Santos, o trabalho de ressocialização no Centro Penal de Gameleira é exitoso e bem fiscalizado. “Das experiências que temos visto no regime

semiaberto é a que se mostrou mais exitosa e produtiva”, afirmou. “É um presídio extremamente organizado com clima de paz e de esperança. Os presos se mostraram esperançosos por terem essa oportunidade após passarem por uma fase difícil na vida”, afirmou. Segundo o juiz auxiliar, no caso do trabalho externo, as empresas buscam os presidiários, e os trazem pontualmente no horário combinado.

Autor da notícia: SCS, com informações do site do CNJ

DISCURSO PROFERIDO PELO DES. HILDEBRANDO COELHO NETO, POR OCASIÃO DA SOLENIDADE DE POSSE DOS APROVADOS NO XXX CONCURSO PARA O CARGO DE JUIZ SUBSTITUTO DE MATO GROSSO DO SUL

Aos vinte e dois dias do mês de janeiro do ano de dois mil e quatorze.

Coube-me, por designação da Egrégia Presidência desta Corte, a incumbência de saudar os novos magistrados que, nesta data solene, tomam posse no cargo de Juiz Substituto deste Estado, aprovados que foram no XXX Concurso Público de Provas e Títulos.

Ilustres magistrados,

Ana Carolina Miranda de Oliveira

André Ricardo

Cezar Fidel Volpi

Evandro Endo

Fabio Kaiut Nunes

Francisco Soliman

Guilherme Henrique Bento de Almada

Idail de Toni Filho

Jessé Cruciol Junior

Melyna Machado Mescouto Fialho

Rafael Gustavo Mateucci Cassia

Roberto Hipólito da Silva Júnior

Valter Tadeu Carvalho

Victor Curado Silva Pereira e

Vitor Dias Zampieri, este Areópago recebe-os de braços abertos, dando-lhes parabéns pelo êxito alcançado no rigoroso concurso a que foram submetidos e, a partir de agora, são os mais novos membros do Poder Judiciário sul-mato-grossense, corresponsáveis pela outorga da prestação jurisdicional neste solo de Vespasiano.

A seleção, mediante concurso, conforme ensina Zaffaroni, é a melhor forma que existe para a escolha de seus juízes, com a nomeação dos mais capazes, concorrendo para a existência de juízes independentes e imparciais, o que não ocorreria se a seleção fosse feita por indicação política, o que poderia implicar uma subserviência ao poder dominante. Assevera ele: “sem imparcialidade não há jurisdição”.

Por sua vez, anota Rudolf Von Ihering: “*A essência do direito consiste na sua realização prática*”.

Impõe-se, para que se concretize tal desiderato, que os juízes cumpram o seu dever, outorguem a prestação jurisdicional sem tardança, porque “*Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta;*” e que “*não sejais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato*”, conforme conselhos dados por Rui Barbosa, em sua Oração aos Moços.

Que se dê cumprimento ao mandamento constitucional que assegura a todos a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Não se incluam entre aqueles que procuram unicamente cumprir estatísticas, deixando de lado os processos complexos que tomam tempo e estudo.

Jamais infrinjam o Código de Ética da Magistratura, instituído pela Resolução nº 60, de 19 de setembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça. Representa ele um eficaz capacete protetor da atividade judicante. Se cumprirmos tal Código, teremos o respeito de nossos jurisdicionados e a consciência tranquila do dever cumprido.

Não integrem o rol daqueles que pensam ser desnecessário o juiz residir na comarca. Em que pese o processo virtual possibilitar que atue o juiz a distância e, conquanto a teoria dos direitos fundamentais reconheça, no campo da *internet*, a ideia de uma quinta dimensão, diante do notório rompimento da antiga noção de fronteira material entre os indivíduos, cumpre ressaltar que, no respeitante à atividade do juiz, permanece imprescindível a sua presença física na comarca.

Louvável e sábia é a conduta do legislador em dividir o território estadual, para fins da administração da Justiça, em circunscrições, comarcas e distritos judiciários, encontrando-se aí uma das finalidades maiores, que é a presença física do magistrado nos mais distantes rincões, justamente para facilitar que se concretize o mandamento constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Ademais, está aí uma das razões pelas quais o juiz não pode encastelar-se em torre de marfim, perdendo contato com o mundo em que vive, alheio ao pulsar da vida, o que foi bem assinalado por Handy, juiz que participou, no ano de 4.299, do julgamento do crime de homicídio praticado contra Roger Whetmore, conforme consta de seu voto transcrito na obra *O Caso dos Exploradores de Cavernas*, de Lon L. Fuller. Observou ele: “*De todos os ramos do governo, é o Judiciário o que tem maiores possibilidades de perder o contato com o homem comum.*”

É justamente aí que sobreleva a importância da magistratura de primeiro grau em não se distanciar de seus jurisdicionados, participar da sociedade em que vive, é a lição do Des. Pedro Vieira Mota:

“A Magistratura de instância superior de modo geral é mais experiente e doura que a Magistratura de instância inferior, e daí resulta que a jurisprudência daquela sobreleva a desta, não apenas hierarquicamente, senão ainda, e principalmente por sua maior sabedoria. Esta é uma primeira característica diferenciadora. Entretanto, a jurisprudência de primeira instância, longe de ser despicienda, supera naturalmente aquela outra por uma outra característica: os membros dos tribunais permanecem, por suas próprias funções, longe das partes e das testemunhas, enquanto os juízes inferiores, sendo os coletores da prova e a tropa de choque do Judiciário, têm maior convivência humana, donde resulta que a sua jurisprudência se caracteriza pela maior atualidade, pela pronta sensibilidade às mudanças da realidade social, que a bafeja e informa diretamente”. (In Sustação de Protesto Cambial, Editora Saraiva, 7ª edição, p. 24).

Árdua é a tarefa de julgar. O juiz, no desempenho de seu mister, deve ter convicções seguras e o único meio de adquiri-las é através do estudo disciplinado e da análise profunda dos fatos contidos nos autos, sem distanciar-se do drama humano.

Não se esqueçam jamais o compromisso que acabais de prestar: “desempenhar, leal e honradamente, as funções do meu cargo, cumprindo a Constituição e as leis”.

No cipoal das leis, existe uma que é de primeira grandeza e que sempre deve estar presente no ato de julgar, refiro-me ao art. 5º da LICC (Decreto-lei n.4.657, de 4/9/42). “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

A análise valorativa projeta-se sobre a prova e os fatos, buscando separar o que é falso do verdadeiro. Sófocles, em sua peça Antígona, bem demonstra a injustiça que se comete, quando não se analisa criteriosamente a prova.

O guarda encarregado de vigiar o corpo de Polinice, em cumprimento ao decreto do rei Creonte que proibia o seu sepultamento, acusado injustamente pelo próprio rei como o responsável pelo sumiço do cadáver, além de insinuar que teria ele recebido propina para a prática do crime, lamentou ao rei:

“É terrível quando quem julga tem por certo o falso”.

Ante a ameaça que recaía sobre si, saiu à procura do corpo, flagrando Antígona no ato de sepultar o irmão. De imediato, foi levada à presença do rei, confessando ela ter sido a responsável pelo desaparecimento do corpo.

O rei, enfurecido e em altos brados, questiona-lhe, como tiveste a ousadia de transgredir as minhas leis, se as conhecias? Replicou-lhe, com serenidade, Antígona:

“Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os homens. Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas sempre vivas, nem se sabe quando surgiram”.

E concluiu a brava e jovem Antígona, uma lídima representante das Mulheres:

“Por isso, não pretendo, por temor às decisões de algum homem, expor-me à sentença divina. Sei que vou morrer. Defrontar-me com a morte não me é tormento. Tormento seria se deixasse insepulto o morto que procede do ventre de minha mãe. Tuas ameaças não me atormentam”.

O resultado desta tragédia todos sabem. Antígona foi presa viva em uma prisão lavrada em rocha para aí morrer.

Extraí-se de tal drama como é difícil o ato de julgar, porque de nossas canetas dependem os direitos e garantias fundamentais do ser humano.

No momento solene de proferir suas decisões, tenham sempre presentes, em seus corações, os ensinamentos de Henri Page:

“O juiz, ao interpretar a lei, não pode tomar com ela liberdades inadmissíveis, mas, também, não deve ficar surdo às exigências do real e da vida. O direito é essencialmente uma coisa viva. Ele se destina a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam e se modificam.”

De igual modo recomendava o saudoso Des. J. A. Nogueira:

“A lei é feita para favorecer a vida e promover a felicidade dos seres humanos. Não deve ser convertida em pura mecânica verbal ou silogística. Um texto não pode ser puerilmente colocado dentro de um sino ou campânula de vácuo para aí ser visto como um pássaro agonizante. É uma cousa viva e destinada a viver em comunhão com outras vidas. Em torno dele giram todas as preocupações sociais, que o produziram para determinados fins – preocupações que devem estar presentes no espírito do aplicador da lei. Por isso o juiz não é uma consciência isolada, que deva permanecer alheia aos grandes ideais e propósitos que enchem as máximas e determinações do legislador. É acima de tudo um executor inteligente, a quem não se pode negar o oxigênio da vida social, o amor à sua pátria e aos seus concidadãos.”

E, aproximando-se da peroração, gostaria de me dirigir, em um colóquio especial, aos colegas ora empossados.

Quando sentirdes a sensação de que estais a perder contato com os mais simples, deixai, por alguns instantes, a toga, e ide ao encontro dos menos favorecidos. Tomai um ônibus na hora do rush, por exemplo, o que faz a linha para as Moreninhas ou Nova Lima e aí observareis como é difícil a vida dos menos favorecidos, andam encaixotados como sardinhas em latas, em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que é bem diferente daquele em que nos movemos, em carros espaçosos e com ar condicionado.

Visitai os postos de atendimento à Saúde, especialmente em dias chuvosos e à noite, *verbi gratia*, os localizados em bairros afastados, e aí sentireis o palpitar da vida. Quanto dor e sofrimento padecem os simples!

Façam uma visita, na qualidade de cidadãos comuns, aos nossos presídios e vereis quanta afronta ao ser humano. Talvez sirva essa experiência, por ocasião do julgamento de ações penais, em especial no momento da aplicação da pena, levar em conta não só a sua natureza retributiva, punitiva e repressiva, mas, também, a de emenda do delinquente condenado, com a sua reeducação e reajustamento social.

Afastai de vós a vaidade e a arrogância porque elas ofuscam o entendimento e, como diz o Evangelho *“sede simples como as pombas e prudentes como as serpentes”*.

Cuidado com as mãos que hoje lhes outorgam favores, porque amanhã lhes imporão as rédeas.

Honrai a toga que acabais de receber, tendo em mente o tema lançado em um braço: “O que tem por preço uma partícula de honra é caro”.

O objetivo único desta conversa informal é um alerta para que os senhores não tropecem nos obstáculos. Já estivemos na situação dos senhores, isto ocorreu há quase 33 anos, precisamente no dia 30 de abril de 1981, juntamente com os colegas aqui presentes João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran e Sideni Soncini Pimentel, os remanescentes do III Concurso para Juiz de Direito, que ainda permanecem em atividade.

Na ocasião de nossa posse, o Des. Milton Malulei, de saudosa memória, proferiu o seu discurso de saudação, em que ensinava, com a bondade de um pai, mais ou menos o seguinte: “Se eu tivesse um livro em que estivessem todas as soluções para os casos enfrentados por um juiz iniciante, gostaria de lhes oferecê-lo, contudo, em respeito à inteligência dos senhores, não o daria. É o juiz que deve percorrer o seu próprio caminho. Tais conselhos calaram fundo naqueles que começaram a dar os seus primeiros passos na estrada da Justiça”.

Os versos do poeta Carlos Drummond de Andrade alertam para os tropeços da caminhada:

*“No meio do caminho tinha uma pedra
tinha uma pedra no meio do caminho
tinha uma pedra
no meio do caminho tinha uma pedra”.*

A estrada daqueles que servem à causa da Justiça é povoada de obstáculos e armadilhas, e para que continuemos ilesos nessa empreitada, precisamos de coragem, resistência moral, muita fé, confiança e determinação, sob pena de sermos envolvidos pelo desânimo.

Cabe aqui a advertência contida na Canção do Tamoio, de Gonçalves Dias:

*“Viver é lutar. A vida é combate, Que os fracos abate Que os fortes, os bravos,
Só pode exaltar”.*

Cora Coralina, em seu poema ESTAS MÃOS, incentiva a todos a semear a semente:

*“Mãos de semeador... Afeitas à sementeira do trabalho. Minhas mãos raízes
procurando a terra. Semeando sempre. Jamais para elas os júbilos da colheita.*

*Mãos tenazes e obtusas, feridas na remoção de pedras e tropeços, quebrando as
arestas da vida. Mãos alavancas na escava de construções inconclusas”.*

Tudo na vida depende da escolha que se faz e, quanto à carreira eleita pelos senhores, estão de parabéns, considerando que a opção pela magistratura representa, nas palavras de Rui Barbosa, “a mais eminente das profissões, a que um homem se pode entregar neste mundo”.

Mãos à obra. O solo sul-mato-grossense está preparado para que os senhores lancem, com amor em seus corações, a semente da justiça, consoante a lição de Eduardo Couture, em seu Decálogo, Os Mandamentos do Advogado, quando conclama ao AMOR À PROFISSÃO:

*“O amor à profissão eleva-a à dignidade de uma arte. O amor por si só transforma
o trabalho em criação; a tenacidade, em heroísmo; a fé, em martírio; a concupiscência, em
nobre paixão; a luta, em holocausto; a cobiça, em prudência; o lazer, em êxtase; a ideia,
em dogma; o amor-próprio, em sacrifício; a vida, em poesia”.*

E, chegando a termo a saudação, encerro-a com o ensinamento de Rui Barbosa, em sua Oração aos Moços:

“Por derradeiro, amigos de minha alma, a última, a melhor lição da minha experiência. De quanto no mundo tenho visto, o resumo se abrange nestas cinco palavras: NÃO HÁ JUSTIÇA, ONDE NÃO HÁ DEUS”.

Muito obrigado.

DISCURSO PROFERIDO PELO DR. GUILHERME HENRIQUE BERTO DE ALMADA, POR OCASIÃO DA SOLENIDADE DE POSSE DOS APROVADOS NO XXX CONCURSO PARA O CARGO DE JUIZ SUBSTITUTO DE MATO GROSSO DO SUL

Aos vinte e dois dias do mês de janeiro do ano de dois mil e quatorze.

Cumprimento o Exmo. Sr. Dr. Desembargador Joenildo de Sousa Chaves, Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça e Presidente da Comissão do 30º Concurso para o Cargo de Juiz Substituto do Estado de Mato Grosso do Sul, aproveitando o ensejo para destacar a forma correta e serena como o certame foi conduzido.

Para não me alongar, estendo a saudação aos demais componentes da mesa e autoridades presentes.

Servidores desta casa, sem os quais esta cerimônia não seria possível, muito menos o exercício da atividade jurisdicional.

Familiares queridos; colegas empossados.

Boa tarde a todos!

A trajetória de cada pessoa é um universo particular, repleto de incertezas e imprevisibilidades no caminho, mas também de acertos e decisões que dão sentido a jornada. Muitos são os momentos que servem como marco e representam a conquista dos objetivos traçados, as metas estabelecidas. Algumas delas que por vezes, por muitas vezes, nos parecem inatingíveis.

Hoje vivemos um desses momentos, provavelmente no campo profissional o maior deles.

Não tenhamos dúvida de que a nossa posse numa função tão nobre simboliza uma passagem: o profissional de ontem (advogado, delegado de polícia, servidor) sairá daqui transformado num magistrado apto a enfrentar as agruras, privações e até mesmo as frustrações da profissão. Sim, elas existem, mas com certeza não serão páreo, seja em quantidade ou intensidade, para a satisfação que o exercício da magistratura nos trará.

Sacraliza-se então este momento solene para realçar sua importância.

Mas toda passagem – todo marco implica uma cisão; deixamos um dos períodos mais difíceis de nossas vidas – para muitos, o mais difícil – a preparação para um concurso público deste quilate.

Só nós sabemos o preço que tivemos de pagar para estarmos aqui hoje, as noites e madrugadas mal dormidas ou até mesmo em claro. A aflição e angústia de estudar enquanto esperávamos o resultado da prova da fase anterior. A tormenta de manejar recurso contra a correção que avaliamos incorreta.

A perseverança diante da reprovação em outros concursos, o que, provavelmente, quase todos nós experimentamos. Sabemos que deixamos de usufruir boa parte da nossa juventude na mesma intensidade que a maioria das pessoas em prol de hoje estarmos vivendo esse momento.

Não podemos deixar de agradecer a Deus, em primeiro lugar, aos nossos tão amados familiares, cônjuges, pais, irmãos e filhos, que, sei, silenciosamente, sentiam a nossa relativa ausência enquanto nos preparávamos para as provas, mas nunca deixaram de nos apoiar no sonho que nutríamos. Aliás, muitas vezes quando estávamos tristes e se cogitávamos abandoná-lo ou mesmo alterar nossa prioridade sempre estavam lá para nos demover da ideia, confiando que chegaríamos ao resultado esperado. Também foi POR vocês e PARA vocês que nós nos dedicamos com tanto afincio. Esta vitória também vos pertence.

Esta solenidade aparentemente nos separa de tudo isso.

Todavia, apenas de certo modo. Não devemos nos iludir.

Todas estas provações eram necessárias e nos acompanharão até o fim de nossos dias. E digo mais: tudo o que passamos para chegar até aqui não representa NADA frente às dificuldades que enfrentaremos como juízes. Falo isso com a experiência de quem exerceu por quase onze meses a magistratura em outra unidade da federação.

Ninguém passa imune pela magistratura. A missão de decidir é angustiante. A dificuldade da profissão já fora vislumbrada por estudiosos, dentre eles Calamandrei quando afirmou que *“julgar os outros implica, a cada instante, o dever de ajustar as contas com sua própria consciência”*.

Vencida a fase do concurso, chegamos aqui um pouco mais fortalecidos, mas jamais nos separaremos de nossa história de vida ou de quem somos. A experiência de julgar não está dissociada das nossas vivências e crenças.

Este momento, antes de representar uma separação, é a concretização de um sonho.

Nossa investidura no cargo de Juiz Substituto, ao lado de tantas outras alegrias que a vida nos proporciona, a exemplo do matrimônio e do nascimento de um filho, faz com que seja este um dos dias mais felizes destas 15 vidas que aqui se encontram.

Para essa ocasião especial resolvi, então, falar de um assunto a todos comum, em todas as épocas, em todas as culturas: resolvi falar do SER HUMANO; porque os problemas humanos estarão nos autos de qualquer processo. É justamente disso que cuidaremos durante nossa vida profissional. Dos conflitos que a condição humana faz surgir.

Falo sobre aquilo que devemos repelir no exercício da magistratura.

É tarefa nossa, como juízes, ficarmos de olhos bem abertos para sabermos como nos portar, com quem conviver e de quem nos aproximar. A profissão de julgar – como todos aqui sabemos - exige renúncias.

O juiz é uma vitrine para a sociedade e tudo o que façamos daqui pra frente repercutirá em toda a classe dos magistrados e, em última instância, na própria imagem e credibilidade da Justiça.

Pessoa qualquer vem a claudicar e a falta é relevada. O juiz claudica e o fato vira manchete. Tudo o que ele faz repercute, porque o magistrado é quem sinaliza para a sociedade o que se entende por direito e por justiça.

Calamandrei certa vez escreveu: “A missão do juiz é tão elevada em nossa estima, a confiança nele é tão necessária, que as fraquezas humanas, que não se notam ou se perdoam em qualquer outra ordem de funcionários públicos, parecem inconcebíveis num magistrado. Não falemos de corrupção ou do favoritismo, que são delitos; mas até mesmo as mais leves nuances de preguiça, de negligência, de insensibilidade, quando se encontram num juiz, parecem graves culpas.”

O juiz que compreende o exato valor simbólico de sua toga é capaz de fazer grandes avanços no projeto de pacificação social.

O magistrado que assimila a exata dimensão e a justificação da sua função é capaz de efetivamente contribuir para o progresso da comunidade onde atua, imbuído de contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

Sem a pretensão de construir a moldura ideal para o magistrado, tenho como valioso o registro de três características que são exigências para o bom desempenho da atividade.

Vamos a elas.

1. Coragem

O covarde é o fraco de energia, de firmeza, de poder de decisão, o pusilânime, o medroso, um ser infelizmente bastante comum na sociedade e, por consequência, nos locais em que passaremos. Ele não sofre derrotas, pois nem sequer luta, mas sempre nos estimula a abortar sonhos.

Não se abortam sonhos. A nossa posse hoje é prova de que isso não pode ser feito.

A covardia **irrita** quem ainda acredita nas virtudes humanas; **corrompe** aqueles ainda não enfraquecidos; **machuca** aqueles que neles depositam esperança; **trai** os ideais por todos defendidos.

Ser covarde é o pior dos defeitos que pode ter um magistrado, pois nós, os juízes, fomos escolhidos para decidir sobre a vida, a liberdade, a honra e o patrimônio das pessoas.

Não nos acovardemos; não tenhamos medo no exercício da judicatura, sob pena de abjurmarmos o juramento que fizemos há pouco.

Mas não há de ser nada.

Coragem é tudo aquilo que não nos faltará, afinal de contas, *“na sociedade em que o juiz tem medo, a população não vive.”*

2. Humanidade

A falta de humanidade é provavelmente o pior defeito que pode corroer uma pessoa. Aliás, a falta de humanidade é uma antítese do próprio ser.

Aquele ser vivo pertencente à raça humana que não possui humanidade não chora a dor alheia, pois nem sequer a sente, e nada importa a não ser a si próprio.

Por ter de administrar as piores misérias humanas e viver numa constante *UTI social* (na feliz expressão cunhada pelo Desembargador José Renato Nalini), a humanização é imposição ao magistrado a fim de legitimá-lo na hora de distinguir o certo do errado; o direito do torto.

Não deve a pessoa-magistrado esquecer no seu mister o teorema ético de Terêncio: “sou humano e nada do que seja humano julgo alheio a mim”.

Inegavelmente, toda decisão e toda palavra de um juiz possui uma função docente perante a sociedade.

Como juízes, devemos dizer o Direito sem nos esquecer de que, por detrás de cada petição inicial, recurso, colheita de prova há sempre um ser humano clamando pela solução para o seu problema.

Humanizar o Direito e valorizar o ser humano: esta é a nossa missão; este o compromisso que a nova geração de julgadores precisa assumir.

3. Dedicado.

Com certeza todos nós aqui somos dedicados, se não a aprovação neste difícil concurso público seria impossível. A verdade é que devemos vencer a acomodação que muitas vezes acomete os integrantes de cargos públicos, todavia, como dito antes, a preguiça é imperdoável em um magistrado.

Devemos ter sempre em mente a necessidade de estudo e aprimoramento contínuo, sem o que não será possível bem desempenharmos a nobre função que hoje assumimos, ante a dinamicidade, cada vez maior da sociedade, com a consequente evolução jurídica.

Todavia, a dedicação mais importante, com certeza, é a destinada à atividade jurisdicional propriamente dita, ao atendimento com presteza, cortesia, urbanidade e celeridade, cômico da missão exercida.

Falo com a experiência de quem já teve a sorte e a honra de exercer a magistratura em outra unidade da federação e lá pude sentir o quão importante para a imagem do Poder Judiciário é a dedicação do magistrado à função que exerce. A percepção pelo jurisdicionado de um magistrado atuante aumenta a credibilidade da nossa instituição, o que é por demais importante nesse momento em que a população questiona e protesta contra a ineficiência estatal.

Em pouco tempo com nossa dedicação poderemos mostrar uma justiça que não se acovarda diante da sua missão, sem descurar da necessária humanidade que deve permear nossa atividade.

Depois de logarmos êxito em um rígido concurso público, ousar afirmar que, aprioristicamente, em meio à multidão de candidatos tão bem preparados que ficou pelo caminho, somos, neste momento e para este Tribunal, as pessoas certas a contribuir.

No lugar certo também estamos, tomamos posse num dos mais eficientes Tribunais de Justiça deste país, conforme ano após ano o Conselho Nacional de Justiça tem demonstrado com as estatísticas que divulga.

Também posso dizer como ex-estagiário por dois anos e ex-servidor deste Tribunal por seis anos e meio que teremos a melhor estrutura possível – física e humana - diante da realidade técnica e orçamentária existente para com nossa dedicação bem realizarmos a missão que escolhemos.

Aqui relembro o tempo de servidor desta instituição para garantir aos colegas que vieram de outros Estados, pois aqueles que aqui já residiam sabem disso, que os servidores desta instituição são imbuídos do propósito de que a prestação jurisdicional seja feita em tempo razoável.

Por isso, fica a esperança de que todos nós façamos da nossa nova condição de juizes um verdadeiro instrumento em prol da melhoria dos serviços deste Poder Judiciário e da vida do povo do Mato Grosso do Sul, tudo sempre sob as bênçãos de Deus.

Somente assim faremos jus à nobilíssima e desafiante missão na qual somos agora investidos.

Que as famílias destes novos juizes sejam muito felizes!

Muito boa tarde a todos e mãos à obra!

Obrigado!

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Atapoã da Costa Feliz

Apelação n. 0025080-41.2009.8.12.0001	007
Apelação n. 0061326-07.2007.8.12.0001	010
Apelação n. 0136980-34.2006.8.12.0001	015

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação n. 0802505-86.2013.8.12.0026	018
Mandado de Segurança n. 4013773-83.2013.8.12.0000	022
Apelação n. 0036309-27.2011.8.12.0001	027

Divoncir Schreiner Maran

Mandado de Segurança n. 4012186-26.2013.8.12.0000	033
Apelação n. 0800426-52.2013.8.12.0021	038
Apelação n. 0024422-46.2011.8.12.0001	049

Dorival Renato Pavan

Apelação n. 0030440-49.2012.8.12.0001	053
Apelação n. 0001131-14.2011.8.12.0002	059
Apelação n. 0000699-92.2011.8.12.0002	064

Eduardo Machado Rocha

Apelação n. 0002431-89.2008.8.12.0010	074
Apelação n. 0051586-20.2010.8.12.0001	087
Mandado de Segurança n. 4008279-43.2013.8.12.0000	095

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação n. 0000202-50.2009.8.12.0034	111
Apelação n. 0801242-68.2012.8.12.0021	117
Apelação n. 0026644-89.2008.8.12.0001	124

Hildebrando Coelho Neto

Mandado de Segurança n. 4009834-95.2013.8.12.0000	137
Mandado de Segurança n. 4012838-43.2013.8.12.0000	143
Mandado de Segurança n. 0006018-47.2011.8.12.0000	147

João Maria Lós

Agravo Regimental n. 0056444-26.2012.8.12.0001/50000	153
Agravo Regimental n. 4010393-52.2013.8.12.0000/50000	159
Mandado de Segurança n. 0605286-80.2012.8.12.0000	165

Josué de Oliveira

Apelação n. 0801170-86.2013.8.12.0008	169
Apelação n. 0801744-12.2013.8.12.0008	173
Apelação n. 0130471-24.2005.8.12.0001	177

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação n. 0046094-13.2011.8.12.0001	182
Apelação n. 0023112-39.2010.8.12.0001	187
Apelação n. 0022203-60.2011.8.12.0001	191

Julizar Barbosa Trindade

Apelação n. 0021834-32.2012.8.12.0001	195
Apelação n. 0814181-77.2011.8.12.0001	199
Apelação n. 0028281-36.2012.8.12.0001	202

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação n. 0002098-14.2011.8.12.0017	206
Apelação n. 0120690-70.2008.8.12.0001	215
Apelação n. 0800181-29.2013.8.12.0025	219

Marco André Nogueira Hanson

Apelação n. 0001597-97.2011.8.12.0037	222
Apelação n. 0000514-15.2007.8.12.0028	230
Apelação n. 0044098-14.2010.8.12.0001	244

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação n. 0005099-97.2008.8.12.0021	254
Apelação n. 0000026-67.2009.8.12.0003	259
Apelação n. 0801595-16.2013.8.12.0008	264

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação n. 0053627-23.2011.8.12.0001	270
Apelação n. 0005649-92.2012.8.12.0008	286
Apelação n. 0006910-21.2009.8.12.0001	298

Paschoal Carmello Leandro

Conflito de Competência n. 0804620-37.2013.8.12.0008	305
Apelação n. 0802298-44.2013.8.12.0008	309
Apelação n. 0031127-60.2011.8.12.0001	313

Sérgio Fernandes Martins

Agravo Regimental n. 0800087-69.2013.8.12.0029/50000	317
Apelação n. 0031000-59.2010.8.12.0001	320
Apelação n. 0000817-81.2011.8.12.0030	325

Sideni Soncini Pimentel

Apelação n. 0037369-98.2012.8.12.0001	330
Mandado de Segurança n. 4013542-56.2013.8.12.0000	334
Apelação n. 0820416-26.2012.8.12.0001	339

Vilson Bertelli

Agravo Regimental n. 0004575-54.2008.8.12.0004/50001	344
Apelação n. 0013261-75.2007.8.12.0002	347
Apelação n. 0108336-18.2005.8.12.0001	350

Vladimir Abreu da Silva

Apelação n. 0002494-05.2012.8.12.0001	354
Apelação n. 0100631-66.2005.8.12.0001	357
Apelação n. 0003549-88.2012.8.12.0001	361

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação n. 0005392-54.2013.8.12.0001	367
<i>Habeas Corpus</i> n. 1400215-93.2014.8.12.0000	377
Recurso em Sentido Estrito n. 0001287-75.2013.8.12.0052.....	380

Dorival Moreira dos Santos

Apelação n. 0051124-29.2011.8.12.0001.....	384
Apelação n. 0063595-77.2011.8.12.0001	388
<i>Habeas Corpus</i> n. 4012017-39.2013.8.12.0000	396

Francisco Gerardo de Sousa

Revisão Criminal n. 4008714-17.2013.8.12.0000	399
Apelação n. 0004229-07.2011.8.12.0002	403
<i>Habeas Corpus</i> n. 4013247-19.2013.8.12.0000	417

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação n. 0040316-14.2001.8.12.0001	422
Apelação n. 0031198-96.2010.8.12.0001	427
<i>Habeas Corpus</i> n. 1401144-29.2014.8.12.0000.....	433

Manoel Mendes Carli

Recurso em Sentido Estrito n. 0002771-34.2012.8.12.0029	436
Apelação n. 0000248-70.2013.8.12.0043	441
Apelação n. 0103003-60.2007.8.12.0019	449

Maria Isabel de Matos Rocha

Apelação n. 0061918-75.2012.8.12.0001	457
Agravo de Execução Penal n. 0009118-33.2013.8.12.0002	463
<i>Habeas Corpus</i> n. 4012791-69.2013.8.12.0000	472

Romero Osme Dias Lopes

<i>Habeas Corpus</i> n. 1401649-20.2014.8.12.0000	477
<i>Habeas Corpus</i> n. 1401360-87.2014.8.12.0000	480
Apelação n. 0026492-36.2011.8.12.0001	486

Ruy Celso Barbosa Florence

<i>Habeas Corpus</i> n. 4013533-94.2013.8.12.0000	494
<i>Habeas Corpus</i> n. 4012709-38.2013.8.12.0000	499
<i>Habeas Corpus</i> n. 4014003-28.2013.8.12.0000	503

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Débito fiscal. Imunidade tributária. Templos religiosos. Isenção de ICMS. Aquisição de CD's. Inaplicabilidade (0023112-39.2010.8.12.0001).....187

Ação civil pública

Improbidade administrativa. Recebimento de diárias. Vereador. Viagem. Participação de evento político-partidário. Devolução dos valores pagos (0002098-14.2011.8.12.0017)206

Obrigação de fazer. Código de Defesa do Consumidor. Dever de informar. Existência de glúten. Dano moral coletivo. Não caracterização (0022203-60.2011.8.12.0001).....191

Ação de cobrança

Compra e venda. Gado. Indícios de fraude contra o credor. Teoria da aparência. Inaplicabilidade. Prova de quitação. Inexistência Devolução em dobro. Má-fé. Não comprovação (0044098-14.2010.8.12.0001)....244

Seguro de vida. Morte do segurado. Beneficiário do seguro. Legitimidade ativa configurada (0056444-26.2012.8.12.0001/50000)153

Seguro obrigatório. DPVAT. Queda no interior de ônibus. Invalidez permanente e parcial. Indenização devida (0028281-36.2012.8.12.0001).....202

Ação de reintegração de posse

Edificação em faixa de segurança. Linha de transmissão de energia elétrica. Posse de boa-fé. Indenização. Benfeitorias (0120690-70.2008.8.12.0001)215

Ação de repetição de indébito

Telefonia móvel. Migração de plano. Cobrança indevida. Restituição em dobro (0801242-68.2012.8.12.0021).....117

Ação de restituição de valores

Contrato de pecúlio. Inadimplência. Restituição de valores. Impossibilidade (0046094-13.2011.8.12.0001)182

Ação negatória de paternidade

Retificação. Registro civil. Paternidade socioafetiva (0000026-67.2009.8.12.0003).....259

Ação revisional

Contrato bancário. Cartão de crédito. Juros remuneratórios. Devolução na forma simples (0814181-77.2011.8.12.0001)199

Aposentadoria por invalidez

Servidor público. Apresentação do termo de curatela. Exigência desarrazoada (0605286-80.2012.8.12.0000)165

Arrendamento rural

Preço. Produto. Estatuto da Terra. Nulidade da avença. Ausência de liquidez do título (0001597-97.2011.8.12.0037)222

Cerceamento de defesa

Aquisição de imóvel residencial. Defeitos na obra. Julgamento antecipado. Prova pericial. Cerceamento de defesa. Ocorrência (0021834-32.2012.8.12.0001).....195

Compra e venda

Compra e venda de imóvel. Ação anulatória. União estável. Outorga uxória. Desnecessidade (0005099-97.2008.8.12.0021)254

Compromisso de compra e venda

Ação de cobrança. Resíduo inflacionário. Cláusula abusiva. Cobrança indevida (0030440-49.2012.8.12.0001)053

Concurso público

Aprovação. Expectativa de direito. Preterição. Não comprovação. Prazo de validade do concurso (4012186-26.2013.8.12.0000)033

Elaboração de questões. Anulação. Conteúdo programático. Princípio da vinculação. Edital (4012838-43.2013.8.12.0000)143

Defensor público. Reprovação. Prova de tribuna. Motivação suficiente da banca examinadora (4008279-43.2013.8.12.0000)095

Professor. Nomeação. Preterição. Inexistência. Edital. Critério de regionalização e especialização. Legalidade (4009834-95.2013.8.12.0000).....137

Reserva de vagas. Candidatos negros. Ato discricionário da administração pública (4013542-56.2013.8.12.0000)334

Conflito negativo de competência

Internação compulsória. Usuário de drogas. Competência da vara de família (0804620-37.2013.8.12.0008)305

Cumprimento de sentença

Ação civil pública. Competência territorial. Eficácia erga omnes. Abrangência nacional (4010393-52.2013.8.12.0000/50000)159

Dano material

Arrendamento rural. Termo de vistoria. Inexistente. Dano. Não comprovação. Ônus da prova do autor (0051586-20.2010.8.12.0001).....087

Dano moral

Cancelamento de limite. Conta corrente. Cartão de crédito. Forma unilateral. Dano moral configurado. Indenização devida (0000202-50.2009.8.12.0034).....111

Cessão de crédito. Notificação do devedor. Inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito. Dano moral. Configuração. Indenização devida (0801595-16.2013.8.12.0008).....264

Internação de paciente em clínica psiquiátrica. Sindicância. Apuração de infração ética. Exercício regular de um direito. Dano moral não configurado. Indenização indevida (0036309-27.2011.8.12.0001)027

Dano moral e material

Acidente de trânsito. Culpa concorrente. Dano moral. Ocorrência. Responsabilidade da empresa configurada. Dano material cabível. Lucros cessantes. Não comprovação (0002431-89.2008.8.12.0010)	074
Homicídio civil. Policial militar ambiental. Responsabilidade civil do Estado. Não comprovação. Indenização indevida (0000514-15.2007.8.12.0028)	230

Defesa do consumidor

Bloqueio de serviços de telefonia. Portabilidade. Dano moral não comprovado. Mero aborrecimento. Indenização indevida (0002494-05.2012.8.12.0001)	354
---	-----

Despejo

Contrato de locação. Alugueres. Fiança. Exoneração automática do fiador. Impossibilidade. Retenção de benfeitorias. Não comprovadas (0024422-46.2011.8.12.0001)	049
Denúncia vazia. Locação não residencial. Notificação. Cabimento (0013261-75.2007.8.12.0002)	347
Teoria da aparência. Administrador que agiu como sócio da empresa. Validade dos atos praticados. Presunção de boa-fé (0025080-41.2009.8.12.0001)	007

Embargos à execução

Plantação de cana de açúcar. Alterações climáticas. Teoria da imprevisão. Rejeitada. Multa. Redução. Indeferida (0820416-26.2012.8.12.0001)	339
---	-----

Embargos à execução fiscal

Penhora insuficiente. Recebimento dos embargos. Reforço de penhora. Possibilidade (0000817-81.2011.8.12.0030)	325
---	-----

Embargos de terceiro

Execução fiscal. Penhora em dinheiro. Sócia da empresa. Fechamento irregular da empresa. Desconsideração da personalidade jurídica (0800181-29.2013.8.12.0025)	219
--	-----

Execução

Resíduo contratual. Correção monetária anual (0100631-66.2005.8.12.0001)	357
--	-----

Indenização

Contrato. Seguro de vida. Prescrição. Rejeitada. Rescisão unilateral e desmotivada. Dano moral demonstrado. Indenização devida (0026644-89.2008.8.12.0001)	124
Danos morais e materiais. Responsabilidade subjetiva. Tabela. Culpa não demonstrada. Ausência de prova do nexo. Fato de terceiro. Indenização indevida (0053627-23.2011.8.12.0001)	270
Doação de sangue. Descarte. Hepatite C. Ausência de notificação do doador. Dever de indenizar. Nexo causal. Ausência de provas (0006910-21.2009.8.12.0001)	298
Empresa jornalística. Ofensa à honra. Dano moral devido. Quantum indenizatório. Valor razoável e proporcional. Juros de mora (0031000-59.2010.8.12.0001)	320
Estacionamento municipal. Furto de moto. Local sem vigilância especializada. Ausência de responsabilidade do poder público (0802298-44.2013.8.12.0008)	309

Retenção salarial. Conta corrente. Prática ilegal e abusiva. Desconto de parte do salário. Anuência do devedor. Possibilidade. Multa diária. Admissibilidade (0800426-52.2013.8.12.0021).....038

Traição. Ato ilícito. Inexistência. Dano moral. Indenização indevida (0037369-98.2012.8.12.0001).....330

Mandado de Segurança

Polícia cível. Custódia de presos. Imposição de dever funcional. Segurança pública. Possibilidade (0006018-47.2011.8.12.0000) 147

Processo administrativo disciplinar. Servidor público demitido. Nova demissão. Fatos diversos. Ausência de ilegalidade. Segurança denegada (4013773-83.2013.8.12.0000)022

Servidora pública municipal. Cumulação de proventos. Aposentadoria voluntária. Impossibilidade. Exoneração realizada de ofício (0802505-86.2013.8.12.0026)018

Plano de saúde

Cirurgia bariátrica. Negativa de cobertura. Não cabimento. Despesas médicas. Reembolso (0004575-54.2008.8.12.0004/50001)344

Tratamento fisioterápico domiciliar. Negativa de cobertura. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (0003549-88.2012.8.12.0001).....361

Tratamento médico. Negativa de cobertura. Ressarcimento das despesas. Dano moral. Indenização devida (0005649-92.2012.8.12.0008).....286

Previdência privada

Rescisão contratual. Devolução das parcelas pagas. Prescrição vintenária. Direito do participante (0061326-07.2007.8.12.0001)010

Rescisão contratual

Reintegração de posse. Promessa de compra e venda. Inadimplência do promitente comprador. Indenização. Taxa de fruição. Cumulação. Possibilidade (0130471-24.2005.8.12.0001)177

Restituição de valores. Pecúlio. Impossibilidade (0031127-60.2011.8.12.0001).....313

Registro civil

Registro tardio. Indeferimento. Nacionalidade. Não comprovação (0801744-12.2013.8.12.0008).....173

Retificação. Certidão de óbito. Anotação. Bens a inventariar. Aforamento ou enfiteuse. Possibilidade (0801170-86.2013.8.12.0008).....169

Responsabilidade civil

Vinculação de matéria jornalística. Pessoa jurídica. Dano moral configurado. Indenização devida (0136980-34.2006.8.12.0001)015

Plano de saúde

Manutenção no plano de saúde. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Servidor inativo (0001131-14.2011.8.12.0002)059

Seguro

Transferência de veículo. Ausência de comunicação à seguradora. Não demonstração de aumento de risco. Responsabilidade mantida (0000699-92.2011.8.12.0002).....064

Tributário

Imunidade recíproca. Sociedade de economia mista. Serviço público e água e esgoto. Aplicabilidade (0800087-69.2013.8.12.0029/50000)317

Usucapião

Embargos de terceiro. Ausência de posse com animus domini. Subsistência da hipoteca e da penhora (0108336-18.2005.8.12.0001).....350

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Ação penal

Furto. Absolvição sumária. Falta de justa causa. Motivação insuficiente (0051124-29.2011.8.12.0001)...384

Atentado violento ao pudor

Presunção de violência. Ascendente da vítima. Crime anterior à Lei n. 12.015/09. Ação penal pública incondicionada. Legitimidade do Ministério Público (0040316-14.2001.8.12.0001).....422

Contravenção penal

Vias de fato. Violência doméstica. Discussão. Agressão mútua. Ausência de dolo. Absolvição (0026492-36.2011.8.12.0001)486

Corrupção de menores

Tráfico de entorpecente. Absolvição. Impossibilidade. Crime formal (0000248-70.2013.8.12.0043).....441

Crime ambiental

Crime contra a administração ambiental. Autorização para exploração florestal. Laudo técnico enganoso. Crime de perigo abstrato (0031198-96.2010.8.12.0001)427

Crime militar

Injúria. Reconhecimento do princípio da intervenção mínima. Impossibilidade. Absolvição. Impossível (0063595-77.2011.8.12.0001)388

Crime de cárcere privado

Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Inépcia da denúncia. Afastada (4013247-19.2013.8.12.0000)417

Embriaguez ao volante

Porte ilegal de arma de fogo. Prisão preventiva. Constrangimento ilegal. Ausência de requisitos (4013533-94.2013.8.12.0000)494

Estupro de vulnerável

Crime praticado com violência presumida. Caráter hediondo reconhecido. Abrandamento do regime prisional. Regime inicial semiaberto (4008714-17.2013.8.12.0000).....399

Execução penal

Superveniência de nova condenação. Unificação das penas. Concessão de benefícios. Alteração da data-base. Termo a quo. Trânsito em julgado da nova condenação (0009118-33.2013.8.12.0002)463

Furto

Energia elétrica. Princípio da insignificância. Rejeição da denúncia. Mantida (0002771-34.2012.8.12.0029) 436

Reconhecimento do princípio da insignificância. Impossibilidade. Periculosidade social. Agente reincidente. Desclassificação. Apropriação de coisa alheia. Incabível (0004229-07.2011.8.12.0002)403

Homicídio qualificado

Animus necandi. Pronúncia. Desclassificação. Impossibilidade. Furto qualificado. Indícios de autoria. Exclusão do concurso de pessoas. Acolhimento (0001287-75.2013.8.12.0052).....380

Lesão corporal grave

Prisão preventiva. Condições pessoais favoráveis. Irrelevante (4012017-39.2013.8.12.0000)396

Porte ilegal de arma

Resistência. Delito praticado por indígenas. Erro de proibição. Não configurado (0103003-60.2007.8.12.0019).....449

Prisão preventiva

Crime de ameaça. Liberdade provisória. Medida protetiva de urgência. Desnecessidade. Constrangimento ilegal inexistente (1401649-20.2014.8.12.0000)477

Habeas corpus. Revogação. Excesso de prazo. Inviabilidade. Inexistência de constrangimento ilegal (1401144-29.2014.8.12.0000).....433

Policia militar. Desobediência. Desacato. Ausência de requisitos. Liberdade provisória (4014003-28.2013.8.12.0000)503

Tráfico de entorpecente. Ausência de requisitos. Gravidade abstrata do delito. Constrangimento ilegal caracterizado (1401360-87.2014.8.12.0000)480

Prisão temporária

Habeas corpus. Crime contra a administração pública. Denúncia recebida. Insubistência do decreto. Ordem concedida (4012709-38.2013.8.12.0000)499

Tráfico de entorpecentes

Absolvição. Desclassificação para uso próprio. Inviabilidade. Pena-base. Exasperação. Regime prisional. Substituição da pena corporal. Restituição dos bens. Incabível (0005392-54.2013.8.12.0001)367

Prisão preventiva. *Habeas corpus*. Ausência de provas pré-constituídas. Excesso de prazo. Instrução criminal encerrada (1400215-93.2014.8.12.0000).....377

Violência doméstica

Crime de desobediência. Absolvição. Atipicidade de conduta (0061918-75.2012.8.12.0001)457